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 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXXI – SEGUNDO SEMESTRE 1992 – NUMERO 2460

SEGUNDA PARTE

SANTAFE DE BOGOTA D.C.

REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXXI - NUMERO 2460

SEGUNDA 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 (Fda) 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 POLANIA ALVAREZ (Eda)
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 1992 - Número 2460

SALA DE CASACION PENAL

DEMANDA CASACION \ TERMINO

"Si quien está en capacidad de desenvolver sus facultades intelectivas, así las puramente físicas hayan sufrido desmedro que imposibilite o haga dificultosa su traslación de un lugar a otro, no le es dado tenerse por excusado en orden a encauzar su actividad profesional.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7745

Contra: Luis Omar Rosero Obando

Casación

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 131 (octubre 28 de 1992).

Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado Luis Omar Rosero Obando, en contra de la providencia de fecha 21 de

septiembre del presente año, por medio de la cual denegó la prórroga el término para la presentación de la demanda de casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Insiste el recurrente en exponer que la no presentación oportuna de la demanda se debió a un caso fortuito; y si bien la Corte acepta como probada la grave enfermedad por él sufrida, desconoce la realidad del aparatoso accidente al fundamentar la denegación sobre la afirmación de haber logrado "levantarse y llegar a la secretaría de la Sala" cuando cerraban las oficinas judiciales.

Sostiene que existe un gran vacío en el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal ya que no contempla una solución para el caso en que se presente un grave y aparatoso accidente como el que sufriera y que le produjo un estado de inconsciencia, ya que arriesgando su propia salud y a pesar de sus heridas y sangrado, cuando logró reaccionar y pretender cumplir sus obligaciones, no alcanzó a llegar al Despacho Judicial.

Añade que en el caso propuesto la no concesión de la prórroga solicitada después o en el vencimiento del término, violaría los artículo 464 numerales 3 y 4 del Código de Justicia Penal Militar por violación del Derecho de Defensa, inaplicando la ley permisiva o favorable, el derecho de impugnación y el de confrontación; que a su vez constituirían las causales de nulidad previstas en los artículos 304 C.P. (sic) 464.3 Código Penal Militar, 9o., 10 y 21 del Código de Procedimiento Penal, al dejarse de tener en cuenta el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil que por el principio de integración le es aplicable.

Invoca finalmente los artículos 29 de la Constitución Nacional y 467 del Código Penal Militar, solicitando se reponga la providencia recurrida, pues fue por su grave deterioro físico y la pérdida del conocimiento que no alcanzó por 15 minutos a cumplir con la normatividad impuesta, ya que no solo se trataba del retardo en arribar a las oficinas de la Corte, sino que debido a la grave enfermedad física y psíquica, se encontraba impedido para valorar sus actuaciones.

2. No le asiste razón al recurrente cuando afirma que la Sala dio por demostrada su grave enfermedad y no obstante hacerlo desatendió la prórroga de términos que de ella derivaba, pues las razones que condujeron a la desestimación inicial de su pedido se fundaron precisamente en que su versión y su comportamiento se constituyeron en los mejores elementos de prueba para contradecir sus pretensiones, dado que del propio defensor partió la afirmación de haberse hecho presente en la Corte el día del vencimiento de los términos para presentación de la demanda, solo que con posterioridad al agotamiento del horario judicial.

Teniendo esta primera afirmación la suficiente trascendencia para sostener la decisión que ahora se impugna, frente a los argumentos del solicitante se ve

obligada la Corte a resaltar que tampoco de uno siquiera de los documentos aportados inicialmente como apoyo por el peticionario surge la afirmación o se permite la deducción de su grave estado de salud y particularmente del acusado estado de inconsciencia, pues ni en el croquis levantado por las autoridades de tránsito se menciona que el accidente allí reportado hubiera dejado heridos, ni el concepto médico acompañado de firma que el abogado Rodríguez Fontecha hubiese perdido el conocimiento, tampoco que se hallase en grave estado de salud y ni siquiera que presentase esa grave hemorragia que el señor defensor menciona, sino que simplemente se le diagnosticó un politraumatismo y la recomendación de someterse a exámenes y permanecer en reposo, recomendaciones que tampoco requirieron su internamiento en un centro asistencial, pues ni el médico lo sostiene ni el recurrente de otro modo lo afirma o acredita.

La situación de hecho así puesta en evidencia le indica a la Sala con toda claridad que la decisión materia del recurso fue acertada y que por consiguiente no existe razón alguna que lleve a su revocación, menos si, como procede ahora a reiterarlo, el impugnante no ataca una sola de las razones que basilarmente sirvieron para dar apoyo a lo decidido, pues no demostró que su petición se hubiese cursado antes de que venciera el plazo legal de su traslado, tampoco demostró ahora que efectivamente se hubiese hallado en una situación "grave y justificada", pues de nuevo su esfuerzo se limita a afirmaciones, con el agravante de encontrar tanto en los documentos que aporta como en su confesa actitud del día del vencimiento del traslado, la mayor oposición a sus alegaciones.

Motivo hay, entonces para repetir lo que en plurales ocasiones ya ha tenido que afirmar la Corte en casos paralelos (cfr. autos de noviembre 28 de 1979, Sala de Casación Civil y diciembre 12 de 1989), marginando inclusive la nulidad que como posible consecuencia de la desatención de su pedimento sugiere el inconforme, en cuanto "...a quien está en capacidad de desenvolver sus facultades intelectivas, así las puramente físicas hayan sufrido desmedro que imposibilite o haga dificultosa su traslación de un lugar a otro, no le es dado tenerse por excusado en orden a encauzar su actividad profesional..." porque mayor razón asiste para desatender la excepcional prórroga de términos, cuando ni siquiera se acredita la gravedad de la enfermedad sufrida, y antes por el contrario es el propio afectado quien con su presencia física, aunque tardía demuestra que sí contó con la posibilidad física de concurrir ante la respectiva oficina judicial donde habría de cumplir el acto omitido.

Tampoco las razones que adiciona el profesional para intentar que recurriendo a otras codificaciones prospera su pedido le resultan de favor para sus fines, pues el principio de integración que invoca tiene por finalidad como norma rectora del proceso la de buscarle solución a "aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas" en el Código Penal Militar o en el Código de Procedimiento Penal, y el caso que controvierte tiene adecuada correspondencia con el artículo 420 de aquella primera codificación, motivo suficiente para que sea la propia ley la que impida buscar en otras una solución que contraría la que resulta aplicable.

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

RESUELVE:

NO REPONER, la providencia de septiembre veintiuno (21) inmediatamente anterior, mediante la cual se denegó la prórroga del término que para presentación de la demanda de casación solicitara el defensor del acusado Luis Omar Rosero Obando, declarándose la diserción del recurso interpuesto.

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

VIOLACION INDIRECTA \ CASACION OFICIOSA

Desquiciar la doble presunción de legalidad y acierto con que llega revestida la sentencia obliga en quien recurre a la violación indirecta la desvaloración efectiva de todos los elementos sobre los cuales descansa el juzgador sus convicciones.

El artículo 228 de aplicación diferente como norma posterior y favorable que resulta, expresamente facultó a la Sala para casar de oficio la sentencia de segundo grado siempre que en ella se descubra la violación de una garantía constitucional fundamental.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6564

Contra: Jairo Ayala Dulcey

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 133

Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor defensor del acusado Jairo Ayala Dulcey en contra de la sentencia de segunda instancia proferida el 19 de junio de 1991 por el Tribunal Superior de Bucaramanga, decisión que confirma, incrementándola de 81 a 90 meses, la pena de prisión impuesta por Juzgado Quinto Penal del Circuito de Barrancabermeja a los

acusados Ayala y Jaime Alonso Vásquez Giraldo por los delitos de peculado y falsedad en documento público, los absuelve frente al delito de uso fraudulento de sello oficial, absuelve también al enjuiciado Henio Gómez Velasco, y con otras modificaciones adjetivas la confirma en lo demás y respecto de los procesados Adolfo León Barros Felizzola, Rodrigo Rincón Angarita y Julio Hernán Sastoque Mejía.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A mediados del mes de diciembre de 1988 presentó el ciudadano Henio Gómez Velasco ante la Tesorería Municipal de Barrancabermeja la cuenta de cobro No. 2045 por la suma de $ 4.400.000.00 y concepto de venta de 5.000 bultos de cemento, sobre la cual descubrió la Contraloría la utilización de unos formatos de papelería en desuso y la remilización del número consecutivo que bajo otro concepto había servido para cancelarle a Marcos Perales desde el 15 de mayo de ese año la cantidad de $ 25.000.00 irregularidades que puso en conocimiento del Secretario de Hacienda Jairo Benavides Cera y del Alcalde de la localidad Rafael Antonio Fernández, impidiendo el pago de la millonaria cuenta, y procediendo a formular la correspondiente denuncia penal.

Más adelante se establecería que por procedimiento ilegal semejante al denunciado se habían cancelado con dineros del Municipio las cuentas 2575 de noviembre 30 de 1988 a favor de Adolfo León Barrios por valor de $ 4.400.000.00; la número 1466 por $ 4.000.000.00 a Rodrigo Rincón Angarita y otra más a la Comercializadora de Cementos -Hernán Sastoque- por cuantía de $ 3.296.160.00, todas por concepto de ficticias compras del mismo material, con la particularidad de que ni siquiera los documentos de la última lograron ser localizados.

Corrió la apertura de la investigación por cuenta del Juzgado 14 de Instrucción Criminal de Barrancabermeja, despacho al cual regresaron las diligencias luego de la breve intervención del Juzgado 19 de Instrucción Criminal ambulante de la citada localidad, produciéndose la vinculación mediante indagatoria de Adolfo León Barros Felizzola, Julio Hernán Sastoque y Rodrigo Rincón Angarita, y mediante declaración de ausentes las de Jaime Alonso Vásquez Giraldo, Henio Gómez y Jairo Ayala Dulcey, cuya situación jurídica se resolvió con proveídos de febrero 7, 21 y marzo 9 de 1989 mediante detención preventiva.

Perfeccionado y clausurado el sumario, su calificación se produjo en interlocutorio de septiembre 22 de 1989 con resolución de acusación para todos los procesados, precisando en ella que Jaime Alonso Vásquez y Jairo Ayala Dulcey responderían como coautores de los punibles de falsedad material de empleado oficial en documento público, peculado por apropiación y falsificación o uso de sello oficial, en tanto que Rodrigo Rincón Angarita y Adolfo León Barros Felizzola lo harían como cómplices de la falsedad y el peculado, y Julio Hernán Sastoque Mejía como cómplice de peculado y a Henio Gómez Velasco como

cómplice de los delitos de falsedad material en documento público y peculado, éste último en grado de tentativa.

Contra la anterior providencia se recurrió en alzada sin que por falta de sustentación el Tribunal Superior de Bucaramanga conociera, de modo que correspondiéndole impulsar la etapa de la causa al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Barrancabermeja, produjo a su culminación el fallo de febrero 19 de 1991 mediante el cual condenó a los acusados a las siguientes penas principales: Vásquez Giraldo y Ayala Dulcey debían descontar 81 meses de prisión y $ 33.750.00 de multa; León Angarita y Barros Felizzola privación de libertad por 36 meses mas una multa de $ 15.000.00; Sastoque Mejía 24 meses de prisión y $ 10.000.00 de multa y Henio Gómez 18 meses de prisión y una multa de $ 7.500.00. A todos se les impuso como accesoria la pena de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la privativa de la libertad, con excepción de Henio Gómez a quien se le fijó en dos años; y de manera solidaria se les añadió la obligación de indemnizar daños y perjuicios materiales por $ 17.943.084.00 y morales en cuantía de $ 282.656.00. Tanto a Vásquez Giraldo como Ayala Dulcey se les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo a iniciativa exclusiva de algunos de los defensores, el Tribunal Superior de Bucaramanga le impartió confirmación, introduciéndole las siguientes modificaciones: a) según ya se avanzó, a los acusados Vásquez y Ayala, no obstante absolverles por el cargo de uso fraudulento de sello oficial se les incrementó la pena de prisión a 90 meses, la de multa a $ 50.000.00 y la interdicción se redujo a 4 años; b) a Henio Gómez se le absolvió y c) a los demás condenados se les dejó la interdicción en el ejercicio de derechos por tiempo igual al de la pena principal.

Es contra esta providencia, que el señor defensor del acusado Jairo Ayala Dulcey ha interpuesto en oportunidad el recurso extraordinario de casación del cual entra la Sala a ocuparse.

La demanda

Un solo cargo formula el recurrente bajo el amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha de la impugnación, acusando la sentencia del Tribunal como indirectamente violatoria de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 218, 23 y 26 del Código Penal, al incurrir los falladores en manifiestos y trascendentes errores de hecho por falsos juicios de existencia e identidad en la apreciación de las pruebas, dejando en cambio de aplicar los artículos 246, 247, 253, 302, 303 y 304 del Código de Procedimiento Penal.

Argumenta a este punto el censor que su asistido resultó condenado por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público al ordenar en su condición de Tesorero Municipal de Barrancabermeja el pago de las cuentas

espurias, pero sin que existiera en su contra prueba de su participación en el mencionado reato.

Procedió así el Tribunal -agrega- "mediante falso juicio de existencia y de identidad" pues "supone en unos casos y en otros les da un alcance que no tienen a las pruebas para afirmar la participación de Ayala Dulcey como determinador en el delito de falsedad material de documento público", afirmación que sustenta con transcripción parcial de las providencias de una y otra instancia, para terminar afirmando que:

"Los juzgadores entonces involucraron dentro de una sola empresa criminal a los procesados Vásquez Giraldo y Ayala Dulcey, siéndoles suficiente para ello la afirmación de que ambos procesados querían defraudar el fisco; tal afirmación que es válida para involucrar a Vásquez Giraldo Giraldo y a Ayala Dulcey en la realización conjunta del delito de peculado, no autoriza para suponer, ni en el acuerdo, ni la realización conjunta, ni la participación de Ayala Dulcey en el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público, cuando precisamente la prueba existente indica que la actividad falsificadora corrió toda a cargo de Vásquez Giraldo, quien como muy bien lo reconoce el Tribunal Superior: 'inicialmente se apoderó de la necesaria papelería y los sellos, como instrumentos indispensables para iniciar la ejecución del plan'..."

Mencionando en seguida los dichos de Fredeslinda Amorocho Romero, Julio César Romero, Jairo Benavides Cera, Henio Gómez Velasco, Rodrigo Rincón Angarita, Adolfo León Barros Felizzola y Julio Hernán Sastoque Mejía, concluye que todas estas pruebas apuntaron a demostrar suficientemente la autoría y responsabilidad exclusiva del ex-contralor Jaime Vásquez Giraldo en la elaboración de las cuentas constitutivas del delito de falsedad material en documento público, de modo que cuando el Tribunal hizo extensiva a esa infracción la responsabilidad de Jairo Ayala, simplemente supuso prueba inexistente, afirmando gratuitamente su participación en la violación del artículo 218 del Código Penal, desatendiendo que el ahora impugnante no obtuvo ni utilizó la papelería, ni usó de sus sellos, ni documentó afirmación alguna, limitándose apenas a ordenar el pago de las cuentas, comportamiento que en sentir del casacionista es ajeno al delito de falsedad.

Así, pues, que aún aceptando la comisión del delito de peculado por parte del ex-Tesorero, la decisión que ahora de la Corte solicita es la de casar parcialmente la sentencia impugnada, absolviendo al acusado recurrente frente a los cargos que por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público le fueron endilgados, procediendo en su lugar a modificar el monto de la pena impuesta y a tomar las demás decisiones que en justicia resulten pertinentes.

Concepto del Ministerio Público

Para el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la sentencia debe mantenerse y la demanda ser desestimada, dado que el censor no logró demostrar las equivocaciones en que pudo haber incurrido el sentenciador de segundo grado.

toda vez que en su libelo consigna un análisis meramente parcial respecto de las pruebas que sirvieron al Tribunal para sentar las conclusiones a las cuales llega.

A diferencia de cuanto el casacionista afirma, halla la Delegada que el Tribunal si analizó en conjunto la actividad delictiva desplegada por los procesados y con la cual lograron obtener el ilícito apoderamiento de dineros del municipio, siendo así como en la hoja 13 la sentencia analiza pruebas distintas de la testimonial, y particularmente la indiciaria, sosteniendo de ella que "Aparentemente existió "revisión" en las oficinas de contraloría y tesorería pues allí aparecen, bien la firma del titular de aquella o bien la aquiescencia del de ésta para el pago de las órdenes. Esta verdad en vez de acreditar legalidad en la actuación sólo viene a confirmar que fueron los encargados de tales dependencias quienes ejecutaron toda labor de dirección, ejecución y pago, ya que en caso contrario la falsificación masiva de firmas no se hubiese estructurado".

Esta inferencia pone de presente para el juzgador como hecho concreto y debidamente comprobado que ni en el contralor de Barrancabermeja ni en el tesorero cumplieron con sus deberes oficiales, que aquellos documentos que les obligaba revisar no lo fueron de manera intencional, y que al impartir así con sus firmas la aprobación a las cuentas solo hace deducir que ambos funcionarios se hallaban comprometidos con la totalidad del actuar delictivo, pues de lo contrario no habrían refrendado las rúbricas ostensiblemente adulteradas que exhibían las cuentas de cobro, y mucho menos impulsado el trámite a una cuenta de cobro que carecía de la autorización expresa del concejo de gobierno, requisito indispensable frente a la cuantía del pago. Si además los partícipes confesaron que el cemento objeto de la compra no existió, y pese a ello se prestaron al cobro de los dineros que fueron a parar a las arcas de los empleados -contralor y tesorero- es abonable que "...los dos en connivencia y unidos por un propósito común no podían rechazar aquellos documentos por ellos mismos elaborados".

Recuerda el Procurador que un indicio más consideró aún el Tribunal al destacar el particular afán del tesorero por pagar así fuese recurriendo a sobregiros las cuentas ilegales, priorizándolas sobre otras obligaciones importantes y pendientes, pruebas de convicción que debidamente analizadas por el Tribunal tenía el censor la obligación de abordar, conllevando por ende y como consecuencia de su omisión, la incolumidad del fallo atacado.

Como acotación final señala la Delegada en su concepto la posibilidad de que aún por encima del fracaso de la demanda, entre la Corte a restituir los derechos del apelante único, desmejorados por el Tribunal al resolver la instancia, pues interpuesto solo por la defensa el recurso de alzada en contra de la sentencia del Juzgado, la agravación por parte del ad quem a la situación de los condenados lleva como consecuencia su modificación por el surgimiento de la posterior prohibición constitucional del artículo 31, situación que lleva a la Procuraduría a insistir en que sea de una vez la Corte la que en esta sede remedie oficiosamente y con

reconocimiento del cumplimiento inmediato de la norma superior esa situación gravosa, pues distanciándose de las razones dadas por la Corte al fundamentar la misma conclusión, sostiene que ha surgido motivo para que "el funcionario judicial que por cualquier motivo legal esté conociendo del proceso penal en que se presenten las situaciones de hecho y jurídicas contempladas por el canon superior, de aplicación en forma inmediata y directa al inciso 2o. del artículo 31 mencionado, porque éste consagra un derecho fundamental de los ciudadanos y que expresamente ha sido enlistado en el artículo 85 de la propia Constitución como uno de aquellos que son "de aplicación inmediata".

Esa "aplicación *inmediata* y *directa* del canon constitucional -agrega-, obviaría el problema señalado, pues la Corte no tendría que acudir a la ruptura del fallo buscando encuadrar su decisión en una causal inexistente, sino que se limitaría a reconocer la vigencia obligada del derecho fundamental constitucionalmente consagrada, sin desconocer con ello ni la carta política ni la ley procesal penal.

"...Concluyese entonces, en la opinión de esta representación del Ministerio Público, que lo procedente es la aplicación, por parte de la Honorable Corte, en forma *inmediata* y *oficiosa* del precepto constitucional, debiéndose, por consiguiente, declarar, por fuera del ámbito casacional, que los procesados Vásquez Giraldo y Ayala Dulcey deben estarse a lo establecido en la sentencia de primer grado en lo relacionado con la pena que se les impusiera, ... sugiriéndole a la Corte, *desestimar el recurso* de casación y *dar aplicación inmediata y oficiosa* al artículo 31 inciso 2o. de la Constitución Nacional, *declarando* que la pena que debe regir la situación de los condenados, es la fijada en la sentencia de primera instancia.

Consideraciones de la Corte

1. Conocer si en verdad el fallo impugnado dedujo gratuitamente la responsabilidad penal al acusado Jairo Ayala Dulcey frente al delito de falsedad en documentos como lo afirma el demandante, o si por el contrario, como es opinión del Ministerio Público, en esa conclusión se acertó, fundando la culpabilidad dolosa en prueba particularmente indiciaria, lleva necesariamente a la consulta de los motivos que sobre esa participación y grado de culpabilidad precisa el silogismo que plantea en su desarrollo la sentencia acusada.

Abordando ese análisis se encuentra ante todo la afirmación precisa y contundente del ad quem, de recibo por parte aquí del impugnante, acerca de la realidad externa del delito de peculado que de manera repetida fuera consumado mediante los egresos destinados al pago de las cuentas ficticias por compra de cemento que acomodaron como titulares a los sujetos Adolfo León Barrios Felizzola, Rodrigo Rincón Angarita y Hernán Sastoque, y que en el último intento en que se pretendía dejar como titular a Henio Gómez logró finalmente obstaculizarse, siendo invariablemente acogida como medio para la obtención de

ese resultado la falsificación de cuentas de cobro que solo en apariencia mostraban los pasos previos de su trámite, pretermitidos mediante la falsificación material de las firmas del alcalde, el almacenista y el auditor, hasta colocar allí si por voluntad y malicia de los acusados, sus firmas auténticas de Tesorero y Contralor, como final respaldo para la emisión de los cheques que facilitaron el egreso.

Con este propósito y de manera pormenorizada precisó la Sala de Decisión del Tribunal los distintos medios probatorios que permitían certeza con relación a cada uno de los elementos de los tipos penales enunciados, recordando que la vinculación oficial de los acusados Ayala y Vásquez se comprobó documentalmente; el egreso del dinero en el caso de las tres primeras cuentas, mediante diligencias de inspección, aportes documentales y testimoniales; la falsedad con el aporte de tres de las órdenes de pago rescatadas, las versiones de los supuestos signantes Hermes Vega, Juan de Dios Alfonso, la información del denunciante y los resultados de la pericia grafotécnica, elementos todos que conformaron una unidad coherente y armónica que sirvió incluso de respaldo a las confesiones que sobre su participación en el reato dieron los indagados Barros, Sastoque, Gómez y Rincón a quienes se dedujo su participación a título de cómplices.

Seguidamente y cuando de abordar el tema de la responsabilidad se ocupó, hizo la Sala del Tribunal un amplio y pormenorizado análisis, vinculando abiertamente la falsedad con el peculado en una relación de medio a fin y en términos que difícilmente podrían desvincular la una del otro, enunciando una serie de indicios de medio, de oportunidad y de motivos que no dejaban margen para cuestionar que entre Alonso Vásquez como contralor y Jairo Ayala como Tesorero Municipal de Barrancabermeja, de común acuerdo urdieron la maniobra defraudatoria, comprometieron inocentemente a otros empleados en la obtención de los elementos materiales (formatos y sellos) y maliciosamente a terceros (los co-procesados) para que le brindaran su colaboración y concurso, dirigiendo y ejecutando de principio a fin la maniobra mediante la cual lograron hacerse a una suma superior a los once millones de pesos que por aquellas interpuestas personas llegaron finalmente a sus propios bolsillos, con la sola salvedad del último episodio en que ya por la malicia que la repetida solicitud de medios generó en sus compañeros de trabajo, consiguió abortarse.

A propósito, entonces, expresó la Sala como se lee en la hoja 7 del fallo que se impugna, que ese "convenio tesorero-contralor encaminado a la defraudación del fisco" por diferentes rastros se mostraba "sin que la ingenuidad llegue al extremo de demandar para la demostración de ese acuerdo, que se aporte prueba directa o pacto escrito de su celebración", pues "todos los comportamientos de los ex-empleados, la agilización y trámite de las cuentas, la misma fuga, la obtención de utilidades ilícitas" eran muestra palpable de su acuerdo corrupto.

Por ello y en el deber de desentrañar uno a uno los aspectos indicativos de aquella connivencia, mas adelante se procedió a expresar sobre los hechos indicadores y su interpretación que: "La intelectualidad de la acción es atribuible

a los sindicados no solo por la existencia de un móvil (como limitadamente parece entenderlo el Fiscal del Juzgado) que por lo demás de obtenido es poderoso y excluyente de cualquier otra persona, sino igualmente porque fueron ellos quienes previa consecución colocaron allí los sellos y porque omitieron darle el trámite legal a las cuentas y aun hacer desaparecer una de ellas como ocurrió con la de Hernán Sastoque a pesar de haberse efectuado la respectiva cancelación".

Para mayor precisión de esa categórica afirmación, añadió el Tribunal que la revisión de cuentas por parte del tesoro y del contralor fue apenas aparente, "...pues allí aparecen, bien la firma del titular de aquella o bien la aquiescencia del de ésta para el pago de las órdenes" realidad que en lugar de probar el cumplimiento de un deber indica a las claras su maliciosa desatención dadas las características que rodeaban la falsificación masiva contenida en las cuentas, lo que llevó a plantear los siguientes interrogantes que dentro de la lógica responde con la hipótesis del contubernio:

"2. Cómo desconocer por contralor y tesorero que para el trámite del pedido y el pago -dada la cuantía- se requería como nexo la autorización expresa del consejo de gobierno, la que nunca se aportó a cuenta alguna?

3. Cómo autorizar la cancelación de tan elevadas sumas a personas naturales que ni siquiera formaban parte del registro de proveedores, ni ejercían actividades comerciales y mucho menos la distribución del cemento y en esas cantidades, máxime cuando conocía a qué se dedicaban cada uno de los cuatro cómplices?.

4. Por qué admitían trámite en papelería en desuso, si de tal desestimación eran sabedores los ex empleados?

La respuesta al múltiple cuestionario es una sola: los dos en comunidad y unidos por un propósito común no podían rechazar aquellos documentos por ellos mismos elaborados".

Y no se conforma todavía el fallo con sentar genéricamente ese enunciado: concretándose al caso de Ayala Dulcey, a quien los partícipes no señalaron con la misma explicitud como gestor y proponente, como sí lo habían hecho en el caso de Vásquez Giraldo, todavía tuvo razones de peso para deducir su conocimiento y consentimiento frente al procedimiento complejo mediante el cual se tramaba la defraudación fiscal, y que incluía, o mejor, presuponía recurrir a documentos espurios, afirmando

"Con el proceso de falsificación, el que la Sala estima que operó entre Ayala Dulcey y Vásquez Giraldo con conocimiento y voluntad encaminada al resultado, pueden agregarse algunos comportamientos del tesorero Ayala que no dan campo a la duda en torno a su calidad de coautor, correctamente deducida en la sentencia y edificada alrededor de una división de trabajo con un fin común, donde ambos

ejecutaban la conducta como propia. La inicial labor, es decir la consecución de papelería y sellos corrió por cuenta de Vásquez, siendo tan importante aquella como autorizar los pagos por parte de su socio, predicándose de los dos la elaboración apócrifa de las cuentas, como autores o en últimas como determinadores según se les enjuició, como que solo ellos eran los únicos interesados en el trámite y la cancelación.

"Hay que advertir sobre la conducta que Jairo Ayala asumió en la Tesorería en relación con el pago prioritario de los cheques correspondientes a las cuentas de autos, apremios rayanos en la urgencia como ocurrió con la de Henio Gómez (que al final no tuvo consumación económica) pues en el lapso de la mañana del 16 de diciembre de 1988 y en menos de tres horas de ingresada la documentación se expidió el consiguiente título valor...

"En relación con el pago de la de Rodrigo Rincón Angarita se efectuó sin que el auditor Cruz lo hubiese visado, requisito indispensable para su entrega, motivado por la premura del tesorero de hacerlo llegar a manos del "Beneficiario...

"En torno a la de Alfonso Barros, en igual forma el tesorero mostró precipitud hasta el punto de acudir a cafetería y regañar a la empleada Aura Luz Rueda por no haber elaborado el cheque cuya orden le había sido impartida por aquel...

"Pero otro detalle que aporta certeza acerca de las motivaciones que se han venido consignando tiene que ver con la iliquidez del municipio para cancelar hasta los sueldos de los empleados... era lógico que los "suministros" de cemento tuviesen que esperar para su cancelación, mas sin embargo mediante la pronta actuación de Ayala Dulcey ante las entidades de crédito consiguió un aumento en el cupo de endeudamiento, suficiente para cancelar los sobregiros de las cuentas relativas a Hernán Sastoque el 18 de noviembre por $ 3.296.160.00 y a Rodrigo Rincón el 9 de diciembre por $ 3.924.000.00, tema acerca del cual se volverá en el análisis del peculado".

Desconociendo tan concreta y clara motivación acerca de la participación del acusado Jairo Ayala en el caso de los dos delitos imputados, pero particularmente y con toda nitidez en la falsedad material en documento público, la crítica del demandante solamente enderezó sus censuras a reprochar la desestimación de las versiones de Fredeslinda Amorocho Romero, Julio César Romero, Jairo Benavides Cera y los co-acusados Henio Gómez, Rodrigo Rincón, Adolfo Barros y Julio Hernán Sastoque, afirmando que sus imputaciones fueron exclusivas contra el contralor Vásquez Giraldo, sin que en alguna forma se extendieran hasta el acusado Jairo Ayala, ora cuando se aludió al requerimiento de la papelería y sellos utilizados en la labor falsaria, bien cuando se hizo a los cómplices la sugerencia de su intervención para el cobro de las cuentas por dineros no causados.

Como de modo notorio de esa incompleta crítica resulta, tiene que afirmarse ahora que ni su formulación acierta porque el Tribunal -ni en su momento el Juzgado- hayan desestimado siquiera parcialmente el contenido de esos dichos, tampoco por una eventual tergiversación de su sentido.

Si lo primero, ya se ha visto que cuando el juzgador dedujo que había sido Vásquez el encargado de conseguir papelería y sellos, su afirmación partió juiciosamente de los dichos que ahora se sostienen ignorados, sin que con ello tuviese que marginar definitivamente cualquier intervención del cozutor, pues acudiendo a otros medios descubrió la existencia de una clara connivencia o acuerdo entre tesorero y contralor, en cuya participación medió una bien dirigida y expresa distribución de riesgos y labores, correspondiendo a uno de los acusados (Vásquez) la consecución de los formatos y los sellos, y el reclutamiento de los particulares que se prestarían como "beneficiarios" de los pagos, procediendo entre ambos a elaborar la documentación espuria, y culminando Ayala desde la Tesorería la tarea de lograr una transitoria liquidez de la Oficina para proceder de inmediato a girar los cheques, facilitar y controlar que los pagos se realizaran sin tropiezos, y al final hacerse de nuevo y entre los dos a las sumas tortuosamente retiradas.

Pero tampoco se hacía necesaria de este modo para sentar las conclusiones que sopesadamente tomaron las instancias, deformación ninguna de la prueba bajo la hipótesis del acuerdo y distribución de funciones dentro de la empresa criminal, pues ni siquiera asomaba forzoso que fuesen ambos acusados quienes comprometieron a sus agentes colaboradores, cuando se torna lógico aceptar que los prosélitos no tenían por qué salir de entre comunes allegados, bastando con que hubiesen sido de la confianza al menos de uno de los dos, como con amplitud lo demostró el plenario.

Y menos prueba el censor que de modo gratuito o arbitrario se hubiese hecho extensiva y sin apoyo la responsabilidad de Ayala Dulcey al delito de falsedad en documentos, con el solo recurso a la invocación de negaciones genéricas, o a la invocación de afirmaciones indefinidas, pues en la impugnación extraordinaria en sede de casación -como de modo repetido lo tiene advertido la doctrina de esta Sala-, desquiciar la doble presunción de legalidad y acierto con que llega revestida la sentencia obliga en quien recurre a la violación indirecta la desvaloración efectiva de todos los elementos sobre los cuales descansa el juzgador sus convicciones, carga que en el caso propuesto el censor desestimó, omitiendo la demostración de los errores de hecho o de derecho que hubieran enervado la plural y contundente prueba de indicios que fue precisamente aquella sobre la cual llegó apoyado el fallo de condena.

Lejos de controvertir entonces el actor ésta que ha sido la verdadera y eficaz prueba en que reposa la sentencia, irremediablemente erró al ignorarla, pues con ello la dejó incólume en el ataque y lo que es peor aun, le dio su apoyo como ocurrió con el hecho determinante de admitir la responsabilidad de Ayala en los varios delitos de peculado, pues ya se vio y a suficiencia, que fue de aquel propósito ilícito

de lucrarse y de las circunstancias de *dominio de los medios* y de la *oportunidad* en que se consiguió el provecho, de los cuales surgieron y se fortalecieron los indicios que a la postre apuntaron a señalar pareja la responsabilidad de Ayala y Vásquez frente al concurso heterogéneo de delitos por los cuales fueron acusados.

Tampoco mortifica la conclusión a que la Sala llega, la crítica adicional que el casacionista hace al afirmar que por no haber logrado demostrar cual fue la verdadera intervención del acusado, unas veces se le dedujo responsabilidad a título de coautor y otras como determinador de la conducta falsaria, pues si en este aspecto se revisan las decisiones de primera y de segunda instancia, no resulta difícil encontrar que la coautoría fue la única modalidad por la que se rigió el encausamiento, como aquella que remató en su esencia los dos fallos, advirtiéndose apenas que como la obtención del resultado buscado exigía la participación cómplice de terceros, su intervención se consiguió creando en ellos (a excepción del absuelto) la voluntad de contribuir en el designio criminal, aclaración que para nada mortifica la legalidad ni el acierto de la imputación, referidos como se hallaban a unos mismos hechos cometidos en concurso.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

2. Descorriendo el traslado concedido en esta sede, propuso el señor Procurador Tercero Delegado la rectificación oficiosa e inmediata por parte de la Corte de la situación gravosa generada por el fallo de segunda instancia para el acusado impugnante, que pese a haber actuado como recurrente ante el fallo del juzgado, vio en la decisión del Tribunal incrementadas sus penas de prisión y pecuniaria, situación extensiva al no recurrente señor Vásquez Giraldo.

Para hacer este planteamiento, insistió el Delegado en sus críticas a la tesis mayoritaria que en vigencia del Código de Procedimiento Penal anterior sentó la Sala, recurriendo para operancia inmediata de la primacía del artículo 31 superior a la casación oficiosa del fallo de segunda instancia.

Sin descontar el interés que la opción alternativa de la aplicación inmediata y directa del precepto constitucional para remediar la situación avisada se propone, y que ya en ocasión anterior le contestó la Sala como puede verse en sentencia de mayo 13 de 1992 con ponencia del mismo magistrado que aquí de nuevo conduce la actuación, es lo cierto que el punto de discrepancia desapareció con la vigencia del Decreto 2700 de 1991, cuyo artículo 228 de aplicación preferente como norma posterior y favorable que resulta, expresamente facultó a la Sala para casar de oficio la sentencia de segundo grado, siempre que en ella se descubra la violación de una garantía constitucional fundamental, como sería el caso de desconocimiento del inciso segundo del artículo 31 de la Carta Política.

La solución que por esta vía procede en el caso bajo estudio es por completo evidente: Nótase que mientras en la sentencia de primera instancia se impusieron en contra de los acusados Ayala Dulcey y Vásquez Giraldo como penas principales

la de 81 meses de prisión y multa por valor de $ 33.750.00, cuando el Tribunal resolvió el recurso de apelación interpuesto a iniciativa exclusiva de los defensores de los acusados Gómez, Rincón, Vásquez y Ayala, hizo particularmente más gravosa la situación de los dos últimos, pues pese a haberles absuelto de un delito y reducido la duración de la pena de interdicción a 4 años, les elevó las principales a 90 meses de prisión y $ 50.000.00 de multa.

A pesar que a la fecha de la decisión de segundo grado no había sido promulgada aun la nueva Carta Constitucional, es evidente que su artículo 31 que ahora consagra como derecho fundamental la no modificación peyorativa de la situación del apelante único, debe reconocerse de inaplazable cumplimiento, lo cual implica que haya de tornar en cuanto a Ayala Dulcey la situación más benigna que se había previsto en la sentencia de primera instancia, dejando intangibles las medidas de beneficio reconocidas por el Tribunal y haciendo extensiva esta rectificación oficiosa al no recurrente señor Vásquez Giraldo, por expresa autorización del artículo 242 del Código de Procedimiento Penal que rigió la actuación.

Es de observar, sin embargo, que como en segunda instancia el Tribunal absolvió a los coautores por el delito de uso indebido de sello oficial, aun la pena de 81 meses de prisión resultaría excesiva, pues tasada originalmente esa sanción con referencia al concurso de hechos punibles, forzosamente imponía su ajuste para reducirla como se desprende del artículo 61 del Código Penal, ya que de otro modo la persistencia de la sanción primera seguiría redundando en un indebido incremento generado en el curso de la apelación.

Por ello y regresando a las razones del juzgado que en lo restante proseguirán inmodificables, partiendo como allí se indica de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y tomando en consideración que el uso fraudulento de sello oficial fue apenas una de las varias infracciones en concurso que acumulaban tres delitos de peculado consumados y uno imperfecto, mas cuatro delitos de falsedad material en documento público, la reducción derivada de la absolución se ofrece mínima y solo incidencial en la pena privativa de libertad, sanción que en definitiva quedará en 77 meses de prisión; la multa continuará en los $ 33.750.00 tasados en primera instancia, y la interdicción en los cuatro años a los cuales la redujo el Tribunal, con la sola advertencia que por ministerio de la ley ella se impondrá como principal y no como accesoria, punto que en nada desmejora la situación de los penados, pues los efectos de esa medida continúan invariables, y si en cambio la aclaración se hace procedente en respecto hacia el principio de legalidad.

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 la sentencia recurrida, declarando que la pena privativa de la libertad que les corresponde descontar a los procesados Jaime

Alonso Vásquez Giraldo y Jairo Ayala Dulcey es la de setenta y siete (77) meses de prisión y $ 33.750.00 de multa, aclarando que tanto para ellos como para los demás condenados la pena de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas se impone como principal y no como accesoria.

Segundo: Las demás determinaciones adoptadas en el fallo recurrido no sufren modificación alguna.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen 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 Carrica
Secretario

NULIDAD \ PERJUICIO \ DEMANDA DE CASACION \ ACCION CIVIL

El cargo de nulidad, de suyo, no se contradice o excluye entre si con otro de diversa naturaleza, ya que la contradicción inherente al recurso extraordinario es la sustancial o de fondo no la formal. Si así fuera el actor vería en la encrucijada de que si propone la nulidad, la formulación de otro cargo le estaría vedada, lo cual resulta inaceptable.

Si el actor pretende atacar únicamente el tema de los perjuicios así debería anunciarlo al momento de interponer el recurso, para que el Tribunal pueda establecer el interés respectivo, y con base en el mismo, decidir si la impugnación es o no procedente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6471 Casación

Contra: Ibo Roa Roa

Aprobado acta No. 133

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*

Santafé de Bogotá, D.C., tres de noviembre de mil novecientos noventta y dos.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 9 de mayo de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó al doctor Ibo Roa Roa a 12 meses de prisión, por el delito de fraude procesal.

ANTECEDENTES

1. En esta capital, el 25 de enero de 1981, Jaime Salazar Rey compró a "Internacional de Vehículos S.A." el automóvil marca B.M.W., modelo 78, de placas FB-9583, por la suma de $ 2.116.356.00. la que se obligó a pagar por cuotas mensuales de $ 57.152.00 cada una, a partir del 10 de julio de ese año, suscribiendo al efecto el pagaré No. AF-04170783 (fls.2-8), mediante el cual, para garantizar el pago de la deuda, intereses, prima de seguro y gastos prejudiciales y judiciales, Salazar Rey constituyó "prenda sin tenencia a favor de Vehicrédito S.A., sobre el vehículo", que, además, tenía seguro por $ 1.700.000.00 en la compañía Skandia. El pagaré aparece también suscrito por Ligia López de Salazar e "Inversiones Piolín Ltda" (Representada por Salazar Rey), en calidad de "fiadores solidarios", y fue endosado a la mencionada firma "Vehicrédito". Los citados suscribieron igualmente, una letra de cambio a favor de "Internacional de Vehículos", por la referida suma de $ 2.116.356.00, con vencimiento el 1o. de septiembre de 1981.

Como Salazar Rey (que en octubre de 1981 había permutado el vehículo con Alvaro Melo Pinzón) no cumpliera la obligación, el apoderado de "Internacional de Vehículos", doctor Enrique Valero Niño, presentó la demanda ejecutiva correspondiente, con base en la mencionada letra de cambio. El juzgado 18 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá la admitió y libró mandamiento de pago mediante auto de 21 de agosto de 1982 (fls. 2 vto-2), el cual fue notificado personalmente a Salazar Rey, quien no propuso excepciones, siendo emplazados los fiadores. El mismo día 21 se decretó el embargo y secuestro del automóvil B.M.W. librándose el respectivo oficio para su aprehensión el 15 de septiembre de 1983, siendo puesto a disposición del juzgado el 3 de diciembre de 1984 y secuestrado el 2 de mayo de 1985 (fls. 22 y ss.-3).

Resulta que mientras tanto el vehículo había sido objeto de varias negociaciones: Melo Pinzón lo vendió a su cuñado Marino Ospina Trujillo, quien lo permutó al abogado Ibo Roa Roa, no obstante haberle Ospina Trujillo puesto al tanto de que no solamente el automotor estaba gravado con prenda sin tenencia a favor de "Vehicrédito S.A.", sino que era objeto de litis en el Juzgado 18 Civil del Circuito. "El me contestó -dijo Ospina Trujillo- que según su saber y entender como abogado sabría cómo sanear el vehículo" (fls.89-1) Luego Roa Roa procede a "venderlo" a su amigo Fabián Caro Ortíz, quien a su vez, y a instancias de Roa Roa, lo "vendieron" a Esther Londoño Ramírez, quien aparece girando a favor de Fabián 5 letras cada una por valor de $ 250.000.00: el vehículo permaneció en poder del abogado Roa Roa en un garaje de su residencia.

Alegando que Esther Londoño no había pagado, Caro Ortíz dio poder a Roa Roa para iniciar el proceso ejecutivo del caso, correspondiendo la demanda al Juzgado 42 Civil Municipal, que por medio de auto de 27 de junio de 1984 (fls. 7 vto.-4) libró mandamiento de pago, que la demandada no objetó cuando fue notificada personalmente. Al solicitar las medidas cautelares, el abogado Roa Roa

señaló: "Se sirva decretar el embargo y secuestro preventivo de los bienes muebles y enseres, especialmente automotores, que se encuentren en posesión de la demandada Esther Londoño Ramírez, en la carrera 32A No. 4-39 Sur, o en el lugar que se indique en el momento de la diligencia" (fls. 1-7).

Al decretarse estas medidas por auto de 27 de junio (fls.3-7), se nombró secuestre y comisionó a la Inspección 16A Departamental de Policía, que, por solicitud del actor Roa Roa, se trasladó a la carrera 34 no. 34-14, donde reside el abogado Roa Roa y se encontraba el automotor. En uso de la palabra, el apoderado pidió que se secuestrara dicho bien, del cual dio sus datos de identificación, salvo el atinente a las placas, respecto de las cuales manifestó que el automóvil carecía de ellas. "Legalmente embargado y secuestrado", se entregó al secuestre, que lo tuvo por recibido, manifestando seguidamente, "que a petición verbal del actor procedo a dejarlo en calidad de depósito provisional a mí orden en cabeza del dr. Ibo Roa Roa" (fls.8-7).

Mediante sentencia de 31 de julio de 1984, se ordenó llevar adelante la ejecución. El remate lo realizó el Juzgado 42 el 26 de octubre de 1984, diligencia en la cual los postores fueron el doctor Roa Roa y Gustavo Adolfo López Paredes, adjudicándosele a este último por $ 1.301.000.00, suma de la cual consignó el 20% de ley (fls.21 y ss-7).

Como el Inspector Departamental de Tránsito y Transporte de Soacha certificó que el automóvil estaba registrado a nombre de Jaime Salazar Rey, "gravado con prenda sin tenencia a favor de Vehicrédito S.A", y que además sobre él pesaba el embargo decretado por el Juzgado 18 Civil del Circuito, el adjudicatario López Paredes solicitó la nulidad del remate y la devolución del dinero consignado.

Mediante apoderado, se hicieron parte en este proceso "Internacional de Vehículos" y el susodicho adjudicatario.

Como ya por virtud de la medida cautelar decretada por el Juzgado 18 Civil del Circuito el vehículo había sido aprehendido, el actor Roa Roa solicitó reiteradamente que se le entregara, pues de él "fui despojado en forma violenta", petición a la que inicialmente accedió el Juzgado, siendo impugnada por los apoderados de "Internacional de Vehículos" y el adjudicatario. De su lado, Roa Roa solicitó que el dinero consignado por el rematante le fuera entregado al actor, ya que aquel no había cumplido con la obligación legal de consignar el resto. López Paredes cumplió con ello y finalmente, al ser declarada nula la diligencia de remate, se le devolvió el dinero.

En el ya referido proceso del Juzgado 18, se dictó sentencia de 11 de junio de 1984, ordenando llevar adelante la ejecución, realizándose la diligencia de remate el 26 de mayo de 1986 (fls.71-2), siéndole adjudicado el vehículo de marras al apoderado del demandante.

También, con base en el pagaré inicialmente aludido, el apoderado de la firma "Vehicrédito S.A" promovió demanda ejecutiva en acción prendaria. La demanda fue admitida por el Juzgado 26 Civil del Circuito, se libró orden de pago y se decretaron las medidas cautelares mediante auto de 28 de octubre de 1985 (fls.9-8). Empero, en escrito de diciembre de 1986, el actor desiste de dichas medidas, "con el fin de facilitar una solución al pago de la obligación que se cobra", desistimiento que se acoge, ordenándose el desembargo y el levantamiento del secuestro del automotor.

2. El 20 de agosto de 1983, el apoderado de "Internacional de Vehículos", doctor Enrique Valero Niño, había formulado denuncia penal en la que refería los pormenores del proceso adelantado en el Juzgado 18 Civil del Circuito, y se quejaba de que el vehículo automotor no había podido ser aprehendido, para su secuestro, debido a que el ya mencionado Mario Ospina Trujillo (quien lo había comprado a Melo Pinzón y vendido a Ibo Roa Roa), manifestaba que era poseedor del vehículo y, por tanto, sabía dónde se encontraba el mismo, "y para evitar que se lo quitaran lo tenía oculto y así lo mantendría hasta tanto haga un proceso para rematarse para sí el vehículo, a menos que la empresa Internacional de Vehículos le dé la suma de $ 800.000.00. Como la conducta del citado Marino Ospina, no solamente es violatoria de la ley, sino que también está causando perjuicios a mi mandante, le solicito comedidamente se sirva ordenar su investigación y si es del caso su sanción conforme a la ley" (fls. 1 y 2-1).

Luego de ratificar y ampliar dicha queja, el Juzgado 62 de Instrucción Criminal de esta ciudad abrió investigación, escuchó en declaración bajo juramento a Alvaro Melo Pinzón y Esther Londoño, y en indagatoria a Ibo Roa Roa, Marino Ospina Trujillo y Fabián Caro Ortíz; practicó otras pruebas y resolvió situación jurídica así: auto de detención respecto de Roa Roa, como autor de fraude procesal y de la contravención prevista en el artículo 32 del Código Nacional de Policía (haber retirado las placas del vehículo B.M.W.); medida de aseguramiento de caución contra Fabián Caro Ortíz, como cómplice de dicho fraude, absteniéndose de proferir esa medida en relación con Marino Ospina Trujillo. De otro lado, se decidió allí mismo expedir las copias correspondientes, para averiguar por separado la conducta del inicial comprador del vehículo, Jaime Salazar Rey, por haber éste dispuesto "del bien propio gravado en prenda" (fls. 275 y 320-1).

Al ser apelado dicho auto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá lo confirmó, reformándolo en el sentido de que la detención de Roa Roa "es únicamente por el delito de fraude procesal", al considerar que el comportamiento de dicho sindicado en relación con las placas del vehículo, "fue el medio para inducir en error al Juzgado 42 Civil Municipal". Al ocultar las placas del automotor -dijo el Tribunal- "era imposible que el Juzgado 42 Civil se enterara de que ya existía otro embargo. Así que, en esta forma, indujo en error al Juzgado, el que dispuso el embargo y secuestro, tramitando el proceso hasta el remate" (fls. 22-9).

Clausurada la investigación, se la calificó con resolución acusatoria de 7 de septiembre de 1987 (fls.355 y ss-1) contra el doctor Roa Roa y Caro Ortíz, en los términos de autor y cómplice mencionados (art. 182 C.P.), ceséndose procedimiento en cuanto a Marino Ospina Trujillo. Apelado este proveído, el Tribunal, mediante el suyo de 13 de abril de 1989 (fls.27 y ss-10), lo confirmó enteramente.

Ya el expediente en el Juzgado 12 Penal del Circuito, se ejerció el control de legalidad para entonces vigente, se celebró audiencia y se dictó fallo de 10 de agosto de 1990 (fls. 484 y ss-1) por medio del cual, en armonía con la acusación, se condenó a los acusados a la pena principal de 12 y 6 meses de prisión (Roa Roa y Caro Ortíz, respectivamente), a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y -para Roa Roa- suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado, y a pagar al rematante en el proceso del Juzgado 42 Civil Municipal, Gustavo Adolfo López Paredes, la suma de 1.000 gramos oro, por concepto de perjuicios ocasionados con el punible.

Estimó el Juzgado que si bien al citado se le devolvió el dinero que consignó como postor y luego como adjudicatario, la condena se hace a su favor "por concepto de lucro cesante y daño emergente, los gastos derivados del mandato judicial avocado y la situación subjudice prolongada sobre el mismo entorno..." (fls. 498-1).

En el fallo se estimó que Esther Londoño también aparece implicada en el fraude procesal, pero por haber prescrito a su respecto la correspondiente acción penal, no procedía la expedición de copias del caso. (fls. 497-1).

Los defensores de los acusados apelaron del fallo, y el Tribunal, por medio del suyo que recurrió en casación el defensor del doctor Roa Roa (fls. 49 y ss. 10), le impartió confirmación, salvo en cuanto al beneficiario de la condena en perjuicios, que, estimó, debía ser la sociedad "Internacional de Vehículos Ltda", que se constituyó parte civil en este proceso.

"En cuanto a la indemnización de perjuicios (dijo el Tribunal a folio 59-10), no se observa correcta la apreciación de que la parte civil ('Internacional de Vehículos') fue suficientemente resarcida por el hecho de recuperar el automotor, pues en verdad que se está dejando por fuera la prolongada tramitación y vinculación a múltiples procesos antes de lograr ese objetivo, motivo por el cual es pertinente fijar perjuicios materiales en su favor, los que serán en cuantía de 1.000 gramos oro y que deberán cubrir solidariamente los procesados; no se fijan morales, pues la afectada es una persona jurídica. En cambio, se revocará la determinación de favorecer con indemnización al señor Gustavo Adolfo López Paredes, pues en realidad si bien se vio también afectado por trámites engorrosos para recuperar el capital aportado para participar en el remate, no lo es menos que la demora se debió fundamentalmente a actos de terceros diferentes a los que han sido procesados en autos; de manera que no surge en forma clara el nexo causal entre el comportamiento de fraude procesal y la conducta especial que debió desarrollar el señor López, como para que deba indemnizársele en este proceso penal".

LA DEMANDA

1. Un primer cargo de nulidad dirige el actor al fallo:

"Por considerar que la nulidad se ha concretado al proferirse la condena civil de daños y perjuicios -dice- se presentará la demanda con arreglo a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil. Es por ello que invocamos la consagrada en el numeral 5o. del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que al tenor dice: 'Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado' ".

Argumenta que el sentenciador no tenía competencia para hacer esa condena "Tal como esa Corporación lo podría observar -dice-, la reclamación civil que adelantó la firma 'Internacional de Vehículos' dentro del proceso penal se hizo coetáneamente (sic) a otras acciones de dicha persona jurídica adelantó en la jurisdicción civil y en donde tuvo (sic) acogida sus planteamientos", agregando luego:

"Así entonces señores Magistrados, se podrá observar en las copias que aparecen adjunto al proceso penal, cómo dentro del proceso ejecutivo de Internacional de Vehículos contra Jaime Salazar y otro se liquidó el crédito, habiendo quedado el mismo aprobado por el Juzgado al no haberse objetado" (fls. 12 cuaderno Corte).

Demostrado que la obligación fue "satisfecha plenamente", alega el casacionista, el fallador carecía de competencia para condenar nuevamente en favor de la misma persona jurídica."Así entonces -añade-, al haberse desconocido por parte del Juzgado lo preceptuado en los artículos 1617, 1625, 1626, 1635, inciso primero, del Código Civil y el artículo 530 del Código de Procedimiento Civil, se dejó de aplicar lo dispuesto en los artículos 37, 50 y 57 del Código de Procedimiento Penal, que nos indica quienes deben indemnizar a través del proceso penal y cuáles son las disposiciones que para estos efectos habrán de atenderse. Por ello solicitaremos a la Corte case la sentencia impugnada, decretando la nulidad del proceso a partir de la fecha de entrada para sentencia de segunda instancia, con el único objeto de que se abstenga de proferir condena civil por daños y perjuicios en favor de una persona jurídica que no radica en su cabeza las exigencias legales para obtenerla efectivamente".

2.- El segundo cargo añade a la violación directa de la ley, prevista en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989; "La sentencia acusada -anota- vulnera por vía directa la ley sustancial civil por errónea interpretación al pretender darle un significado que supera la que dentro de esa área del saber jurídico está reservada a la compraventa de muebles" (fls.13).

Estima que de conformidad con el artículo 1857 del Código Civil, la venta de muebles se considera perfeccionada "desde cuando las partes acuerdan la cosa y el precio", no teniendo, pues, el Tribunal razón al "desconocer" las negociaciones habidas sobre el vehículo automotor B.M.W entre los procesados Roa Roa y Caro

Ortíz con Esther Londoño Ramírez "Si la H. Corte observa con detenimiento las declaraciones prestadas tanto por la señora Esther Londoño (fls.307) y la de Fabián Caro (Fls. 312) -prosigue el censor- se podrá observar muy a las claras que ellos sabían en que condiciones realizaban el contrato de compraventa; se podrá entender a qué título recibían ellos el vehículo, respectivamente, se podrá en fin entender cuales fueron las cláusula que acogieron cada uno de ellos en su respectiva negociación" (fls. 14), acotando que "en ambas negociaciones hubo pleno acuerdo sobre el precio y el objeto y es ésa la exigencia que trae nuestro Código Civil".

Concluye, así, en que hubo interpretación errónea de los artículos 1857 y 1530 del Código Civil, por lo cual debe casarse el fallo "y en su lugar dictarse sentencia de carácter absolutorio, pues no se reunirían los presupuestos que el artículo 182 del Código Penal, que describe la conducta del fraude procesal".

CONCEPTO DE LA DELEGADA

1. Al cargo de nulidad replica el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que según el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto 050/87), que es el que rige este proceso, "el casacionista solo podrá recurrir a las causales de casación civil, cuando la pretensión de su demanda (entendida esta como una unidad) verse única y exclusivamente sobre la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia. Lo que no ocurre en el presente evento. Pues solamente el primer cargo de los dos reproches que formula concierne a los perjuicios, los que considera ya resarcidos a la Compañía Internacional de Vehículos a través del proceso ejecutivo adelantado contra Jorge (sic) Salazar y otro, en tanto que el segundo cargo difiere de dicha pretensión, ya que se ocupa de tratar de demostrar la 'atipicidad' de la conducta por la cual fuera enjuiciado y sancionado su defendido (Roa Roa)..." (fls. 26).

A continuación dice que "es un error absoluto" del censor alegar falta de competencia del Tribunal para la condena en perjuicios, ya que "el juez Penal que dicta la sentencia no solamente tiene competencia para condenar al pago de los perjuicios civiles, sino que según la más reciente jurisprudencia sobre el tema, tiene la obligación legal de hacerlo según interpretación que se hace de los artículos 106 y 107 del C.P.", agregando que el hecho de que "la indemnización hubiere sido pagada por vía distinta a la penal, no elimina la competencia del Juez Penal para su decisión condenatoria que de todas maneras ha de pronunciar. El problema si acaso constituye un manejo de una situación de pago de la obligación, que se propone bien como excepción perentoria, o de hacerse un doble pago por vía de la acción de enriquecimiento indebido para lograr la devolución de lo indebidamente pagado. De otra parte la indemnización por el delito no es strictu sensu equivalente a la obligación y sus intereses, como ya anotábamos, por lo que ciertamente es legal lo hecho por el Juez Penal de la sentencia en este caso".

Sugiere, pues, que este cargo se deseche.

2. Por lo que concierne al cargo de violación directa de la ley, opina la Delegada:

a) Este cargo se contradice con el anterior, ya que en éste se admite implícitamente la tipicidad del hecho y en aquel se pide que la conducta sea estimada atípica.

b) No obstante alegar errónea interpretación del artículo 1857 del Código Civil, luego "da a entender que el Tribunal mas bien dejó de aplicar la preceptiva en cita" en cuanto afirma que las exigencias que contempla no vienen al caso, no obstante lo cual "después se pone a la tarea de demostrar que a contrario sensu dicha norma era la que debía observarse respecto del contrato de compraventa sobre el B.M.W..." (fls.28)

c) "Cabe anotar -agrega la Delegada- que si se desecharon los anteriores yerros a igual conclusión desestimatoria del reproche arrivaríamos (sic) ...", dedicándose a continuación el señor Procurador a analizar el material probatorio que, a su juicio, compromete al procesado doctor Roa Roa en el delito de fraude procesal por el cual se le condenó (fls. 29 y 30).

d) Finalmente, señala que si bien el contrato de compraventa es consensual, aquí el efectuado sobre el automotor, se encontraba aquejado de objeto y causa ilícitos, según se infiere del estudio del proceso, pues en primer término se encontraba embargado por parte del Juzgado 18 Civil del Circuito...En conclusión, todo se redujo a una confabulación de Fabián Caro, Esther Londoño y el aquí procesado, en orden a simular una venta con todos los visos de la legalidad, para luego poner en movimiento el aparato judicial en orden a obtener provecho ilícito, pues debido a tales maniobras fraudulentas el Juez 42 Civil Municipal profirió resoluciones contrarias a la ley como se ha dejado expuesto".

Pide, así, no casar la sentencia.

SE CONSIDERA

1. *Los cargos no son contradictorios.*

Ya la Sala, en repetidas y recientes oportunidades tiene dicho que el cargo de nulidad, de suyo, no se contradice o excluye entre sí con otro de diversa naturaleza, ya que la contradicción inherente al recurso extraordinario es la sustancial o de fondo, no la formal, que aparentemente se ve cuando se plantea la invalidez del proceso y, a la vez, otra causal que supone que el mismo es válido. Si así fuera -se ha reiterado- el actor veríase en la encrucijada de que si propone la nulidad, la formulación de otro cargo (inocencia, rebaja de pena, subrogado penal, etc.) le estaría vedada, lo cual resulta inaceptable.

La contradicción sustancial aludida se daría, por ejemplo, si en un cargo el demandante sostiene que determinada prueba es válida porque se produjo sin el

lleno de los requisitos legales (error de derecho por falso juicio de legalidad), y en otro cargo asevera que esa misma prueba fue tergiversada o ignorada (error de hecho). En estos casos "la prueba vale y no vale", quebrantándose, aquí sí, el postulado lógico de la no contradicción.

Esta posición jurisprudencial desde luego que ya no puede mantenerse frente al nuevo Código de Procedimiento Penal (Dto. 2700/91), cuyo artículo 225 permite al actor formular cargos excluyentes, siempre que lo haga "separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria".

2. *Cargo de nulidad*

El artículo 220 del Código de Procedimiento Penal anterior, dice:

"Cuantía para recurrir. Cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil".

Ese precepto fue reproducido en el nuevo Código (Decreto 2700/91) en el artículo 221, con el siguiente agregado: "sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos".

Dijo esta Sala sobre el mencionado artículo 220 en auto de 26 de septiembre de 1990, con ponencia del Magistrado Dr. Gómez Velásquez:

"Cuando el recurrente es el Ministerio Público (o en su caso el procesado o la parte civil) y el fallo es condenatorio, en su escrito de interposición debe consignar el actor inequívocamente que su discrepancia con él es por motivo de la indemnización de perjuicios, para que el Tribunal con conocimiento pleno pueda tomar determinaciones sobre la cuantía. Porque si el motivo es diverso, *no es necesario mencionarlo*, pero tampoco podrá ante la Corte presentar acusación alguna por la vía de las causales de casación civil, es decir, por indemnización de perjuicios, so pena de ser rechazada in limine su demanda" (subrayado del original).

Luego, en sentencia de casación de 19 de diciembre del mismo año, precisó la Corporación:

"Concluyese, pues, que el recurso no era admisible en este caso por no cumplirse con el examinado requisito de la cuantía. Ahora bien: es cierto que la norma (art. 220 cit) no exige 'anunciar' el tema o temas del recurso de casación al momento de interponer el mismo; mas como tratándose exclusivamente del aspecto de los perjuicios, es requisito indispensable para su admisibilidad o inadmisibilidad, cotejar su monto, la Corte, en su citado proveído, señaló que el impugnante, al interponer la casación, si esta va a versar únicamente sobre el tema de perjuicios, debe expresarlo así ante el Tribunal, con el fin de que este disponga del elemento de juicio respectivo para decidir si concede o no el recurso" (Mag. Pte. Dr. Duque Ruíz).

Se tiene entonces:

Si el actor pretende atacar *únicamente* (es este el adverbio que llevó a confusión a la Delegada) el tema de los perjuicios, así deberá anunciarlo al momento de interponer el recurso, para que el Tribunal pueda establecer el interés respectivo y, con base en el mismo, decidir si la impugnación es o no procedente. Con la ya citada reforma que introdujo el nuevo Código de Procedimiento Penal, en esta hipótesis es indiferente el quantum de la pena señalada en la ley para el delito.

Si aparte del aspecto de la indemnización, se propone el casacionista combatir otro aspecto de la sentencia, ya no será necesario que haga la mencionada aclaración, y el Tribunal, aquí sí, deberá tener en cuenta la pena establecida para el correspondiente punible.

Ello en cuanto a la interposición del recurso, por lo que respecta a la sustentación del mismo (cabe decir, a la elaboración de la demanda), si la censura contiene varios cargos, como cuando se impugna la indemnización de perjuicios y otro u otros aspectos estrictamente penales del fallo (responsabilidad, punibilidad, condena de ejecución condicional, etc.), resulta obvio que el ataque contra la dicha indemnización debe fundamentarse en las normas de la casación civil, en obedecimiento al referido artículo 220 (221 del actual C.P.P.), reservando el demandante las disposiciones de la casación penal para sustentar los demás reproches de esta índole.

Si se admitiera la tesis de la Delegada, bastaría al demandante agregar a la impugnación de los perjuicios cualquiera otra de carácter penal (procedente o no, con o sin la técnica, sustentada o no) *para* obviar las referidas y especiales exigencias que la casación penal trae para el tema civil en cuestión, lo cual se exhibe inadmisible, ya que, con normas a su respecto ajenas, la Corte estaría avocada a estudiar dicha materia civil, por demás sin sujeción a su cuantía.

En el presente asunto, en consonancia con lo dicho, el recurrente no estaba en la necesidad de "anunciar" que impugnaba la condena al pago de perjuicios, pues aparte de este ataque involucró en el recurso la atipicidad del hecho; pero ya en la demanda, si bien atinó a seleccionar para la indemnización las normas civiles, no demostró *el interés* para impugnar ese aspecto del fallo. Además, obsérvese que la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia fue de 1.000 gramos oro, cuantía que a simple vista no alcanza los 14 millones de pesos, que era la que para el año de 1991 (época del fallo recurrido) determinaba el interés para impugnar en casación dicho punto, según Decreto 522 de 1988.

Es obvio, así, que el cargo deviene inexaminable.

3. *Cargo con base en la causal primera.*

El casacionista, no obstante aducir la violación directa de la ley (específicamente del artículo 1857 del Código Civil, sobre cómo y cuándo el contrato de venta "se

reputa perfecto") y realizar algunos comentarios al respecto, se adentra al tiempo en la *violación indirecta*, al centrar su discusión en el valor que el sentenciador le otorgó a los dichos del procesado Fabián Caro Ortíz y de la testigo Esther Londoño.

Oponiéndose a lo que en ese sentido dedujo el Tribunal, el actor afirma que si hubo contrato de compraventa entre las dos citadas personas, ya que ellas "sabían muy a las claras en qué condiciones realizaban el contrato de compraventa... En ambas negociaciones hubo pleno acuerdo sobre el precio y el objeto y es ésa la exigencia que trae nuestro Código Civil" (fls.14), precisando: "No entendemos la apreciación del Juez de segunda instancia, pues si formalmente se habían producido las negociaciones, por qué motivos *las mismas han de desconocerse?*". (se subraya).

Queda subrayado, pues, que el censor *controviene la prueba*, mezclando argumentos de la violación directa con los propios de la indirecta, contradicción insalvable por figurar dentro de un mismo cargo, según el numeral 4o del artículo 225 del actual Código de Procedimiento Penal, que solo permite la proposición de ataques excluyentes en cargos independientes.

Conviene anotar cómo abordó el sentenciador ese tema del contrato de venta -para hacer más patente la combinación de las dos vías en que cae el actor- : "... por lo que para esta oficina no es viable aceptar dichas ventas sucesivas y se las tiene mas bien simuladas cuando la proyección de pagar el precio era una hipótesis incierta hacia el futuro, que si bien se hizo constar en letras de cambio, nunca estuvo concretada como finalidad realizable de los contratantes; pues el abogado Roa Roa permaneció siempre en posesión del automóvil y además los señores Caro Ortíz y Londoño Ramírez, aceptaron no detentarlo en tiempo determinado, sino cuando el abogado aquí procesado arreglara 'los problemas' para poder usarlo. Es del criterio de esta juzgadora de instancia que la venta de bienes muebles se reputa perfecta como el acuerdo sobre la cosa y el precio y además con su entrega", dijo el Juzgado fallador (fls. 493 y 494).

Y el Tribunal precisó sobre el mismo punto:

"Interesantes y respetables resultan tales apuntamientos, y si bien el artículo 1857 del Código Civil establece que la venta es perfecta en bienes muebles por el acuerdo de las partes sobre cosa y precio, es evidente que ello no viene al caso. No cabe duda que formalmente y ante terceros se habían producido sucesivas cesiones del derecho de dominio; pero se olvida el factor verdaderamente relevante: que por la forma de obrar de los contratantes no surge en manera alguna el deseo, el verdadero consentimiento para vender o comprar. Esto es, que en un aspecto subjetivo no había interés de pactar y que todo se redujo a una simulación, indudablemente dirigida por el abogado Ibo Roa Roa" (Fls. 55-10).

Otro punto en el que el demandante también falla:

Al procesado que él representa se le condenó por fraude procesal, consistente en haber inducido a error al juez 42 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, a fin de

obtener del mismo pronunciamiento contrario a la ley. "Delimitando así el desarrollo fáctico, queda claro para la Sala -dijo el Tribunal- que el punible de fraude procesal se consumó con la producción de los autos de junio 27 de 1984, en donde se libra el pertinente mandamiento de pago en contra de Esther Londoño y se dispone el embargo y secuestro de bienes, los que hábilmente se cuidó de concretar el actor para limitarse a indicar que perseguiría fundamentalmente aquellos que se encontraren en la residencia de esta. Es aquí, no en la posterior diligencia de secuestro ni mucho menos en la sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución, que se consumó el hecho típico, pues indudablemente con ese primer pronunciamiento judicial se dan los elementos estructurantes de la figura en estudio..." (fls. 26-10).

Dedicarse, como se dedicó el casacionista, a afirmar que el fallador malinterpretó el artículo ya mencionado del Código Civil, que trata sobre el perfeccionamiento del contrato de venta, no es atacar el fundamento que tuvo el Tribunal para condenar, consistente -ya se vio- en que el procesado ocultó la identificación (placas) del automóvil, a fin de hacer expedito un segundo embargo (el primero ya se había decretado en el Juzgado 18 Civil del Circuito) en el referido Juzgado 42. "Ahora -agrega el Tribunal- ¿Por qué actuaba así el representante del demandante? Porque indudablemente si en el escrito de medidas cautelares hubiera denunciado el automotor hubiera debido incluir esas placas de identificación y el Juzgado, antes de cualquier decisión de fondo habría solicitado ratificación a las oficinas de tránsito y transporte descubriendo el previo embargo del Juzgado 18 Civil del Circuito, con lo cual se habría negado su pedimento..." (fls.57).

Pónese de relieve, pues, que las falencias señaladas toman imprósperos los cargos.

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 *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

VIOLACION DIRECTA \ VIOLACION INDIRECTA

En la infracción directa se prescinde totalmente de la estimación probatoria del juez y/o de los fundamentos fácticos de su decisión porque ellos se dan por plenamente establecidos, centrándose la discusión en la norma sustancial bien por haberse dejado de aplicar siendo precisamente la reguladora del caso en la forma como este ha sido asumido en el fallo; o por aplicarse indebidamente al errar en su selección al caso concreto o, por errar en la intelección de su significado a pesar de haberse escogido correctamente, en tanto que en la transgresión indirecta, el debate se erige en la apreciación probatoria del funcionario y/o en los presupuestos probatorios del fallo, tornándose así claramente independientes y perfectamente definidos en lineamientos de obligada atención.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6410

Contra: Fernando Martínez R.

Delito: Estafa - Falsedad

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 133

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

VISTOS

Previa la ritualidad legal, conoce la Corte del recurso extraordinario de casación incoado en vigencia del C. de P.P. de 1987 por la defensa de los procesados Fernando Martínez Rivas y Rodrigo Arturo Martínez Rivas, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante la cual, al confirmarse la de primera instancia, se les condena, al primero, a la pena principal de 16 meses de prisión y multa de un mil trescientos treinta y tres pesos como responsable del delito de estafa, y al segundo como responsable de falsedad y estafa a la pena principal de 22 meses de prisión y multa por el mismo valor anotado y a ambos a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de las respectivas penas de prisión, y se les impone solidariamente la obligación civil indemnizatoria. En el mismo proveído, además de otorgárseles el sustituto de la ejecución condicional se adoptan otras determinaciones pertinentes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Fernando Martínez Rivas y su hermano Rodrigo Arturo Martínez Rivas realizaron por el año de 1985 varias operaciones comerciales de compra de mercaderías a la firma "Motos y Motos" de la cindad de Neiva, hasta que, valiéndose de la confianza despertada en la propietaria del establecimiento, en transacciones cumplidas entre septiembre y noviembre de ese año le adquirieron cuatro motocicletas, tres generadores eléctricos y una motobomba, todo por valor aproximado de $ 1.400.000.00, del cual le cancelaron aproximadamente la mitad al momento de las compras y para el pago de lo restante Fernando le giró varios cheques postfechados que al ser presentados para cobro resultaron insolutos porque las cuentas de los bancos contra las que se emitieron fueron, la una cancelada por mal manejo y la otra saldada.

De las aludidas motocicletas, la distinguida como MCU-64 motor 6554090 fue entregada por los mencionados señores Martínez en parte de pago de una deuda al comerciante Adolfo Barrios pese a existir reserva de dominio, por lo que se ordenó investigar por separado el caso; otra, la distinguida con motor 6557830, facturada bajo el número 0400 a nombre de Rodrigo Martínez en el almacén, apareció en la factura original entregada al cliente como si la adquiriente en el almacén hubiera sido Martha Leyda Girón de Idárraga, nombre este con el cual se adelantaron las gestiones de matrícula ante la Oficina de Tránsito y Transportes de Zarzal (Valle), y, una tercera, la facturada bajo el número 0401 y distinguida con el motor C-70E6557816, que también el almacén había vendido a nombre de Rodrigo Martínez, apareció en el original expedido al cliente como comprada por Rosa Nidia Coronado Vásquez, y con este nombre fue matriculada en la misma mencionada oficina (fls. 2-3, 53-v, 54v, 92, 93, 55, 56, 139, 147, 151, 253, 254, 116, 125, 203, 209v, 243, 251, cd. ppl.1.).

A la investigación, cuya apertura estuvo a cargo del juzgado 2o. de Instrucción Criminal de Neiva, fueron vinculados mediante indagatoria los hermanos Martínez Rivas comprometidos en juicio mediante resolución acusatoria, Fernando por el delito de estafa agravada y Rodrigo por concurso delictual de estafa y falsedad en documento privado. Advirtiendo que las injuradas carecían de fecha. Anuló la actuación a partir del auto de cierre de investigación sumarial. Repuesto lo invalidado, el vocatorio en la forma referida volvió a producirse, y llegada la oportunidad procesal, la primera instancia definió el caso condenándolos a las penas conocidas por los hechos punibles por los que habían sido comprometidos, en sentencia que por estimar conforme a derecho, el Tribunal ratificó íntegramente en la que es objeto del presente recurso extraordinario, interpuesto por la defensora común de los procesados (fls. 10, 22, y ss. 282, 290 y ss. cd. 1, cd. 2, Tribunal, cd.2, y cd. 3, Tribunal).

La demanda

Por considerar la sentencia de segundo grado violatoria de la ley sustancial, en forma directa, por aplicación indebida, dos cargos le formula el defensor, que fundamenta de la siguiente manera:

Cargo primero. Violación directa por aplicación indebida de los artículos 356, 26, 27, 28 y correlativa falta de aplicación del 357, todos del C.P.

Los procesados, dice el censor, adquirieron por el sistema de crédito los bienes a la firma vendedora, y fue así como "inicialmente, y hasta el mes de enero del/86, cumplieron algunas de las obligaciones crediticias contraídas, luego, por infortunio en sus negocios, no pudieron seguir respondiendo, pero sin que ello los haga incursos en un delito de Estafa".

Conjetura que si " hubieran querido estafar a la denunciante prevalidos de la confianza que, según la sentencia, ya les tenía, sacan el crédito por una suma mayor y pagan de contado mas del 50% del valor de lo comprado, el cual ascendió a $ 1.400.000.00, y considera que habiendo girado cheques postfechados como lo reconoce la sentencia, no debió darse curso a la acción penal como lo prescribe el artículo 357 del C.P. y que al adelantarla se dejó de aplicar esta disposición.

Seguidamente advierte que "no puede ser de recibo el argumento del H. Tribunal, en el sentido de que lo que impulsó a doña Nohora a negociar fue el convencimiento sobre la capacidad de pago y cumplimiento de las obligaciones por parte de los Martínez, habiéndola éstos engañado sobre tales circunstancias, pues siempre que se vende a crédito, es por que el comprador manifiesta que no puede pagar de contado y pide un plazo para hacerlo, corriéndose el riesgo de que no pague, bien porque no se puede (como en el caso que nos ocupa), o porque no se quiere, pero sin que ello implique que se estafó, siendo apenas el incumplimiento de una obligación de carácter civil".

Refuta el argumento de la sentencia en torno a las maniobras engañosas consistente en que la joyería "Alix" cuyo sello estamparon los acusados al respaldo de los cheques insolutos no existía, comentando que el no estar registrado ese establecimiento en la Cámara de Comercio no implica engaño porque tal no inscripción "no significa que no haya tenido existencia".

Luego explica la significación de la modalidad de las ventas a crédito y dice que en estas "el vendedor tiene confianza intuitiva o ganada a través del tiempo, sobre la capacidad de pago del comprador, sin que pueda calificarse como estafa, el que se incumpla y no se responda a esa expectativa, pues siempre el acreedor se sentiría tentado a calificar de estafador al moroso, con el argumento de que fue engañado sobre su capacidad de pago,quedando sin ningún piso las normas que permiten ese tipo de negocios absolutamente indispensables para el tráfico mercantil". Añade que el comprador a plazos afirma que puede pagar "en un lapso prudencial y si no lo hace no es un estafador sino una persona incumplida, sin que pueda ser señalado como delincuente con el argumento de que se le prestó por que se creyó en su palabra".

Reafirma que se está ante el caso de incumplimiento de una obligación puramente civil respaldada por unos cheques postdatados que fueron impagados. Y que por tanto no se tipificó el delito de estafa, cuya norma tipo fue indebidamente aplicada, habiendo sido la reguladora del artículo 357 del C.P.; y como se aplicaron las disposiciones referentes al concurso de hechos punibles y así mismo se tasó la pena, también indebidamente se acogieron las disposiciones respectivas.

Solicita la absolución de los implicados por el delito de estafa y la proporcional reducción de la pena en consideración a la subsistencia del otro delito, en caso de solo prosperar este cargo.

Cargo segundo. Violación directa por aplicación indebida del artículo 221 del C.P. en concordancia con los artículos 26, 27, 28 y 61 id. y correlativa falta de aplicación de los artículos 740, 745 y 765 del C.C. y 882 del C.Co. porque el Tribunal consideró, en cuanto al delito de falsedad en documento privado atribuído a Rodrigo, que se daba este hecho punible, cuando "se está en presencia de una falsedad inocua, y por tanto, de una conducta atípica".

Arguye que según la ley civil "para ser propietario de un bien se necesita que haya título y que se cumpla uno de los modos de adquirir", y que en este caso el primer requisito está presente porque lo que hubo fue una compraventa, y el segundo, porque el modo de adquirir fue la tradición "que se verificó cuando los citados vehículos fueron entregados a Martínez". Efectuada la tradición de las motocicletas a Rodrigo, éste se convirtió en su propietario, esto es, en señor y dueño, con plena facultad de disposición sobre las mismas y esa calidad de propietario persistía aunque la compra hubiera sido a crédito y aunque no hubiera cancelado oportunamente, tal como lo prevé el artículo 882 del C. de Co. según el

cual "La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa..."; y en este caso se estipuló la reserva de dominio hasta la cancelación total del precio, que de haberse acordado -advierte- otra hubiera sido la situación".

Si las motocicletas salieron del patrimonio de la denunciante y habían pasado al del comprador que se había convertido en su dueño, podía disponer él de los vehículos "sin que en virtud de tal disposición se causara daño al patrimonio de la vendedora, pues en este último ya no figuraban los objetos vendidos".

Infiere entonces que la mutación de los nombres en las facturas de compra ningún perjuicio patrimonial le podía causar a la vendedora, y que se está así, ante una falsedad inocua "y una conducta atípica...".

Solicita, de prosperar solo esta censura, que se absuelva a Rodrigo Martínez de la falsedad y que se le reduzca proporcionalmente la pena.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estima equivocada la argumentación del recurrente y por consiguiente imprόspera la demanda, de donde sugiere la no casación impetrada. En su sentir el actor pretende demostrar la violación directa de la ley sustantiva que alega discutiendo la cuestión de hecho considerada por el Tribunal, es decir, desviando el desarrollo del cargo al ámbito de la violación indirecta, que es en la que, por contraste con la propuesta, puede formularse la clase de crítica que conforma el escrito en ambos cargos.

Consideraciones de la Corte

Las censuras carecen de eficacia para lograr el rompimiento del fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que por consiguiente, habrá de mantenerse.

En la primera, no obstante plantearse la violación directa de la ley sustantiva, el censor se aparta parcialmente de la cuestión fáctica establecida por el Tribunal como fundamento de su decisión condenatoria, trasladando así al campo de la violación indirecta el debate, y convirtiéndolo en contradictorio. Es palmar la mocificación de los presupuestos probatorios respecto de uno de los aspectos del delito de estafa atribuída a ambos sentenciados y a partir de ahí, la incursión del profesional es una evaluación fáctica diferente de la del fallador con el objetivo de sustituirla y de esa manera arribar a la atipicidad de la conducta afirmando la indebida aplicación de la norma descriptiva y sus concordantes para el caso concreto.

La alegación enseña cómo el demandante coincide con la sentencia en que la compraventa de los artefactos conocidos en autos por parte de los hermanos Martínez Rivas a la denunciante se hizo parcialmente a crédito; que el saldo pendiente de pago se garantizó con cheques postdatados; que estos no pudieron hacerse efectivos porque presentados para cobro los bancos girados reportaron que una de las cuentas había sido cancelada por mal manejo y la otra saldada, pero discrepa en la realidad fáctica que el Tribunal consideró para dar por establecido y probado a plenitud el elemento "artificios o engaños" típico de la conducta de la estafa, ejercido sobre la denunciante por ambos implicados y obviamente también de la conclusión plasmada en la providencia con la estimación de ese elemento como plenamente probado.

Mientras el fallador da por incuestionable el ardid a partir de la rotunda inexistencia del establecimiento de comercio llamado Joyería "Alix" en Florencia, al cual los acusados le dieron ficticia vida a los ojos de la ofendida colocando en los cheques un sello de negocio supuestamente de su propiedad en el que apareció un teléfono del lugar en donde funcionaba dedicado al comercio de "esmeraldas-diamantes", porque ni la línea telefónica pertenecía a ellos ni el establecimiento aparecía registrado en la Cámara de Comercio y además porque el procesado Fernando Martínez afirmó, interrogado sobre la discrepancia en la propiedad del teléfono -procesalmente establecida en un tercero- que él al hacerse cargo de la deuda de un sobrino transfirió el negocio a aquel pero así mismo tal ciudadano manifestó desconocerlo a él y al referido negocio, el demandante le atribuye al Tribunal la afirmación de inexistencia de la joyería solo por el hecho de no estar registrada en la Cámara de Comercio con la pretensión de desnaturalizar así ese actuar como uno de los medios de engaño de más alta eficacia de que se valieron sus poderdantes, para determinar la voluntad de la vendedora al otorgarles el crédito.

Con su exhibición de los hechos en la forma recortada en que aparecen en la demanda sobre tan fundamental componente delictivo, el casacionamiento empobrece los fundamentos fácticos del fallo y cambia la realidad probatoriamente acreditada para ofrecer su particular visión apreciativa afirmando que "en cuanto al argumento de que la relojería y joyería "Alix" no estaba registrada en la Cámara de Comercio y con ello se engañó a la denunciante, afirmamos que la falta de inscripción no significa que no haya tenido existencia real".

Tratándose de una discrepancia esencial, en la medida en que toca con uno de los puntos basilares probatorios de la sentencia de la condena, y no de un mero error de mecanografía como puede verse de los argumentos restantes de la demanda y del silencio en relación con cualquiera de los errores de apreciación probatoria a través de los que se desenvuelve la violación indirecta de la ley sustancial; fuerza es tener por inepto el cargo, que gracias a la situación destacada desemboca en una mezcla dialéctica inadmisible en el recurso de casación el cual, lejos de desconocer la lógica en la preceptiva con la que ha evolucionado en nuestro medio, cada vez sintetiza de mejor manera los requisitos de esa clase que le son insoslayables.

Conviene recordar que desde tiempo atrás y con reiteración de jurisprudencia de la Corte ha explicado que en la infracción directa se prescinde totalmente de la estimación probatoria del juez y/o de los fundamentos fácticos de su decisión porque ellos se dan por plenamente establecidos, centrándose la discusión en la norma sustancial bien por haberse dejado de aplicar siendo precisamente la reguladora del caso en la forma como éste ha sido asumido en el fallo; o por aplicarse indebidamente al errar en su selección al caso concreto, o, por errar en la intelección de su significado a pesar de haberse escogido correctamente, en tanto que en la transgresión indirecta, el debate se erige en la apreciación probatoria del funcionario y/o en los presupuestos probatorios del fallo, tomándose así claramente independientes los dos ataques y perfectamente definidos en el lineamiento de obligada atención.

En el caso que ocupa la atención de la Sala el distinguido demandante buscó demostrar la violación directa que pregona en su escrito, con argumentos y métodos propios de la indirecta, y, tal cual lo afirma el Ministerio Público, convirtió en inane el reparo, que en tal virtud habrá de desecharse.

Pero algo más, no menos determinante del fracaso del reproche, es su planteamiento de ser regulada la conducta de su cliente por el artículo 357 del C.P. y no por el de la estafa, pues ello significa en últimas una errónea calificación que debió atacarse, como reiteradamente se ha sostenido, por la causal 3a. de la nulidad y jamás por la primera, pues el fallo de sustitución quedaría en desarmonía con los cargos. Sin embargo, no hay base probatoria como para que oficiosamente la Corte entre a corregir el yerro que solo existe en la mente del actor.

La segunda censura tampoco tiene asidero: El casacionista dice admitir a plenitud la clase de falsedad documental sancionada en la sentencia que fue la de particular en documento privado atribuída a su poderdante Rodrigo Martínez en concurso con estafa, consistente en suprimir su nombre de las facturas originales de compra de las motocicletas y en su lugar estampar los de las señoras a cuyas manos en últimas fueron a parar los bienes y con los que se gestionaron las matrículas de los vehículos en las oficinas de tránsito y transporte de Zarzal y pregona que, convertido su cliente en el propietario de los bienes -sobre los que no pesaba reserva de dominio- por la adquisición efectuada según la normatividad civil, podía disponer sin restricción de ellos enajenándolos, sin afectar el patrimonio de la denunciante porque ya hacían parte del suyo propio, y entonces su conducta constituyó una falsedad inocua y fue atípica y por ende no encajable en el artículo 221 del C.P. y susceptible de absolución.

En el fondo lo que el casacionista hace es separarse de la apreciación probatoria de la sentencia en el punto en que ésta considera dañosa la conducta de su poderdante para la señora denunciante y así antijurídica con relación a ella. Cuestiona pues, el amparo de la violación directa que invoca, uno de los supuestos fácticos de la condenación asumidos como verdad procesal por el Tribunal, y

transfiere la censura al campo de la violación indirecta que es a la que ha debido acudir demostrando la inexistencia del daño como supuesto de atipicidad.

Sostener que no se afectó el patrimonio de la ofendida, cuando para el juzgador tal afectación fue hecho cierto, comporta variación de los fundamentos probatorios y de la estimación que de ellos hizo el funcionario, y tiénese entonces que afirmar una vez mas la equivocación de la vía escogida para formular el reproche y la inanidad de éste.

Pero además, salta a la vista la falta de razón respecto de la pregonada inocuidad de la falsedad; esta recayó en documento privado que podía servir de prueba, aún para la denunciante, y de todas maneras atentó contra el bien jurídico de la fe pública, que no por ser de naturaleza abstracta podía dejarse desprotegido y menos con el argumento de que a la ciudadana no se perjudicó patrimonialmente pues fue ella la única receptora de los efectos de la conducta del implicado, como lo puso de relieve la investigación.

Impróspero pues, también este cargo, el recurso habrá de desestimarse.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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 I. Cortés Garnica
Secretario

IRA E INTENSO DOLOR \ NULIDAD \ FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA

Para que la falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal sobre ira e intenso dolor sea demandable por la vía de la violación directa se debe contar con los siguientes presupuestos: a) que en la sentencia que se impugna se haya aceptado como hechos probados que el procesado actúo en estado de ira e intenso dolor; y que ese estado fue causado por comportamiento ajeno, grave e injusto; b) que no obstante haber reconocido que el agente obró en esas circunstancias, al dosificar la pena no se haya aplicado la reducción ordenada en la ley.

La falta de motivación de la sentencia es una irregularidad que debe demandarse por nulidad, no por violación directa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6618

Contra: José Rodríguez

Procedencia: Tribunal Superior de Villavicencio

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 128 octubre 20 de 1992

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre cuatro de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado José Gregorio Rodríguez Monsalve, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, confirmatorio de la dictada por el Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad, con la modificación de reducir la pena de 16 a 12 años como consecuencia de considerar que se trató de homicidio sin agravantes.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 7 de octubre de 1988, en las instalaciones de la Escuela "José Asunción Silva" ubicada en la vereda de Todos Los Santos del Municipio de Arauca, se celebraba una fiesta con asistencia de numerosos vecinos del lugar.

En las primeras horas de la tarde se presentó una riña entre José Gregorio Rodríguez Monsalve y Rafael María Blanco, lo cual terminó sin mayores consecuencias, ya que los dos se encontraban desarmados. Rodrigo Monsalve se fue para su casa, y más o menos dos horas después regresó portando un cuchillo con el cual le propinó una puñalada a la altura del estómago a quien había sido su contendor en la pelea, causándole la muerte.

La investigación la adelantó el Juzgado Once de Instrucción Criminal de Arauca, Despacho que oyó en indagatoria al acusado y le resolvió la situación jurídica con auto de detención. Después de recibir varios testimonios y algunos informes, cerró la investigación calificando el sumario con resolución de acusación por homicidio simple. El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación modificó el auto enjuiciatorio, diciendo que concurría la indefensión de la víctima como circunstancia de agravación.

La etapa del juzgamiento fue tramitada por el Juzgado Cuarto Superior de Villavicencio. Luego de recaudar varias pruebas y de realizar la audiencia pública la funcionaria a cargo dictó sentencia condenatoria, imponiendo al implicado pena de dieciséis (16) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal. También lo condenó a pagar por concepto de perjuicios materiales y morales, el equivalente en moneda nacional a 50 gramos oro.

Apelado el fallo por el defensor del acriminado, el Ad quem lo confirmó, con la modificación inicialmente referida.

II. LA DEMANDA

El libelista plantea tres cargos a saber:

Primero: "...el juzgador de Segunda Instancia incurrió en violación directa de la norma sustancial, artículos 60, 61 y 323 del C.P., por cuanto a pesar de

encontrarse palmariamente demostrado en el proceso que el encartado obró en estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, no se aplicó la atenuante estudiada y por el contrario se aplicó una pena inclusive mayor al mínimo correspondiente a la disposición violada, artículo 323 del C.P., sin aplicar el art. 60".

La demostración consiste inicialmente en una explicación sobre la ira e intenso dolor como causal de atenuación, y en la razón de ser de esa figura teniendo en cuenta que el acto humano puede presentarse por diferentes circunstancias.

Posteriormente afirma que los juzgadores aceptan que hubo una primera pelea y luego vino el homicidio, de modo que si no se podía hablar de causal de justificación, sí era preciso hacerlo en relación con la atenuación. Textualmente dice:

"De todo lo anterior se desprende que si no hubo legítima defensa, sí hubo, sin duda alguna comportamiento ajeno grave e injusto de parte de Rafael María Blanco contra José Gregorio Rodríguez, puesto que lo lesionó en la cara y lo humilló delante de varias personas, inclusive delante del señor Inspector de Policía, para quien esta ofensa se le pareció no meritoria como para proceder a la detención del entonces lesionador.

"Ahora bien, no se necesita, conociendo nuestro medio, entrar en argumentaciones referentes a si el hecho de que se nos hiera en la cara y en otras partes del cuerpo, es o no, comportamiento grave e injusto por parte de quien así obra, es más, bien sabido se tiene que cuando esto ocurre además de las lesiones físicas, se nos causa un quebrantamiento síquico, mayor que el puramente corporal, por cuanto al pegarnos delante de la gente se está atacando en grado mayor nuestra dignidad humana.

"Lo anterior implica que en forma necesaria, hubo de nacer en el espíritu de Rodríguez Monsalve, la ira en contra de su agresor y esta ira mueve a obrar contra él y ese obrar, es objeto de pena, claro que sí, pero en forma atenuada como lo ordena la norma, artículo 60 ya transcrito y el 61 del C.P. el cual ordena que "dentro de los límites que ordena la ley, el Juez aplicará la pena según... las circunstancias de atenuación..."

"*Segundo:* La sentencia de segunda instancia dictada por la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, es violatoria de los artículos 323, 61, 64 y 66, por aplicación indebida de los mismos y sin razón alguna".

En la sustentación simplemente dice que en la sentencia se impuso una pena superior al mínimo, sin indicar cuales son las circunstancias que dan lugar a esa dosificación. Para el impugnante, existe suficiente prueba sobre motivos de atenuación, como la buena conducta anterior y obrar en estado de emoción o pasión excusables.

Concluye diciendo que las normas citadas se violaron en forma directa y por indebida aplicación.

Tercero: "La sentencia de segunda instancia proferida en contra de José Gregorio Rodríguez Monsalve, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, fue dictada dentro de un juicio viciado por la nulidad contemplada en el artículo 305 del C.P.P., en concordancia con el artículo 358 de la misma obra, refiriéndome al numeral 3o. de la primera de las normas citadas, violación del derecho a la defensa consagrado además por el artículo 29 de la Constitución".

La fundamentación se concreta en que no se recibieron varios testimonios, dos de ellos solicitados por el procesado, con lo cual se violó el derecho de defensa, "consistente en la posibilidad de controvertir la prueba presentada en contra del encartado y allegar la prueba de la justificante".

La petición es que se case la sentencia y se decrete la que corresponda si se acepta la primera causal invocada, o que se diga en que estado queda el proceso si se decreta la nulidad.

III. Concepto del Ministerio Público

En el orden que corresponde según el principio de prioridad, el Procurador Primero Delegado en lo Penal se refiere inicialmente al cargo de nulidad y luego a los dos reproches restantes, para terminar haciendo la petición de que no se case el fallo. Sus razones son las siguientes.

1-. No existe la NULIDAD que demanda el actor, porque en ningún momento el juez instructor o el de conocimiento fueron renuentes a practicar las pruebas solicitadas por las partes.

La no recepción de los testimonios a que alude el impugnante se debió a que "no fue posible hacer comparecer a estas personas por no vivir dentro de la ciudad de Arauca, y por lo mismo ante esto el Juzgado Instructor, así como el Juzgado Superior no pudieron obtener estas versiones, pero después de haber agotado las vías para tratar de obtenerlas. Se hubiese vulnerado el derecho de defensa si hubiese existido negligencia por parte del Juez Instructor y del Superior para obtener las mismas".

De otra parte, estima el Ministerio Público que dentro del proceso se comprobó que la legítima defensa alegada nunca existió, de manera que con esas declaraciones no podía haberse demostrado la causal de justificación de la cual según el recurrente eran prueba.

2o. Respecto a la supuesta violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 60 y 61 del Código Penal, considera la Delegada que "en

el caso en estudio la actitud asumida por Rafael María Blanco no obedece a un comportamiento ajeno, grave e injusto, en la medida que lo único que hizo fue acompañar a Gregorio Rodríguez a la parte de atrás de la escuela y allí fue herido mortalmente por el procesado. Es cierto que dentro del proceso se hace necesario diferenciar dos momentos. Primero, la riña que se presentó hacia las dos de la tarde y en la que terminan peleando occiso y procesado, y segundo, el instante mismo en que se presenta la muerte de Rafael Blanco y ocurre dos horas después de la primera pelea".

Luego de analizar algunas versiones, concluye que fue el procesado el que invitó a pelear al occiso, de manera que desde este punto de vista tampoco se puede aceptar que existió conducta ajena, grave e injusta, y en esas condiciones no se da el estado de ira como circunstancia atenuante de la punibilidad.

3o. En cuanto al cargo segundo, consiste en que la sentencia es violatoria de los artículos 323, 61, 64 y 66 del Código Penal, por aplicación indebida, conceptúa el Procurador Delegado que presenta varios yerros que son insubsanables, los cuales concreta así:

a) El libelista no precisa si va a atacar la sentencia por violación directa o indirecta, de modo que deja a la Corte sin saber en que medida se presenta la violación de la ley sustancial.

b) En el primer cargo el defensor dice que se infringió el artículo 61 del estatuto penal por falta de aplicación y en este reproche nuevamente cita esa norma, pero esta vez para alegar aplicación indebida de la misma, siendo una contradicción que impide saber que es lo que realmente pretende.

Pasando a otro aspecto del ataque, dice que el censor se equivoca al afirmar que el Tribunal no podía imponer una pena superior al mínimo establecido para el delito de homicidio simple, pues es la propia ley la que señala los parámetros dentro de los cuales se debe mover el Juzgador entre el mínimo y el máximo.

El Tribunal explica brevemente las razones que tiene para imponer los doce años, y esa dosificación resulta legal y dentro de la potestad que le da la ley al fallador.

IV. Consideraciones de la Sala

1o. *Nulidad:* en orden incorrecto el demandante presenta como tercer reproche una supuesta nulidad por violación del derecho a la defensa, apoyado en la afirmación de que no se recibieron algunos testimonios necesarios para demostrar la causal de justificación alegada por el procesado.

Examinado el expediente se observa que a folio 107 del Cuaderno No. 1, dentro del término para solicitar pruebas en el juicio, el acusado presenta un

memorial, en el cual pide que se practiquen varias diligencias, entre ellas, que se llame a declarar a Pedro Miguel Márquez, Omar Siniva y Carlos Gutiérrez, personas que señala como residentes en la vereda Todos Los Santos del Municipio de Arauca, y testigos presenciales de los hechos.

En la misma oportunidad procesal mediante escrito que obra a folio 106, el Fiscal del Juzgado Cuarto Superior impetró que se recepcionaran los testimonios de Pedro Nel Velásquez, Juan Clímaco Márquez, Carlos N., Lucila Alvarez, Miguel María Moreno, Eliseo Rivas, Ramón Parra, Carlos Parra, Carlos Eduardo Tovar e Ilva Bestella Quenza Perales.

Por auto de octubre 1o. de 1989, la Juez de Conocimiento decretó la práctica de todas las pruebas pedidas y comisionó para ello al Juez Once de Instrucción Criminal radicado en Arauca.

En el folio 123 del cuaderno mencionado, aparece un informe del Inspector de Policía de la Vereda Todos los Santos, en el que manifiesta que fueron citados para que comparecieran al Juzgado Antonio Alvarez Moreno, Pedro Miguel Márquez, Carlos Tovar, Ilva Bestella Quenza y Heriberto Rojas; respecto a las demás personas dice que no se encuentran en la vereda.

De las personas que se logró citar solo incumplió Pedro Miguel Márquez. Quedaron pendientes de localizar los demás testigos relacionados en los memoriales, pero no por la actividad judicial o por que arbitrariamente se negaron a recibir sus versiones, sino porque fue imposible ubicarlos.

En el folio 131 está el informe del detective encargado de esa misión, en el que dice que fue imposible su localización por no residir en el perímetro urbano de Arauca y no contar con medios de transporte para buscarlos en la vereda.

Vencido el término de comisión, el Juzgado de Instrucción Criminal regresó el expediente al juzgado de conocimiento, y salvo las declaraciones mencionadas, todas las otras pruebas pedidas se practicaron.

No hay constancia alguna de que la defensa hubiera puesto interés en hacer comparecer a los testigos, o al menos que insistiera ante el Juez en la necesidad e importancia de esas pruebas. Lo que sí está claro en el expediente, es que por las múltiples ocupaciones del abogado defensor fue forzoso suspender en cinco oportunidades la realización de la audiencia pública.

En estas condiciones es evidente que la nulidad alegada no tiene respaldo procesal, pues la Juez de la causa y el comisionado realizaron lo que estaba a su alcance, y no puede pretenderse que las difíciles circunstancias territoriales y de orden público que hicieron imposible citar a varias personas, se le imputen a los funcionarios como negligencia de su parte y al proceso como irregularidad que lo hace ineficaz.

De otra parte, existiendo tan abundante prueba testimonial rendida por ciudadanos presentes en el lugar de los hechos, en cuyas versiones se descarta el mas leve vestigio de legítima defensa, no ve la Sala cómo puede haberse afectado alguna garantía del procesado, al no recepcionar otras declaraciones, que en sana lógica, no podrían separarse de lo ya conocido, al relatar un hecho que fue observado por todos. Por ejemplo: está plenamente acreditado que el occiso no estaba armado, y que fue el homicida quien lo sacó del lugar de la fiesta para matarlo, sin que hubiera habido agresión de la víctima.

Sobre el tema ha repetido la jurisprudencia de la Corte:

"... el demandante debe demostrar que la prueba cuya práctica fue omitida tenía capacidad para modificar el fallo pues de lo contrario la irregularidad es intrascendente. Sobre este aspecto el impugnante guardó silencio, y realmente no se ve de que manera esa inspección judicial pudiera incidir en la demostración de la legítima defensa alegada durante todo el proceso, la cual en ninguna de las instancias fue reconocida dada la contundencia y claridad de las pruebas que indican que nunca existió...".

El cargo no prospera.

2o. *Violación directa de la ley sustancial al no reconocerle al acusado la atenuante de la ira e intenso dolor.*

Para que la falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal sea demandable por la vía de la violación directa, se debe contar con los siguientes presupuestos: a) que en la sentencia que se impugna se haya aceptado como hechos probados que el procesado actuó en estado de ira o de intenso dolor; y que ese estado fue causado por comportamiento ajeno grave e injusto; y, b) que no obstante haber reconocido que el agente obró en esas circunstancias, al dosificar la pena no se haya aplicado la reducción ordenada en la ley.

Esto es indispensable, porque cuando se aduce violación directa no se discuten los hechos ni la apreciación de las pruebas, de manera que el error se centra en la selección o la interpretación de la norma.

En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que los juzgadores de instancia admiten que unas dos horas antes del homicidio hubo un incidente entre José Gregorio Rodríguez y Rafael María Blanco, en ningún momento declaran que ese hecho haya generado en el ánimo del homicida un estado de ira e intenso dolor, ni le atribuyen a la víctima comportamiento alguno que lo haya podido provocar y que tuviera la connotación de grave e injusto. Es más, el propio demandante dice: "tampoco se estudió este aspecto de la agresión del hoy occiso a Rodríguez Monsalve como productor de su ira, como tampoco lo haría el Juez Colegiado, pero ello no es obstáculo para su estudio en este momento procesal, máxime cuando fue alegado por la defensa tanto en la audiencia pública, como en el escrito de apelación".

Precisamente por no aceptarse en las instancias la existencia de los hechos que dan lugar a la atenuante, es que el libelista en la demostración del cargo se dedica a cuestionar la apreciación probatoria, olvidando que esa es una argumentación que corresponde a la violación indirecta, no a la que él escogió para atacar el fallo.

Al margen de la falla anotada, que es suficiente para desestimar la censura, cabe advertir de acuerdo con el concepto de la delegada, que lo que las pruebas indican es que fue el procesado el que inicialmente invitó a pelear al occiso, y nada evidencia que de parte de este hubiera existido provocación grave e injusta.

Además, la manera de actuar el acriminado no es la que correspondería a una persona afectada emocionalmente por un estado de ira sino por una refinada frialdad que utilizó para inducir a la víctima a caer inocentemente en sus manos, atrayéndolo con la expresión "somos amigos", para luego herirlo de muerte.

La censura no prospera.

3o. *La sentencia es violatoria de manera directa de los artículos 323, 61, 64 y 66 por aplicación indebida de los mismos.*

El desarrollo del cargo no corresponde a lo que contiene su formulación, pues en lugar de demostrar por qué razón considera que hubo aplicación indebida de las normas que cita, el demandante se limita a sostener que no se expusieron los motivos por los cuales se aplicó una pena superior al mínimo.

La falta de motivación de las sentencias es una irregularidad que debe demandarse por nulidad, no por violación directa. Esa confusión del libelista es lo que produce el divorcio que se observa entre el planteamiento y su fundamentación.

Al hacer las observaciones sobre este cargo, el Procurador Delegado se equivoca al afirmar que el censor no determinó si el ataque es por violación directa o indirecta, pues textualmente dice: "debido a lo anterior se violaron las normas citadas, en forma directa y por indebida aplicación de la misma".

Al margen de los desaciertos del libelo, la Sala encuentra que no es cierto que no se dieran las razones por las que se impuso una pena superior al mínimo, pues en la sentencia se analiza detenidamente lo ocurrido para revocar la agravante aplicada en la primera instancia, y se concluye advirtiendo que "dadas las circunstancias bajo las cuales se cometió el delito" la pena es de doce años de prisión. Esto significa, que si bien el Tribunal no consideró aplicable la causal de agravación específica de la indefensión de la víctima, se llega a la conclusión de que el comportamiento del acriminado ofrecía mérito para que la pena fuera superior al mínimo.

En este caso es evidente que el modo de ejecución del hecho dificultó la defensa del ofendido, circunstancia que el Ad quem, a diferencia de lo decretado

por el a quo, no valoró como típica del artículo 324 literal "f" del Código Penal, sino como correspondiente a las agravantes genéricas del artículo 66 ibídem, motivo por el cual le redujo la pena.

Esta conclusión no impide que se reconozca que la actuación del Tribunal respecto a la dosificación de la pena es deficiente, y que ha debido hacer una mayor precisión al citar las normas aplicadas, pero de ahí a la carencia de motivación hay una gran diferencia. Lo que ocurre es que el defensor toma de manera aislada el último párrafo del fallo y de ahí su error.

El reproche 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*
Salvo mi voto

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

NULIDAD \ FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA (SALVAMENTO DE VOTO)

Radicación No. 6618

Delito: Homicidio.

SALVAMENTO DE VOTO

Con perdón de la Sala yo no advierto en ninguna parte de la sentencia protestada que el Tribunal hubiera suministrado en los párrafos criticados por el censor -con justa razón-, reflexiones o fundamentos de un proceso lógico-jurídico, asaz suficiente y pleno, para comprender el exacto alcance de la dosificación impuesta. Apenas unas frases comunes desprovistas de todo perfil técnico en materia tan densa y delicada como es esta de la fijación de los correctivos penales, expresiones que probablemente dicen mucho pero que a la larga no dicen nada. Si motivar es "... dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer una cosa...", según así lo enseña el Diccionario Mayor, debo confesar en toda su crudeza que la actuación del Tribunal es en extremo deficiente, por sus divagaciones abstractas y genéricas, hondamente perjudiciales para los intereses del propio imputado. Aquí no hubo, seriamente hablando, motivación ni nada que se le parezca. Lo consigno así con entero realismo y lamento que no me sea posible ver las cosas de otra manera. Como la ausencia de motivación está prescrita bajo pena de nulidad, en mi sentir la causal invocada ha debido prosperar.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra

JUSTICIA PENAL MILITAR \ COMPETENCIA \ PECULADO \ RECURRENTE \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL \ REVOCATORIA

La Justicia Penal Militar no pierde su competencia para juzgar a un miembro de la fuerza pública en servicio activo así se trate de hurto, abuso de confianza, o cualquier otro delito cometido en relación con el mismo servicio.

Los elementos pertenecientes a los Comisionistas, Fondos Rotatorios, tiendas de Soldado, entidades o establecimientos en que tenga parte el Estado, al servicio de las Fuerzas Armadas, se consideran para efectos del Código como pertenecientes al Estado, luego esos bienes pueden ser objeto de peculado.

El traslado ordenado a los no recurrentes, tiene la finalidad de dar oportunidad a estos de coadyuvar u oponerse a la demanda o demandas de casación que hayan presentado, pero no podrá agregar cargos ni tratar de aprovechar el traslado para adicionar una impugnación, ya que esa facultad está reservada a los recurrentes.

La revocatoria de la pena de ejecución condicional no es violatoria del artículo 31 de la Constitución, ya que la sentencia de primera instancia era consultable.

Corte Suprema de justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6461

Contra: Alvaro Pacheco Rico

Tribunal Superior Militar

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 134

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre cuatro de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado Alvaro Pacheco Rico, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, confirmatoria de la dictada por el Comandante del Batallón No. 15 de Policía Militar, en cuanto a la pena de treinta y dos (32) meses de prisión impuesta al aquí recurrente, pero con la modificación en el sentido de que la condena procede por los delitos de peculado por apropiación, peculado culposo y falsedad.

HECHOS

Fueron resumidos por el Procurador Primero Delegado en lo Penal en los siguientes términos:

"Durante la administración del casino de suboficiales del Batallón No. 15 de Policía Militar, ejercida por parte del Sargento Viceprimero Alvaro Pacheco Rico se presentaron graves irregularidades en el manejo de la cuenta corriente, tal como se desprende al cierre efectuado el 21 de septiembre de 1987. Irregularidades que van desde descuentos irregulares, destinación indebida de fondos hasta el cobro fraudulento de varios cheques oficiales falsificados, hechos que conllevaron a que se iniciara la respectiva investigación penal, sindicándose de los mismos al administrador del casino Alvaro Pacheco Rico".

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación fue adelantada por el Juzgado 113 de Instrucción Penal Militar, despacho que luego de vincular al proceso mediante indagatoria al sargento Viceprimero Alvaro Pacheco Rico y al sargento Segundo Jhon Jairo Mejía Rios decretó contra los mismos auto de detención preventiva, por los delitos de peculado para el primero y falsedad y estafa para el segundo.

El Comandante del Batallón de Policía Militar No. 15 "Bacatá" dictó la Resolución No. 024 del 18 de septiembre de 1989, por medio de la cual convocó a consejo de guerra sin intervención de vocales a los dos procesados antes citados.

Celebrada la audiencia pública, profirió sentencia el 11 de noviembre del mismo año, en virtud de la cual condenó al sargento Viceprimero Alvaro Pacheco Rico a la pena de treinta y dos (32) meses de prisión por los delitos de peculado por apropiación (art. 189 del nuevo C.P.M.), peculado por extensión (art. 197 ibídem), falsedad material en ejercicio de funciones (art. 242 ibídem), uso fraudulento de sello oficial (art. 238 ibídem), peculado culposo (art. 234 del anterior C.P.M.) y peculado por destinación diferente (art. 232 del mismo Código anterior). Concedió al mismo procesado "el beneficio de *Libertad Condicional*", por haber cumplido las dos terceras partes de la condena.

En la misma sentencia condenó a Jhon Jairo Mejía Rios, a la pena de dos (2) años de prisión por el delito de falsedad en documento público y uso del mismo (art. 222 del C.P.). Dispuso la detención del condenado a fin de que continúe purgando la sanción impuesta.

Se le dio trámite a un recurso de reposición interpuesto por el defensor de Jhon Jairo Mejía Rios, y fue así como en auto de diciembre 16 de 1989 se resuelve: "*Reponer*" parcialmente la sentencia en cuanto a la orden de detener al citado procesado para que purgue efectivamente la pena impuesta, y en su lugar, "*Conceder* al mismo condenado la *condena de ejecución condicional*".

El defensor del procesado Pacheco Rico interpuso recurso de apelación contra la sentencia y el Tribunal Superior Militar la confirmó, pero con la modificación en el sentido de que la condena de Pacheco Rico procede por los delitos de peculado por apropiación (art. 233 del antiguo C.P.M.) peculado culposo (art. 234 ibídem) y falsedad en documento privado (art. 221 del C.P.), revocó el subrogado de la condena de ejecución condicional, que por vía de reposición se concedió en primera instancia al SS. Jhon Jairo Mejía Rios, en un acto por demás irregular.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación el defensor del procesado Sgt. Pacheco Rico Alvaro.

Demanda

El defensor invoca la causal primera del artículo 464 del Código Penal Militar y con base en ella formula un único cargo: nulidad de toda la actuación a partir del auto cabeza de proceso, por incompetencia de la justicia penal militar para conocer del presente juicio.

Fundamentó el cargo en que los dineros de los casinos de oficiales y suboficiales del Ejército y la Policía, son propiedad privada de los socios y nunca dineros del Estado.

Como el peculado es un delito contra los bienes del Estado y siendo el casino de suboficiales una entidad privada y no oficial por cuanto los suboficiales

simplemente son socios, no se puede predicar delito alguno contra los bienes del Estado cuando un administrador de casino dispone de estos.

El casino es privado teniendo en cuenta que la disposición No. 0003 de 1980, emanada del Comandante del Ejército, por la cual se aprueba el reglamento para casinos, en su capítulo I, sección b dice "3.-Finalidades de los casinos. Son centros sociales y culturales, creados para proporcionar a sus miembros dentro de las limitaciones del servicio, un lugar de descanso y esparcimiento, así como para fomentar el desarrollo de actividades sociales que permitan mantener estrechos vínculos con elementos destacados de la población. En el capítulo VIII, art. 99 dice que los casinos funcionarán con fondos exclusivamente pertenecientes a los miembros del respectivo casino y "*en ningún caso son fondos fiscales u oficiales*".

Si se aceptara que son dineros del Estado, como el delito no se cometió con ocasión del servicio, existiría la misma incompetencia.

Aduce que el tribunal "interpretó erróneamente la doctrina" sentada por el Tribunal Disciplinario en providencia que cita en su sentencia.

Cita el artículo 285 del C.P.M. sobre el debido proceso y concluye que se violaron los artículos 233, 234 del antiguo C.P.M. y el artículo 221 del C.P. por aplicación indebida.

Por todo lo anterior solicita que se case la sentencia declarándose la nulidad y remitiendo las diligencias a la autoridad competente.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal discrepa de los planteamientos de la defensa y considera que en el caso en estudio es la Justicia Penal Militar la competente para conocer del proceso, por las siguientes razones:

El art. 244 del Código de Justicia Penal Militar, vigente para la época de los hechos, establecía que los elementos pertenecientes a los comisariatos, fondos rotatorios, tiendas de soldados, entidades o establecimientos en que tenga parte el Estado, al servicio de las Fuerzas Armadas, se consideran para efectos del Código como pertenecientes al Estado. En este caso los dineros objeto del ilícito lo conforman las cuotas aportadas por los socios -suboficiales-, pero frente a este hecho considera conveniente traer a colación una providencia del Tribunal Disciplinario que resolvió una colisión de competencia en circunstancias similares a esta, cuyo texto transcribe.

Agrega, que el sargento Pacheco Rico había sido designado por el Comandante del Batallón de Policía Militar No. 15 para administrar el casino de suboficiales,

como consta en la orden del día obrante a folios 84 y 87 del cuaderno No. 1, por lo mismo estaba ejerciendo una actividad propia de su cargo y por razón del servicio.

Aclara que en materia de peculado, el delito no es en estricto rigor jurídico una ofensa contra el patrimonio del Estado, sino una ofensa a la administración pública consumada a través del acto de apropiación de bienes del Estado o de particulares que han sido confiados a la administración. El bien jurídico protegido es la administración pública y no el patrimonio estatal.

Insiste en que el casino como servicio a una entidad militar es parte de la actividad del Estado en el sostenimiento del nivel de vida y de la prestación de servicios propia de toda persona que los presta como dependiente de otra, que moderadamente viene a conformar el nivel de vida adecuado del trabajador o servidor público. Por ello tal aspecto constituye actividad estatal como servicio debido por la administración pública a sus trabajadores (militares en este caso). La infidelidad en el manejo de los bienes y patrimonio que sustenten el servicio afecta la eficacia del mismo, por lo que es correcta la imputación en el orden de la justicia Penal Militar. Si los dineros de los aportantes de capital son de personas particulares en cuanto los oficiales aportaban su dinero personal, ello no transmuta el delito en otro diverso, puesto que la ofensa a la administración sigue vigente en cuanto ese patrimonio privado está administrado por el empleado oficial y sustenta un servicio público a los oficiales del Ejército que son disminuidos por el acto indebido del empleado público, lo que se refuerza si se mira que el bien jurídico no es el patrimonio sino el servicio público del Estado en orden a la consumación del bienestar general y de prestador de servicio a la comunidad.

Por lo anterior, solicita no casar el fallo impugnado.

Consideraciones de la Sala

1o. En la demanda presentada a nombre del procesado Alvaro Pacheco Rico se invoca una posible nulidad por incompetencia de la Justicia Penal Militar para conocer del presente proceso.

En el desarrollo del cargo el censor aduce que no se puede predicar que su defendido haya cometido peculado, que "es un delito contra los bienes del Estado", porque "los dineros de los casinos de oficiales y suboficiales del Ejército y la Policía, son propiedad privada de los socios de los casinos, y nunca dineros del Estado".

Dentro del mismo reproche concluye que aún aceptando que son dineros del Estado existiría incompetencia, porque no fue con ocasión del servicio que su cliente se apropió de esos bienes.

Como se ve, el impugnante utiliza dos argumentos para fundamentar la petición de nulidad por incompetencia. El primero consiste en que el delito

cometido no fue peculado, planteamiento que cuestiona la denominación jurídica, y que no necesariamente llevaría a que la justicia Penal Militar perdiera su competencia, pues así se tratara de un hurto, de un abuso de confianza o cualquier otro delito, si el hecho fue cometido por miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, corresponde a esa jurisdicción. (art. 170 Constitución anterior; art. 221 Constitución actual).

Pero además, el reproche está planteado de manera incompleta, ya que cuando se cuestiona la denominación jurídica, se debe señalar cuál fue entonces el delito que se cometió, exigencia que no cumple el demandante.

De otra parte, tampoco dio las razones por las que sostiene que al no ser peculado cambia la competencia.

Independientemente de lo incorrecto del ataque, su fundamentación también es equivocada, pues el artículo 244 del Código Penal Militar aplicado establece que los elementos pertenecientes a los Comisariatos, Fondos Rotatorios, tiendas de soldado, entidades o establecimientos en que tenga parte el Estado, al servicio de las Fuerzas Armadas, se consideran para efectos del Código como pertenecientes al Estado, luego esos bienes pueden ser objeto de peculado.

Ahora, la aseveración de que el acusado no estaba actuando con ocasión del servicio es fácilmente desvirtuable, ya que está probado en el proceso que el sargento Viceprimero Alvaro Pacheco Rico fue designado por el Teniente Coronel Gerardo Alirio Benavides Concha, Comandante del Batallón de Policía No. 15, como administrador del casino de Suboficiales mediante orden del día No. 064 de marzo 17 de 1987, luego estaba ejerciendo una actividad propia de su cargo y por razón del servicio.

En estas condiciones, es perfectamente claro que la competencia para la investigación y el juzgamiento del Sargento acusado de haberse apoderado de los bienes que le fueron confiados para su administración, correspondía a la autoridad Penal Militar, regla que efectivamente se aplicó.

El cargo será desestimado.

2o. El procesado Jhon Jairo Mejía Ríos no recurrió en casación. El último día del traslado, el "Defensor Público" presentó ante esta Corporación un poder otorgado por el procesado no recurrente para presentar demanda de casación, junto con un alegato de instancia en donde solicita que se declare que su defendido tiene derecho a continuar gozando de la condena de ejecución condicional que revocó el Ad quem en la sentencia en que su sentir es violatoria de la ley sustancial y de los derechos constitucionales y garantías procesales; y posteriormente una demanda de casación en la que "impugna la sentencia de segunda instancia".

La Sala de abstiene de hacer algún pronunciamiento de fondo al respecto, pues el traslado ordenado a los no recurrentes, tiene la finalidad de dar oportunidad a estos de coadyuvar u oponerse a la demanda o demandas de casación que hayan presentado, pero no podrá agregar cargos ni tratar de aprovechar el traslado para adicionar una impugnación, ya que esa facultad está reservada a los recurrentes.

En relación con las facultades limitadas que tienen los sujetos procesales no recurrentes para actuar en casación, la Corte se ha pronunciado así:

"El ámbito en que están facultadas para actuar en casación no puede tener la misma amplitud que el de la parte recurrente.

"El de aquellos que tienen interés en que se mantenga la sentencia están limitados por la misma. Es decir, no pueden pedir nada distinto a lo que se les concedió en ésta.

"Los que, por el contrario, están interesados en que se remueva, ya sea total o parcialmente la providencia recurrida, no pueden alegar causales ni motivos distintos a las de las partes recurrentes.

"Darles mayor amplitud que a estas para que presenten causales distintas o aleguen dentro de las ya presentadas, motivos diferentes, sería ilógico porque equivaldría a igualarlas con las partes recurrentes y vendría a ser lo mismo recurrir que no hacerlo pues, al fin y al cabo, se tendría la misma oportunidad e igual amplitud de impugnación, lo cual no puede admitirse. Alguna diferencia debe haber entre recurrir y no hacerlo, esto es, entre hacer uso y no hacerlo de una facultad procesal. (julio 15 de 1982).

La revocatoria de la pena de ejecución condicional no es violatoria del artículo 31 de la Constitución, ya que la sentencia de primera instancia era consultable.

3o. La Sala considera muy importante la labor que corresponde a la defensoría pública, y no tiene duda alguna sobre los beneficios que puede traer a la administración de justicia, en la medida en que la selección de los defensores sea acertada y exista un estricto control sobre su trabajo.

Pero ve con preocupación actuaciones como las del defensor público que en el trámite del recurso de casación recibió el poder del no recurrente, pues no hay derecho a que ignore cuál era la actuación que pedía cumplir, creando falsas expectativas en el acusado y haciéndola perder una oportunidad procesal.

De la impresión de que la demanda entregada a nombre del no recurrente fue hecha por justificar un caso más ante la defensoría pública, por lo que resulta importante que la Dirección de ese organismo se entere de la actuación de su agente, motivo por el cual se le enviará copia de esta decisión.

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

RESUELVE

1o. NO CASAR la sentencia recurrida.

2o. Por secretaría remítase copia de este fallo al Director de la Defensoría Pública.

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 Cortés Garnica
Secretario

COLISION DE COMPETENCIA \ NARCOTRAFICO \ JUECES REGIONALES

Por voluntad del legislador, se estableció para combatir el narcotráfico un procedimiento especial con Jueces dedicados únicamente a tan preciso ámbito delictivo, dadas sus especiales características de intranquilidad social, salvo conductas menores, cuantitativamente hablando, que se le asignaran a los Jueces ordinarios, las demás continúan en la órbita de este procedimiento singular, en el que la presteza de los términos y la simplificación del rito, permiten una mayor eficacia en su persecución.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión Competencias No. 7919

S.P.C.: Adolfo R. González y otra

Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986

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

Aprobado acta No. 0129 (Octubre de 1992.)

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Corte sobre la colisión de competencias suscitada entre los Tribunales Nacional y Superior de Medellín, dentro del proceso adelantado contra Adolfo Roberto González Méndez y Olga Lucía Botero Calle, por una infracción a la ley 30 de 1986.

ANTECEDENTES

La Policía Nacional tuvo información de que la finca "La Catedral" perteneciente a la jurisdicción territorial del municipio de Envigado (Antioquia), se celebraban reuniones de personas dedicadas al narcotráfico y la subversión, razón por la cual se dispuso su allanamiento, sin encontrar en su interior objetos que permitieran deducir cualquier tipo de comercio de sustancias ilícitas. No obstante, como las noticias también se referían a que en el inmueble se procesaban alcaloides, a los pocos días de su ocupación se hallaron "...empotradas y camufladas..." catorce (14) canecas con elementos necesarios para el procesamiento de estupefacientes y ochocientos (800) gramos de cocaína base, la cual determinó la retención del mayordomo de la finca, Adolfo Roberto González Méndez.

Posteriormente, fue declarada reo ausente su compañera Olga Lucía Botero, al tiempo que a González se le recibía su versión sin juramento, dictándose en contra de la pareja auto de detención sin beneficio de excarcelación, como presuntos autores de infracciones a los artículos 33 y 34 de la Ley 30 de 1986. En la calificación del sumario, el Juzgado Cuarto (4o) Especializado descartó la presencia de un laboratorio, adecuando la conducta al artículo 33 en cita merced a la cantidad de droga incautada, al tiempo que lo referente al artículo 34, ibídem, lo dedujo de la destinación del inmueble al almacenamiento de estupefacientes. Además, les imputó a los sindicados la conducta contemplada en el artículo 43 de la misma normatividad, por haberse demostrado "...la tenencia ilegal de elementos aptos para procesar droga..."

Ejecutoriado el auto de citación a audiencia y teniéndose en cuenta los decretos 2790 de 1990 y 0099 de 1991 que reorganizaron la jurisdicción de Orden Público, se envió el expediente a la Dirección Seccional para que se encargara de la etapa encausatoria un Juez de Orden Público. El funcionario designado abrió el juicio a pruebas, practicó numerosas diligencias y dictó un fallo absolutorio por considerar que el proceso no predica la certeza requerida para proferir una sentencia condenatoria, disponiendo a la par la expedición de copias con el fin de aclarar la relación existente entre el dueño del predio y los estupefacientes incautados y al tiempo la consulta correspondiente ante el Tribunal Nacional.

LA COLISIÓN PROPUESTA

La Sala de Decisión del Tribunal Nacional, al momento de emitir el fallo, se declaró incompetente para conocer del presente negocio. Argumentó que en vista de que el asunto se contrae al hallazgo de ochocientos (800) gramos de cocaína base y de unos elementos aptos para el procesamiento de esa clase de estupefacientes, "... se presenta un *concurso aparente* de los tipos legales descritos en los artículos 33 (inciso 1o) y 43 de la Ley 30 de 1986..."

Al respecto anota que al confrontar tales disposiciones se advierte que el artículo 33 es de mayor riqueza descriptiva que el artículo 43 "...puesto que incluye pluralidad de modalidades alternativas..." mientras que la última disposición se contrae a una: al tener ilegalmente elementos para el procesamiento de alcaloides. Además, el primero señala penas más graves, lo cual significa "... que por tratarse de *una sola acción delictiva* (consistente en la *conservación* de los 800 gramos de 'basuco' y a la vez de los elementos aptos para el procesamiento de esta clase de estupefacientes), y del mismo bien jurídico tutelado (la salubridad pública), necesariamente el último se subsume dentro del primero...".

A renglón seguido pone como ejemplo lo que sucede entre los artículos 32 y 33 de la referida Ley, que presentan dos conductas comunes: la de conservar y la de financiar, lo que indica que "...quien conserve o financie sitios destinados a la producción de estupefacientes, donde estos se encuentran ya elaborados y a la vez su materia prima..." no se le puede considerar como infractor de las dos normas aludidas. Lo propio sucede, continúa, con el artículo 34, cuando se incurre simultáneamente en alguno de los comportamientos descritos en las normas citadas.

Concluye, entonces, que como quiera que en el presente caso los delincuentes conservaban ochocientos (800) gramos de cocaína clorhidrato y algunos elementos necesarios para su procesamiento, se presenta el mismo designio criminoso y da lugar a conductas "...comunes y coetáneas..." lo que indica que le corresponde actuar como ad quem al Tribunal Superior de Medellín, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 70, 71 y 72 del C. de P.P.

El rechazo del Tribunal Superior de Medellín

Luego de hacer un recuento de la actuación procesal, se opone a los argumentos del Tribunal Nacional por estimar que el hallazgo de los insumos y el clorhidrato de cocaína dan base para "...admitir que en el predio pudo ser instalado un laboratorio o señalado para el almacenamiento, venta o uso de las sustancias, incurriéndose así en el delito reprimido en el artículo 34, cuya configuración en el primer caso no está supeditada a la mayor o menor cantidad de elementos incorporados al laboratorio, ni a que se trate de una estructura sofisticada porque igualmente queda comprendida la rudimentaria, y así la destinación sea transitoria... ni al menor o mayor volumen de la droga almacenada en el segundo..."

Ahora bien, continúa el Tribunal, la conservación del alcaloide implica la violación del artículo 33 mientras que la tenencia de las sustancias para su procesamiento da lugar a la infracción del artículo 43. A continuación rememora la legislación sobre el particular y los diferentes cambios que ha sufrido en lo atinente a la competencia judicial, así como su aplicación al caso concreto por los Jueces que lo tuvieron a su cargo, quienes, en todo momento, predicaron la violación a los artículos 33, 34 y 43 de la Ley 30 de 1986, lo que demuestra la

inconsistencia de la posición asumida por el Tribunal Nacional quien en vez de culminar su tarea se negó a conocer del asunto, pese a que "...sólo podría marginarse cuando esa hipótesis delictivas...desaparezcan por completo..."

Luego de resaltar sobre la obligación que tiene el superior jerárquico de "...revisar la sentencia de primer grado, con el fin de dejar a salvo la legalidad de la actuación...sin que le sea permitido inhibirse pretextando su incompetencia...", pasa a ocuparse de los artículos 33 y 43, tildando el argumento central invocado por el Tribunal Nacional de "...poco convincente...", como quiera que las normas mencionadas "...regulan conductas muy diferentes y su aplicación depende de supuestos de hecho bien distintos...", pues la primera "...contempla las acciones que pueden ser ejecutadas en relación con las sustancias ya elaboradas, en tanto que la segunda sanciona es a quien tenga en su poder, ilegalmente desde luego, elementos que sirvan para el procesamiento de esas sustancias..."

Finalmente, considera que éste "...no era el momento procesal adecuado para deducir el concurso aparente de normas penales: sólo cuando el Tribunal Nacional, después de sopesar las pruebas, hubiese concluido en la improcedencia de la absolución dispensada en primera instancia...inclinándose por su revocatoria, se hacía pertinente el examen de la acusación para definir si era viable o no deducirles responsabilidad penal por todos los ilícitos o por algunos de ellos, o sea que no debió anticipar ese estudio para derivar de ahí su incompetencia..." . En conclusión, no acepta la competencia que pretende asignarle el Tribunal Nacional.

La Corte

1. Según lo relata el acervo probatorio, en la finca "La Catedral" de Envigado (Antioquia), se encontraron ochocientos (800) gramos de clorhidrato de cocaína y catorce (14) canecas con insumos necesarios para el procesamiento de ese tipo de alcaloides. Como quiera que, parte del hallazgo, no se encontró ningún elemento que pudiera indicar la existencia de un laboratorio para el procesamiento de estas sustancias ilegales, temprano se rechazó esta posibilidad, quedando apenas lo referente a las sustancias encontradas y a la responsabilidad que pudiera caberle al dueño del inmueble, señalándosele como un posible testaferro, aunque la investigación no profundizó en dicho aspecto.

2. La controversia radica en la naturaleza de los artículos 33 y 43 de la ley 30 de 1986, similares para el Tribunal Nacional, diferentes para el Tribunal Superior de Medellín. El primero considera que se está en presencia de "...una sola acción delictiva..." por lo que la conservación del alcaloide y los insumos para su producción, hacen que esta conducta se subsuma en aquella, por la mayor riqueza descriptiva del tipo que la contempla. El Tribunal Superior en cambio, distingue entre ambos comportamientos, predicando del primero la conservación del estupefaciente, observando que el segundo penaliza la tenencia de los elementos necesarios para su procesamiento, conductas diferentes aunque en ocasiones complementarias.

3. Un examen atento a los tipos en cuestión encuentra que el razonamiento expuesto por el Tribunal Superior de Medellín es el que se ajusta a una correcta interpretación. En efecto, el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 sanciona una serie de conductas que ocupan todo el espectro de la acción delictiva que pueda cometerse con cualquier tipo de drogas, esto es, ya procesadas, que produzcan dependencia. Tales comportamientos van desde su fabricación pasando por el tráfico propiamente dicho en todas sus modalidades (tenencia, transporte, conservación, etc), hasta el porte mismo. En cambio, el artículo 43 ibídem, penaliza la tenencia "...de elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia...", es decir de las sustancias que sirven para transformar químicamente la materia prima respectiva en el estupefaciente apto para el consumo humano.

No puede haber, por tanto, un concurso aparente de tipos como el planteado por el Tribunal Nacional, como quiera que contemplan comportamientos diferentes que si bien pueden presentar la posibilidad de su coincidencia simultánea en una misma persona, ello no implica que el uno quede subsumido en el otro, pues no es lo mismo -para circunscribir el debate al caso de la especie- conservar el alcaloide ya procesado que encontrarse en posesión de los elementos necesarios para su procesamiento, pues cada modelo penal conserva su autonomía por corresponder a diferentes actuaciones de este género delictivo.

4. En el acto sub examen, claramente se muestran las diferencias existentes. Por un lado se está frente al hallazgo de ochocientos (800) gramos de cocaína base, es decir, la sustancia extraída de la hoja de coca, que ha sufrido los cambios químicos necesarios para transformarla en un alcaloide apto para el consumo humano, cuya conservación penaliza el artículo 33 en cita. Por el otro, se descubre la tenencia de catorce (14) canecas que contenían insumos necesarios para el procesamiento de dicho vegetal, los cuales sirvan también para un uso legal en la industria pero que, al emplearse para fabricar drogas ilegítimas, causa el natural reproche penal. Es por ello que, dada esta destinación específica, merecen un tratamiento diferente. De ahí que el artículo 43 tipifique exclusivamente este tipo de comportamiento.

Ahora bien, por voluntad del legislador, se estableció para combatir esta clase de actos, un procedimiento especial con los Jueces dedicados únicamente a tan preciso ámbito delictivo, dadas sus especiales características de intranquilidad social. Salvo conductas menores, cuantitativamente hablando, que se le asignaron a los Jueces ordinarios, las demás continúan en la órbita de este procedimiento singular, en el que la presteza de los términos y la simplificación del rito, permiten una mayor eficacia en su persecución. Es por ello que, si bien como en este caso, la droga incautada no sobrepasa los mil (1.000) gramos, no se está en presencia de delincuentes de poca entidad. Por el contrario, los insumos hacen pensar en la organización de una poderosa banda, de ahí que la competencia, en virtud del artículo 43 aludido, pertenezca a los Jueces Regionales y a su superior, en segunda instancia, el Tribunal Nacional.

5. Finalmente, como una anotación al margen, no resulta nada claro que la Sala de Decisión del Tribunal Nacional que se declaró impedida traiga como ejemplo de similitud en otros artículos de la Ley 30 de 1986, los comportamientos descritos en los artículos 32 y 33 de la misma. Olvida que, temprano, esta Sala de la Corte deslindó los campos de ambos en lo atinente al verbo rector "...conservar...". Dijo en aquella oportunidad:

"...La conservación a que se refiere el artículo 37 del anterior estatuto y reproducido en el 32 de la ley 30, se refiere a la conservación de planta y en el lugar de la producción. El mismo verbo en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y 33 del nuevo estatuto de estupefacientes, se refiere a la conservación de la hoja o sustancia estupefaciente, fuera del lugar del cultivo y en actividad destinada a su tráfico, transporte o consumo. Ilógico sería pensar que el Legislador hubiere consagrado la misma conducta en distintas normas para darles un trato y una punibilidad diferentes sin razón valedera alguna. Sólo el querer del Legislador de sancionar con mayor drasticidad el tráfico de estupefacientes y que se ha puesto en evidencia a través de las distintas legislaciones sobre la materia, explica esta aparente incongruencia..." (Sentencia, noviembre 4 de 1987, M.P. Dr. Carreño Luengas).

6. Así las cosas, ésta Colegiatura señala al Tribunal Nacional como el organismo competente para conocer en segunda instancia del presente proceso, lo cual implica su inmediata remisión al mismo, enviándosele copia de esta decisión al Tribunal Superior de Medellín, para su información.

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

RESUELVE

DIRIMIR el conflicto de competencia planteado en el sentido de atribuir el conocimiento, en segunda instancia, del proceso adelantado contra Adolfo Roberto González Méndez y Olga Lucía Botero Calle, por infracciones a la Ley 30 de 1986, al Tribunal Nacional, a quien se le remitirá el expediente para lo de su cargo.

Copia de ésta decisión envíese al Tribunal Superior de Medellín, para su información.

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.

INIMPUTABILIDAD \ EXAMEN MEDICO \ DEBIDO PROCESO \ NULIDAD

Para que el comportamiento de un procesado pueda ser ubicado dentro del marco de la inimputabilidad es preciso acreditar que al momento de realizar el hecho punible no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a inmadurez sicológica o trastorno mental, situación que por sus significativas consecuencias punitivas deber ser cabalmente comprobada sin que bastem para su reconocimiento simples afirmaciones, conjeturas o meras alusiones sobre su existencia.

La ausencia del examen siquiátrico del procesado constituye motivo de nulidad por inobservancia o preterm isión de una de las formas del debido proceso, únicamente cuando obren en autos válidos y atendibles elementos de persuasión que permitan suponer fundadamente que éste se encontraba, al momento de la comisión del hecho, en situación de inimputabilidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6714

Contra: José Arturo Valdés Sánchez

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 134

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Vistos

El 8 de agosto de 1991 el Tribunal Superior de Neiva confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Primero Superior de Garzón mediante la cual condenó al procesado José Arturo Valdés Sánchez o Castillo a 16 años de prisión, al pago de perjuicios y a las sanciones accesorias correspondientes como responsable del delito de homicidio agravado; decisión recurrida en casación por su defensor.

Hechos

A esos de las once y media del día 20 de julio de 1990 en momentos en que Marco Antonio Martínez Castro desprevenidamente se dedicaba a recolectar café dentro de un predio rural de su propiedad ubicado en la vereda "Paraíso" del municipio de Guadalupe (Huila), fue alcanzado por un disparo con arma de fuego de carga múltiple (escopeta) que le ocasionó la muerte en forma inmediata; hecho del cual se sindicó a su vecino y colindante José Arturo Valdés Sánchez o Castillo quien fue capturado el mismo día.

Actuación procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de Guadalupe abrió la investigación oyendo en declaración indagatoria al sindicado quien aceptó haber disparado contra Marco Antonio Martínez Castro con una escopeta de un trabajador suyo porque lo sorprendió dentro de su predio destruyendo una "mata de cidra" de la que dependía su sustento y el de su familia, luego de un intercambio de palabras y de que éste intentara "sacar algo".

Afirmó que de tiempo atrás existía una enconada enemistad con la víctima y sus familiares por las amenazas de que era objeto para que abandonara una casucha que ocupaba en arrendamiento, colindante con predios de sus enemigos y en cuanto a la razón de su proceder explicó que "no sabía como lo había hecho, yo traté de perder el sentido de la ira que me dio al ver la mata, que era una mata que nosotros comíamos"

Recibidos los testimonios de las personas que presenciaron los hechos o tuvieron conocimiento de ellos y realizada inspección judicial al lugar de los mismos, a fin de establecer la distancia a que fue hecho el disparo, condiciones de visibilidad y audibilidad existentes y sitios donde se encontraba la "mata de cidra" y donde fue hallado el cadáver, el Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal de

Garzón calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria contra el procesado por el delito de homicidio agravado (artículos 323 y 324-7o. del C.P.) porque contrariamente a lo dicho por Valdés Sánchez o Castillo resultaba demostrado que este acechó a su víctima aprovechándose de su estado de indefensión; providencia apelada por la defensa y confirmada por el Tribunal Superior de Neiva.

Celebrada audiencia pública, el Juzgado Primero Superior de Garzón puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de 16 años de prisión; fallo impugnado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior mediante el que es objeto del recurso de casación.

DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal tercera de casación se acusa la sentencia por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad y se formulan dos cargos así:

Primero: Quebranto del artículo 358 del C. de P.P. anterior (hoy 333 de la codificación vigente), que imponía al funcionario judicial la obligación de investigar con igual celo tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado toda vez que en el presente caso no se desplegó la actividad necesaria en orden a indagar por las condiciones que caracterizan la personalidad de José Arturo Valdés Sánchez o Castillo, especialmente su estado emocional vivido al momento de la consumación de los hechos "y según el cual, conforme lo afirma en su indagatoria, *trató de perder el sentido de la ira que le dio* al ver que su enemigo, el occiso, le destruía la mata de cidra que constituía el alimento para él, su compañera marital y sus cinco menores hijos" (Subrayas del texto).

La falta de celo investigativo que por no haberse sometido el procesado a examen psiquiátrico a fin de establecer si al momento de los hechos *"pudo haber perdido el sentido"*, por la fuerte emoción de ira padecida, llevaron a una condena que no se hubiera producido, de haber mediado dicha pericia.

Segundo: Flagrante violación de los artículos 26 de la anterior Constitución Nacional (hoy 29 de la nueva Carta Política) por pretermisión de una de las formas del debido proceso consistente en no haberse practicado oportuna y debidamente "las diligencias tendientes a conocer la personalidad del señor procesado y muy especialmente en el momento en que pudo haber padecido la *grave anomalía psíquica transitoria del trastorno mental*, muy propia de las constituciones hiperemotivas, como la del señor procesado *Valdés Sánchez o Castillo;* todo lo cual hubiera podido realizarse por medio de *la prueba pericial psiquiátrica o psicológica*, viene a constituir, sin duda alguna, graves informalidades procesales" (subrayas del texto).

Consecuente con dicho planteamiento solicita la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de la investigación.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA DELEGADA

El Ministerio Público representado por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, pide que no se case la sentencia recurrida porque la acusación se fundamenta en la desmentida versión del sindicado respecto al supuesto trastorno mental que dijo haber padecido al momento de cometer el hecho punible pues las pruebas recaudadas demuestran que las cosas ocurrieron de diferente manera a como las relató en su indagatoria toda vez que la "mata de cidra" señalada como el motivo de discordia se encuentra plantada dentro del predio de la víctima y el victimario se parapetó al pie de dicha planta y desde allí disparó "a mansalva" sobre la humanidad de Marco Antonio Martínez Castro en momentos en que se dedicaba a recolectar café produciéndole la muerte en forma inmediata.

El recurrente no probó, fuera de toda duda, que su representado padeciera de trastorno mental, situación que hubiera llevado al funcionario instructor o al juzgador a someterlo a examen psiquiátrico para acreditar el alegado estado de inimputabilidad en el que pudo haber actuado y tal planteamiento se apoya solamente en la "versión acomodada de los hechos" vertida por el inculpado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Siendo evidente a juicio de la Sala que los dos reproches formulados en la sentencia bajo el ámbito de la causal tercera de casación tienen un origen común: la ausencia de examen psiquiátrico del sindicado para determinar su estado de salud mental al momento de ejecutar el hecho punible y siendo el uno complemento o desarrollo del otro, los examinará en forma conjunta como si se tratara de un único cargo de nulidad por la existencia de una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, máxima garantía consagrada en el artículo 29 de la Carta Política (26 de la anterior codificación constitucional).

Para que el comportamiento de un procesado pueda ser ubicado dentro del marco de la inimputabilidad -ha dicho la Corte con reiteración es preciso acreditar que al momento de realizar el hecho punible no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a inmadurez sicológica o trastorno mental (Artículo 31 del Código Penal); situación que por sus significativas consecuencias punitivas debe ser cabalmente comprobada sin que basten para su reconocimiento simples afirmaciones, conjeturas o meras alusiones sobre su existencia.

La prueba idónea para su verificación es el examen siquiátrico como lo preveía el artículo 411 del C. de P.P. de 1971, o se infiere del texto del artículo 358 de la anterior codificación procedimental penal (Decreto 050 de 1987) armonizado con el 333 de la investigación integral; pericial cuyo ordenamiento solo es posible frente a medios de convicción atendibles de los cuales surjan datos o antecedentes verosímiles relativos a la personalidad del presunto inimputable o de su conducta.

De manera que la ausencia del examen siquiátrico del procesado constituye motivo de nulidad por inobservancia o pretermisión de una de las formas del debido proceso, únicamente cuando obren en autos válidos y atendibles elementos de persuasión que permitan suponer fundadamente que éste se encontraba, al momento de la comisión del hecho, en situación de inimputabilidad.

En el presente caso, como bien anota el Procurador Delegado, no existe prueba seria o verosímil que permita suponer razonablemente que José Arturo Valdés Sánchez o Castillo al momento de ejecutar el hecho punible por el que fue juzgado y condenado se encontrara en situación de inimputabilidad por trastorno mental transitorio que hiciera imperativa la práctica de una pericia siquiátrica.

La única información al respecto la suministró el sindicado al momento de rendir indagatoria cuando dijo que "trató de perder el sentido" por la ira que le dio al ver que el occiso había invadido sus predios y se dedicaba a destruir la "mata de cidra"; manifestación categórica desvirtuada por la testigo Hermilda Floriano que lo vio cuando armado de escopeta y parapetado junto a la planta de cidra le disparó a la víctima, que desprevenidamente se ocupaba de recoger café dentro de su finca, y lo dicho por el declarante Angel Floriano García quien negó haberle informado de la conducta perturbadora atribuida al interfecto.

Además, si se tiene en cuenta, como aparece probado mediante inspección judicial al lugar de los hechos y diligencia de levantamiento del cadáver, que la mata de cidra se encontraba plantada en propiedades del occiso y su cadáver fue hallado dentro de su propia finca, colígese que las afirmaciones del procesado en tal sentido son abiertamente contrarias a la verdad.

Nada hace suponer que José Arturo Valdés Sánchez o Castillo hubiese sufrido trastorno en su siquismo o en su vida afectiva o de relación que permitiera tenerlo como inimputable; por el contrario, la claridad, lucidez y habilidad mental con que rindió sus descargos acudiendo al recurso de manifestar que "trató de perder el sentido" a consecuencia de una provocación inexistente, descartan la posibilidad de situar su conducta en el terreno de la inimputabilidad. Además debe tenerse en cuenta que no aparecen antecedentes personales o familiares que permitan deducir la posible existencia de una enfermedad mental en el sentenciado.

Esta misma explicación del acusado había sido explotada por su defensor para reclamar de los juzgadores de instancia la diminuente de la ira (Artículo 60 del C.P.) resultando extraño que el mismo profesional del derecho que ahora lo asiste como recurrente en casación, no hubiera advertido la existencia de un trastorno mental en su cliente exigiendo la práctica de la pericia *siquiátrica* que ahora nota de menos.

Así pues, no se incurrió en la nulidad incoada por el libelista puesto que de las pruebas con que cuenta el proceso no resultaba forzoso la práctica del examen siquiátrico omitido.

No prospera la impugnación.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida a nombre del procesado José Arturo Valdés Sánchez o Castillo, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva 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

VIOLACION DIRECTA \ VIOLACION INDIRECTA

Los presupuestos de la violación de la ley sustancial se conservan aún con la ley procesal actualmente vigente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6441

Contra: Hugo Nel Gómez Gutiérrez

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 134

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre cuatro de mil novecientos noventa y dos.

Vistos

Surtida la tramitación de rigor, procede decidir el recurso de casación interpuesto y admitido en vigencia del C. de P.P. de 1987 por el procesado Hugo Nel Gómez Gutiérrez y su defensora, contra la sentencia proferida el 2 de mayo de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual, con modificación de la primera instancia, se le condena a la pena principal de diez (10) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y se le impone la obligación civil indemnizatoria, como responsable del delito de homicidio en la persona de Daniel Armando Lancheros.

Hechos y actuación procesal

En la noche del 4 al 5 de abril de 1990 el Juzgado 67 de Instrucción Criminal Permanente practicó el levantamiento del cadáver de un hombre que resultó ser

Daniel Armando Lancheros Delgadillo, llevado por agentes de la Policía Nacional al Hospital "El Carmen" de Santafé de Bogotá, quienes lo recogieron en la vía pública -diagonal 49 con carrera 28 al sur de la ciudad- aún con vida pero en estado grave debido a las varias heridas con arma cortopunzante que presentaba.

Desde las diligencias preliminares fue señalado como autor del delito el propietario de una cancha de tejo que funcionaba frente a una taberna que atendían el occiso y un socio suyo, siendo el sindicado Hugo Nel Gómez Gutiérrez, que vinculado con indagatoria, fue llamado a juicio en resolución acusatoria bajo la imputación de homicidio simplemente voluntario, cargo que se mantuvo aún en las sentencias de las instancias luego del adelantamiento del correspondiente juicio y por el cual el Juzgado 28 Superior de Bogotá lo condenó a las penas principal y accesorias conocidas y a la de suspensión de la patria potestad, debiendo el Tribunal revocar esta última al conocer por apelación de la defensa su fallo, por carecer de relación de causalidad con el delito. La decisión de segundo grado fue impugnada extraordinariamente por el propio acusado y por su defensora en el recurso que ocupa la atención de la Sala. (fls. 5-6, 29-33, 132-139, 157-169, 247 y ss. cd. ppl. 1; 5 y ss. cd. ppl.2)

LA DEMANDA

Con invocación de la primera parte de la causal primera de casación prevista en el artículo 226 del C. de P.P. de 1987, la defensora propone un cargo contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, sin precisar cuál fue la violación sustancial que pudo darse, pero aseverando que se incurrió en falta de aplicación del artículo 60 del C.P. porque al haber obrado su poderdante bajo el influjo de la atenuante de la ira de que trata esta disposición, debió imponérsele una pena inferior a la que se le tasó, siendo el objetivo de la impugnación la casación parcial para que en esta sede se le reconozca la diminuente y se rebaje proporcionalmente la pena.

En desarrollo de la censura la actora toma apartes de algunos de los testimonios recopilados durante la investigación, como son los de José Edilberto Lancheros, Ana Silvia Sopó de Ariza, Ricardo Ariza Sopó y Cecilia Fuentes, de los cuales, según su sentir, se colige que el procesado obró presa del estado de ira afianzado "en los celos permanentes que su esposa con Ulises, persona con la que más se trataba en la taberna le provocaban..." y que aprovechó para explotar su convulsionado estado anímico, el momento de pagar la cuenta del consumo de licores que había hecho junto con su esposa y otras personas en el establecimiento del que era condueño el occiso, la noche de los hechos.

A renglón seguido afirma la profesional que el Juez instructor aceptó la ocurrencia del atenuante porque al referirse al aspecto subjetivo del ilícito aludió a la posibilidad de que hubiera actuado en estado de "euforia" y de ira y que esa

apreciación del juez en la resolución calificatoria la "tuvo que" haber hecho con base en el acervo probatorio "que recepcionó cuando practicó las pruebas". Añade que también el fiscal del Juzgado Superior y el apoderado de la parte civil aceptaron en la audiencia que su prohijado actuó "motivado por los celos que sentía" y que así mismo lo afirmó éste cuando se le oyó en la diligencia.

Pasa luego a cuestionar la decisión judicial de las instancias de no reconocer el atenuante y a explicar cómo, según su manera de ver se daban los requisitos del mismo, pues el estado anímico del procesado era que el artículo 60 del C.P. describe, e igualmente lo fue el comportamiento grave e injusto de la víctima. Explica que el acusado de tiempo atrás había advertido que le molestaba que su compañera fuera atendida en ese negocio (se refiere a la taberna del occiso) y "venía guardando y acumulando resentimientos" hasta que el día de los hechos con el pretexto del cobro de la cuenta de su consumo alcohólico en este lugar desahogó sus celos "que en forma desenfrenada desplegaba hacia su esposa" con "ímpetu de ira y dolor". En igual forma el comportamiento de la víctima revistió los caracteres que precisa la norma, aunque el verdadero provocador de la agresividad del acusado hubiera sido el que logró huir del ataque que contra los dos dueños de la taberna hiciera su patrocinado.

Luego de aludir a la competencia de la Corte para el reconocimiento del instituto jurídico que reclama y al estado anímico del acusado frente a la situación que vivía a causa del comportamiento de su esposa, para recabar que fue ese estado de cosas el que llevó a "desenfrenarse y alocadamente obrar", reitera que la causa determinante de su estallido fueron los celos, y que la diminuente, cuyas exigencias para reconocerse sí se dieron, tal como lo refleja la prueba y en contrario de lo afirmado por el juzgador que no las encontró configuradas, debió serle reconocida con la pena que proporcionalmente correspondía.

Consideraciones de la Corte y del Ministerio Público

Son de recibo para la Sala las razones que expone en su concepto el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal para mostrarse adverso a la casación impetrada, y hace suyas las esenciales en que funda su criterio.

A la omisión de señalar la clase de violación de la ley sustancial que menciona el enunciado de la censura en la demanda -y que por limitarse según la transcripción parcial que hace de la causal 1a. del artículo 226 del C. de P.P. de 1987, al aparte de la conocida como violación directa hace pensar que se trata de ésta- súmase al protuberante e insalvable error de mezclar con la anterior violación la indirecta, al dedicarse a cuestionar las conclusiones probatorias de la sentencia en busca de demostrar que la circunstancia atenuante de la ira contemplada en el artículo 60 del C.P. sirvió de marco al obrar delictivo del procesado, cayendo así la alegación en una amalgama conceptual excluyente y vetada por la misma ley que

gobierna el recurso de casación, como que choca con el principio de no contradicción, que es fundamental de la demanda en esta clase de impugnación.

Pero además, si se tuviera, por razón del silencio que al respecto guarda el escrito, como propuesto y sustentado el cargo exclusivamente a la luz de la violación indirecta de la ley sustancial por la falta de aplicación del artículo 60 del C.P. que arguye, también resulta, por incompleto, ajeno a la técnica del recurso; la casacionista no indica la clase de error de apreciación probatoria, omitiendo precisar si se trató de error de hecho o de derecho, y en caso de ser el primero, tampoco señala a qué falso juicio del fallador se debió.

Más bien, con el enfoque que de acuerdo a su personal opinión hace la recurrente de los testimonios que relaciona en su escrito para dar por estructurado el atenuante y luego por únicas valederas sus conclusiones en pro de su reconocimiento, lo que surge es un replanteamiento probatorio opuesto a las conclusiones del fallo, de indebida prevalencia sobre el criterio del juzgador, en posición propia de un alegato de instancia y nunca sujeto al rigor lógico y a los motivos de la casación.

Así lo refleja sin duda la recurrencia al tema de los celos de que habría sido víctima el procesado por el comportamiento de su esposa o compañera con el socio del occiso y otras personas de que se vale la demandante para, a partir de ellos confirmar el estado de ira que recaba, sin tener en cuenta que expresamente fueron desechados por el Tribunal porque encontró que no era más que "rumores vecindarios que no encontraron demostración alguna y en cambio sí la negativa rotunda de la señora..." (fl. 12 cd. T.) es decir, que de ninguna manera los aceptó la Corporación como verdad en el proceso. Era menester que la casacionista hubiera demostrado el o los errores que determinaron esa consideración probatoria, e inconducente resulta tratar de controvertirla en casación con asertos conclusivos surgidos de su visión personal del caudal probatorio.

Sobre este particular, la Corte se aparta del concepto del Ministerio Público (fl. 22 c.c.) en cuanto afirma que el Tribunal sí consideró los celos del acusado como motivación de su comportamiento pero les negó "el estado emotivo que ello generó", pues el contenido del fallo es claro en descartarlos como probados y en advertir que esas "condiciones probatorias... no permiten tener el hecho como requisito para la estructuración de la diminuente punitiva" de la ira. Este disenso con el distinguido colaborador representante de la sociedad, no habilita, sin embargo, ninguna de las inconsistencias de la demanda que han sido puntualizadas. El cargo no prospera.

Ahora, a propósito de la técnica de la demanda de casación, y porque los presupuestos de la violación de la ley sustancial se conservan aún con la ley procesal actualmente vigente, es dable recordar, por ser aquí pertinente a los fines del rechazo, alguno de los múltiples pronunciamientos de la Corte en su constante y didáctica advertencia:

"Reiteradamente ha dicho esta Sala que cuando se acusa la sentencia con fundamento en la primera causal de casación, el censor está en el deber de señalar

cuál es el carácter de la violación pues si de la directa se trata su argumentación tiene que edificarse sobre el reconocimiento de la situación fáctica admitida en el fallo, para solo discutir o controvertir la selección de la norma sustancial o el contenido que a esta le asignó el juzgador, al paso que en la hipótesis de violación indirecta el recurrente desconoce la realidad probatoria que el fallo admite y debe demostrar el quebranto del precepto legal como consecuencia de error de derecho o de hecho que aparezca ostensible en los autos". (Sent. 1o septiembre de 1983, M.P. Dr. Reyes Echandía).

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. En firme, devuélvase el expediente a la oficina 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

JUEZ DE PENA \ COMPETENCIA

El legislador dispuso que transitoriamente y en tanto los juzgados de ejecución de penas 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.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Col: 7931

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 134 - nov.4/92

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

VISTOS

Corresponde a la Corte, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 68-5 del C. de P.P. dirimir la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juez 39 Penal del Circuito de Medellín y el Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), dentro de la causa que se siguió a Ambrosio Sánchez y en la cual fuera condenado a dieciséis años de prisión como responsable del delito de homicidio en María de los Angeles Montoya.

Ya ejecutoriada la sentencia, el procesado solicitó al Juzgado Penal del Circuito de Medellín que profirió la sentencia, el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de acuerdo a los arts. 407 y 507 del C. de P.P.

El Juzgado 39 del Circuito de Medellín, no obstante que acepta que como antiguo juez 15 Superior profirió la sentencia de condena, se abstiene de conocer de la solicitud, aduciendo que los hechos ocurrieron en el municipio de Guarne,

hoy territorialmente perteneciente al Circuito de Rionegro (Antioquia) y al juez de dicho lugar remitió el expediente promoviendo colisión de competencias en el supuesto de que el funcionario no aceptara el conocimiento del proceso.

El señor Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro, con fundamento en lo dispuesto en el art. 15 transitorio del C. de P.P., consideró en bien fundamentada providencia que mientras entra en funciones el Juez de ejecución de penas, todas las decisiones que se refieran a la libertad del acusado y a la ejecución de la sentencia, corresponden al Juez que profirió la sentencia de primera instancia como lo dispone el C. de P.P. En consecuencia, no aceptó la competencia del señor Juez de Rionegro y remitió la actuación a la Corte para que sea dirimida la colisión.

SE CONSIDERA

No obstante que en el caso en examen, no se trata de una colisión donde se discuta la competencia para juzgar a Ambrosio Sánchez quien ya fue condenado en primera y segunda instancia, la Corte entiende que el art. 68-5 del C. de P.P. le otorga facultades para dirimir toda clase de conflictos que se susciten "...en asuntos de la jurisdicción ordinaria", contando entre ellos el incidente que ahora ocupa la atención de la Sala.

Pues bien:

El art. 75 del C. de P.P. atribuye competencia a los jueces de ejecución de penas, para decidir todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, encontrándose dentro de dichas facultades como es apenas lógico, la de decidir sobre la suspensión a la ejecución de la sentencia en los casos que señale la ley.

Pero, mientras se crean los cargos de Jueces de Ejecución de penas, sus funciones deben cumplirse por "...el juez que dictó la sentencia de primera instancia...", como con gran claridad y precisión lo señala el art. 15 transitorio del C. de P.P.

Y no existe duda que fue el Juzgado 15 Superior de Medellín, hoy convertido en Juzgado 39 Penal del Circuito el que dictó la sentencia de primera instancia y al cual por ello corresponde decidir todo lo relacionado con la ejecución de la sentencia, mientras entran en funcionamiento los jueces de ejecución de penas, sin que en nada interese que el hecho se hubiera cometido en territorio perteneciente hoy a otro Circuito, factor que tendría incidencia si se tratara de adelantar el juzgamiento, pero no para la ejecución de la sentencia en un proceso que ya tiene el carácter de cosa juzgada.

Ya en pasada ocasión y al decidir una colisión de competencias en un caso del todo análogo y donde también figura comprometido el señor Juez 39 Penal del

Circuito de Medellín, la Corte en auto del primero de octubre de 1992 y con ponencia del Honorable Magistrado Dr. Edgar Saavedra Rojas, expresó lo siguiente:

"... 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 en casos 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 petente 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 una 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...".

Como el juez que dictó la sentencia de primera instancia fue el 39 Penal del Circuito de Medellín, a dicho funcionario corresponde todo lo relativo a la ejecución de la sentencia, de acuerdo a claros preceptos legales como lo entendió con acierto y buen criterio jurídico el señor Juez del Circuito de Rionegro.

En consecuencia la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal, DIRIME la presente colisión de competencias, atribuyendo al Juez Treinta y Nueve Penal del Circuito de Medellín el conocimiento del presente asunto y a él se le remitirá el expediente.

Comuníquese esta decisión al señor Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro.

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

DEMANDA DE CASACION \ CASACION \ PRUEBA \ MINISTERIO PUBLICO \ FALSEDAD EN DOCUMENTO

El nuevo Código de Procedimiento Penal permite la formulación de cargos excluyentes, que cuando estos se presentan por separado y de manera subsidiaria, de suerte que el principio de contradicción sigue rigiendo el recurso, en cuanto no es permitido que dentro de un mismo cargo existan planteamientos incompatibles, ya que esto impide la necesaria claridad y precisión sobre la verdadera inconformidad del recurrente.

En el trámite del recurso de Casación no hay período probatorio, ni traslado para replicar el concepto del Ministerio Público.

Falsificar un escrito privado sin aptitud probatoria es un comportamiento atípico y por lo tanto no puede generar ninguna consecuencia penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6487

Contra: German González y Otro

Delito: Falsedad

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 131 octubre 28 de 1992

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

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados Germán González Regalado y Luis Primitivo Ortíz Nieto, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual les impuso pena de dieciocho (18) meses de prisión y las accesorias de la ley como coautores responsables del delito de falsedad en documento privado.

HECHOS

Fueron resumidos por el Tribunal en los siguientes términos:

"Se denunciaron por Esther Medina Grajales y se remiten a que, mediante poder por ella conferido a González Regalado, quien para entonces era su cónyuge, este, por contrato suscrito el 21 de febrero de 1986, prometió en venta a Luis Ortíz Nieto un predio ubicado en el Barrio Fontibón de esta ciudad, por el precio de 23 millones de pesos, promesas que, al decir de la denunciante, por incumplimiento del promitente comprador no se elevó a escritura pública; respecto a ese predio, el 12 de agosto de 1986 se presentó ante el Departamento Administrativo de Planeación Distrital una solicitud de consulta previa para urbanizar, documento en el cual se consigna que la propietaria del bien es la señora Medina Grajales, pero su firma fue falsificada; posteriormente se adelantaron los trámites necesarios para obtener la aprobación por el Departamento, sin que, por motivos diversos, especialmente la ubicación del terreno en cercanías del Aeropuerto El Dorado, la entidad oficial hubiese accedido a la petición formulada".

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Cuarenta y Tres de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá inició el proceso penal, con fundamento en la denuncia presentada por la señora Medina Grajales quien acusó a Germán Regalado y Luis Ortíz Nieto de ser responsables de un delito contra la fe pública.

El juzgado instructor vinculó al proceso a los acusados mediante indagatoria; recibió testimonio al arquitecto Ernesto Angulo García, quien manifestó que los dos sujetos acudieron a su oficina solicitando orientación relacionada con los trámites que debían adelantar ante Planeación Distrital para elevar consulta sobre la posibilidad de urbanizar unos terrenos situados en inmediaciones del Aeropuerto El Dorado. Aclara que el original del documento de solicitud previa llegó a su

oficina y fue recibido por su secretaria, pero posteriormente se lo entregó a Germán González Regalado para que lo hiciera firmar por la propietaria de los terrenos que se pretendían urbanizar. La secretaria de este profesional Rosmery Vásquez corrobora la versión de su jefe.

Obra en autos el dictamen grafológico practicado al documento falso en que concluyen los peritos que la firma colocada en la solicitud previa no corresponde a la letra de la señora Medina Grajales y que esta fue producto de una "creación simulativa". Además la prueba técnica demuestra que la firma estampada en el documento tampoco fue realizada por los procesados.

El juez instructor mediante auto de noviembre 2 de 1989 dictó resolución acusatoria contra los implicados, correspondiendo la etapa de la causa al Juzgado dieciséis Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

Una vez celebrada la audiencia pública el Juzgado del conocimiento profirió sentencia condenatoria por el delito de falsedad en documento privado, sosteniendo que por vía indiciaria queda plenamente demostrada la responsabilidad penal de los procesados como coautores del delito de falsedad, porque "solo a ellos les interesaba la consecución por tales medios de una licencia de Planeación Distrital para entrar de lleno o sin obstáculos a urbanizar el predio, previa venta de los consiguientes lotes".

Apelada la anterior sentencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá la confirmó en consideración a que indudablemente se falsificó un documento privado con aptitud de prueba y se hizo uso de él, en la medida en que se presentó ante el Departamento de Planeación.

En relación con la responsabilidad de los procesados, el Tribunal afirmó que, "no obstante el dictamen grafológico no los compromete, deriva del hecho demostrado de haber sido aquellos quienes iniciaron los trámites ante el departamento de planeación con el propósito de obtener autorización para urbanizar, situación que los mismos han aceptado en sus injuradas". Concluye que nadie más que los acusados tenían interés en presentar el formulario de consulta previa, y que por tanto, en falsificar aún como agentes determinantes la firma de Esther Medina, como en efecto ocurrió. Agrega que el arquitecto García Angulo y su secretaria han afirmado categóricamente que el original del formulario se le entregó a González Regalado para que lo hiciera firmar de la propietaria, lo cual constituye un indicio grave contra los sentenciados, que unido al anterior, resultan suficientes para dictar sentencia condenatoria.

Demanda

El defensor de los procesados invoca la causal primera, cuerpo segundo del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal anterior, para censurar el fallo

impugnado por violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la apreciación de la prueba documental aportada al proceso, la que impugna para rechazar la estimación probatoria que le confirió el fallador de segunda instancia.

Fundamenta el cargo en que se estimó erradamente el documento privado tachado de falso, que obra en fotocopia sin legítima autenticación.

Pretende demostrar que se violó indirectamente el artículo 221 del Código Penal, por error de derecho en la apreciación de la prueba documental aportada como eje principal de la investigación, "allegada y valorada" con clarísima violación de los artículos 29, 83 y 85 de la Constitución Nacional en concordancia con las siguientes normas probatorias: arts. 246, 247, 248 y 281 del C. de P.P., entregadas según el art.12 ibídem a los art. 254 y 268 ordinal 3 del C. de P.C.

Luego de transcribir un pronunciamiento de la Corte sobre la descripción del delito de falsedad en documento privado en el nuevo Código Penal, plantea los siguientes argumentos:

El documento "arbitrariamente" allegado al proceso como prueba fundamental no solamente "no fue falsificado" por los demandantes en casación como lo prueba la experticia grafológica, sino que ninguna prueba arrimada al proceso demuestra que los usaron, y además el supuesto documento es inocuo.

Transcribe jurisprudencia de la Corte, para concluir luego, que el documento materia del proceso penal no tenía ningún valor probatorio según las exigencias del artículo 221 del Código Penal para acreditar la propiedad del inmueble "sobre el cual simplemente se consultaba la viabilidad de una posible urbanización". La prueba plena de la propiedad inmobiliaria es la escritura debidamente registrada, prueba que se allegó a los autos para demostrar que no existió mutación de la verdad y que el escrito de marras en ningún momento viene a demostrar la propiedad del inmueble.

Afirma que el formato fue mutilado para presentarlo en fotocopia ilegalmente autenticada sin fecha y sin tener el original a la vista. El Jefe de la División Jurídica de Planeación Distrital informa que en el expediente administrativo existen copias de la escritura. El jefe de la unidad de Desarrollo Urbanístico de esa entidad aclara que la consulta previa y su respuesta no genera derechos y no tiene valor probatorio y menos aún sobre inmuebles.

Agrega que "no puede hablarse de una supuesta falsificación..., cuando según el dictamen grafológico, dice que no imitó la firma de la denunciante, sino que se anotó su nombre" sin tratar de imitar su autógrafo. (fl. 46 cdo. 2).

Afirma que si la consulta es para obtener respuesta sobre la posibilidad de urbanizar, en manera alguna puede generar perjuicios ni morales ni materiales,

menos aún cuando los procesados figuran como propietarios: González Regalado, según la matrícula inmobiliaria y Ortíz Nieto como prometente comprador, por lo que resulta ilegal la condena de perjuicios que contrarió normas legales y la jurisprudencia citada al iniciar la demanda.

Sostiene que si el original se perdió en la dependencia oficial, mal podía iniciarse investigación con una fotocopia ilegal, sobre la cual se fundamenta la sentencia impugnada.

Del análisis de las normas presuntamente violadas concluye: al documento ilegalmente aportado al proceso "se le concedió valor que no corresponde"; esa copia no autenticada debidamente, "no puede conducir al juez a la certeza del hecho punible" sino que por el contrario, se está demostrando que no existió y que el papel supuestamente autenticado no tiene valor procesal; "*In Dubio Pro Reo*": si existió alguna duda sobre los procesados, respecto de la autoría de la falsificación en el documento ilegalmente aportado al proceso, esa duda quedó superada por el peritazgo grafológico unido a la inocuidad del documento.

Aduce que se ha violado el derecho constitucional fundamental consagrado en el art. 29 de la C.N., en concordancia con el art. 85 ibídem y se ha olvidado que en actuaciones de la administración de justicia "prevalecerá el derecho sustancial".

Las conclusiones son del siguiente tenor:

"Al valorar erradamente el documento allegado al expediente.... para demostrar que 'se falsificó un documento privado con aptitud de prueba y se hizo uso de él', se infringió el artículo 221 del C.P., se violó indirectamente esta norma sustancial, a través del error de derecho en la apreciación de la prueba, otorgándole un valor de plena prueba, que condujo al juzgado de segunda instancia a la certeza del hecho punible, que no tuvo existencia en el proceso".

Finalmente pide que se case la sentencia impugnada y en su lugar se profiera fallo absolutorio en favor de sus patrocinados.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que el demandante incurre en los siguientes errores de técnica en la presentación y desarrollo de "los cargos", lo que impide el estudio de fondo de la cuestión planteada.

Advierte que el casacionista orienta el ataque por errada valoración en la estimación de las pruebas allegadas al proceso, principalmente el documento falsificado y la prueba pericial, en la cual los técnicos manifiestan que los procesados no estamparon la firma en el certificado de solicitud previa.

El planteamiento de la censura, carece de perspectivas de éxito, pues los documentos y la prueba pericial al igual que todos los medios probatorios admitidos por el derecho penal colombiano, no están sometidos al régimen tarifario de valoración y por consiguiente el Juez puede apreciarlos razonablemente de acuerdo con los principios de la sana crítica, como ocurrió en este caso.

Estima que no puede aceptarse un planteamiento de tal naturaleza, ya que el censor se limita a manifestar su inconformidad frente al valor que le dieron los jueces a los medios de convicción que reposan en el plenario, "desconociendo que este debate se agota en las instancias y que los juzgadores están facultados para valorar las pruebas sin someterse a ninguna tarifa legal".

Los desaciertos de la demanda se tornan más ostensibles cuando el casacionista sostiene "en el primer cargo que el Tribunal incurrió en error de derecho por falso juicio de convicción", sustentándolo en que se admitió y confirió valor a una prueba irregularmente allegada al proceso, es decir, que se le dio validez a un documento que reposa en fotocopia simple y autenticado sin fecha y por una autoridad administrativa.

Por el delegado es evidente que el demandante plantea un falso juicio de convicción, pero desarrolla el cargo argumentando que los jueces incurrieron en un error de aducción o falso juicio de legalidad, inaceptable desacierto técnico al plantear error de derecho en un sentido y desarrollarlo apoyándose en una especie distinta, aunque ambos hagan parte de la misma categoría de error.

Afirma que el casacionista incurre en una serie de contradicciones que hacen más incomprensible e incoherente su planteamiento, pues "luego de haber manifestado en el primer cargo que el documento de solicitud previa presentado ante planeación fue irregularmente aducido al proceso, y por consiguiente no existe ni tiene validez jurídica, en el segundo asevera que el certificado es inocuo, con lo cual reconoce ahora que sí existe, pero el juez lo valoró equivocadamente, reconociéndole efectos jurídicos."

Agrega que de esta manera ignora el censor que si jurídicamente no existe en el proceso el documento, imposible resulta afirmar que se le haya otorgado valor probatorio, pues una prueba sin validez jurídica, no resiste a la vez el doble cargo de que haya sido apreciada en forma falsa o equivocada.

Incurre en otro yerro cuando manifiesta en "los cargos tercero y cuarto que 'no existe' en el proceso ninguna prueba en la cual se demuestre que el certificado de solicitud previa presentado a planeación tenga 'valor probatorio' o que los procesados 'usaron' ese documento". Aseveran que en este aspecto la confusión del censor es más evidente porque "parece desviar el sentido de la argumentación hacia el error de hecho por falso juicio de identidad", pues en su criterio el sentenciador está suponiendo una prueba que en el proceso no existe. Pero aún

aceptando en gracia de discusión que lo que cuestiona son las conclusiones a las que llega el Tribunal frente a estos puntos (valor probatorio del documento allegado a Planeación y uso del mismo), tampoco prosperaría el cargo, porque en el Código actual rige la libre apreciación y no puede aceptarse un error de derecho por falso juicio de convicción como el que se plantea en la demanda.

En el "último cargo" insiste en criticar la valoración que se le dio al dictamen grafológico, porque este a su juicio demuestra la no autoría del delito. En este punto reitera que los jueces, teniendo en cuenta una cadena indiciaria, concluyeron en que los recurrentes eran responsables como determinadores del delito contra la fe pública, no como autores materiales, y de esta manera al dictamen grafológico no se le dio valor, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, lo que resulta correcto y no genera error de ninguna naturaleza.

Finalmente considera que se incurre en error al citar el art. 29 de la C.N. como norma violada, ya que al invocar esta disposición debió plantear el cargo como nulidad y no como violación indirecta de la ley sustancial.

Solicita el Procurador "desechar los cargos formulados" y por ende no casar el fallo impugnado.

Consideraciones de la Sala

1o. Se observa que la demanda no es correcta en cuanto a la presentación y desarrollo del error de derecho que aduce por las siguientes razones: a) Estima el casacionista que "a través del error de derecho en la apreciación de la prueba, otorgándole un valor de plena prueba...condujo al juzgador de 2a. instancia a la certeza del hecho punible, que no tuvo existencia en el proceso."

Es evidente que el impugnante orienta el ataque por errada valoración de la prueba allegada al proceso, concretamente respecto del documento falsificado y la prueba pericial de grafología en la que los técnicos manifiestan que la firma que aparece en el certificado de solicitud previa no fue estampada por los procesados.

La censura así planteada pertenece al ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción, reproche que no tiene la posibilidad de prosperar, pues como es sabido las pruebas se valoran de acuerdo con la sana crítica y por lo tanto no están sujetas a tarifa legal.

Sin embargo es importante destacar, que el yerro a que se refiere el actor, no consiste en que el fallador le diera valor de plena prueba a determinado medio probatorio creyendo erróneamente que así lo dispone la ley, lo cual constituye un verdadero falso juicio de convicción, que necesariamente tendría que ser considerado en casación, sino que la inconformidad del demandante radica en que se le dio

validez jurídica a un documento que reposa en el expediente en fotocopia simple y autenticado sin fecha y por una autoridad administrativa, sobre el cual no era posible ordenar el peritazgo de grafología.

El desacierto técnico de la demanda salta a la vista, pues el censor plantea un falso juicio de convicción, cargo que desarrolla aduciendo que los falladores incurrieron en un error de aducción o falso juicio de legalidad, el cual es otra especie del error de derecho, que como bien lo señala el Ministerio Público guarda múltiples diferencias con el error enunciado como fundamento del ataque.

En casación no es posible, plantear un error de derecho en un sentido y desarrollarlo en una especie distinta, porque ello implica una inaceptable contradicción que hace que la censura no pueda prosperar.

El nuevo Código de Procedimiento Penal permite la formulación de cargos excluyentes, pero cuando estos se presentan por separado y de manera subsidiaria, de suerte que el principio de contradicción sigue rigiendo el recurso, en cuanto no es permitido que dentro de un mismo cargo existan planteamientos incompatibles, ya que esto impide la necesaria claridad y precisión sobre la verdadera inconformidad del recurrente.

b) De otra parte, luego de haber manifestado que el documento -solicitud previa presentada ante Planeación Distrital- fue irregularmente aducido al proceso, y que por consiguiente no existe ni tiene validez jurídica, a renglón seguido asevera que el certificado es "inocuo", con lo cual reconoce que sí existe, pero que el fallador lo valoró equivocadamente reconociéndole efectos jurídicos.

Le asiste razón al señor Procurador cuando sostiene que el demandante "ignora que si jurídicamente no existe en el proceso cierta prueba - en este caso el documento-, imposible resulta afirmar que se le haya otorgado valor probatorio, pues una prueba sin validez jurídica, no resiste a la vez el doble cargo de que se le haya apreciado en forma falsa o equivocada".

c) La confusión del censor lo lleva a incurrir en otros yerros, cuando afirma que "no existe" en el proceso ninguna prueba con la cual se demuestre que el certificado de solicitud previa presentado ante Planeación fue falsificado, ni que los procesados "usaron" este documento. Es evidente como lo señala la Delegada, que el libelista desvía el sentido de la argumentación hacia el error de hecho, pues en su criterio el sentenciador está suponiendo una prueba que no existe. Pero si se aceptara, en gracia de discusión, que lo que cuestiona son las conclusiones a las que llega el Tribunal frente a la valoración probatoria del documento entregado en Planeación y el uso del mismo, tampoco prosperaría el cargo, porque atendiendo al Código de Procedimiento Penal, artículo 254 (antes 253) las pruebas se deben apreciar en conjunto de acuerdo con la sana crítica, es decir no existe tarifa legal,

simación que impide que respecto de la prueba documental a que se refiere el actor no se pueda afirmar válidamente que "se concedió valor que no corresponde", pues como acaba de verse, la ley no le establece ningún valor y esa labor la dejó a criterio del sentenciador.

d) La crítica que hace el censor respecto de la valoración que se le dio al dictamen grafológico, que en su sentir demuestra categóricamente la no autoría del delito de falsedad, ya que esta prueba técnica indica que los procesados no colocaron su letra en el documento de solicitud previa, resulta desatinada, pues los falladores de instancia concluyeron que los recurrentes fueron determinadores del delito, no autores materiales, que es lo que podría descartarse con apoyo en el dictamen. En estas condiciones es claro que la prueba fue correctamente apreciada.

e) La ilegalidad de la condena en perjuicios a que alude el casacionista no guarda ninguna relación con el cargo formulado, y no pasa de ser una simple afirmación sin ningún desarrollo, lo que no es admisible en casación.

2o. El procesado Germán González Regalado, presentó ante esta Corporación tres memoriales:

a) En el primero deja a consideración de la Corte "Motivos surgidos con posterioridad a la investigación", acusa la sentencia de la inobservancia del debido proceso, "derecho *fundamental* amparado por la *Acción de Tutela*" y presenta anexos.

b) En el segundo solicita que sea rechazado el concepto del Ministerio Público, y reitera la violación del debido proceso.

c) En el último solicita la nulidad de todo el proceso y anexa fotocopia de una providencia en la que se impone a su denunciante medida de aseguramiento por el delito de falsedad personal.

Ante estos memoriales, la Sala recuerda que en el trámite del recurso de casación no hay período probatorio, ni traslado para replicar el concepto del Ministerio Público. En cuanto a las presuntas nulidades originadas en las instancias, su formulación debe hacerse por el abogado en la demanda de casación, no en escritos presentados por fuera del término para sustentar la impugnación.

3o Al margen de las consideraciones expuestas sobre la antitécnica demanda, la Sala estima que procede hacer de oficio el siguiente análisis:

a) A la investigación se aportó una fotocopia de un formulario de solicitud de consulta previa, supuestamente suscrito por la señora Esther Medina Grajales, con nota de autenticación según la cual dicha fotocopia fue tomada de su original.

b) No existe en la fotocopia constancia alguna que permita inferir que la firma falsa de la señora Medina Grajales hubiera sido autenticada y el original del documento nunca se aportó al proceso porque no fue encontrado.

c) Según la comunicación de agosto 5 de 1987 dirigida a los acusados Germán González Regalado y Luis Ortíz Nieto, por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital (folio 207 cuaderno No. 2), la consulta previa "es un acto Administrativo, por medio del cual se le informa al interesado las normas que rigen, a nivel general, sobre determinado sector, acto que está sujeto en su vigencia al cambio de las normas generales que rigen para el área, de tal manera que si existen cambios en éstas, igualmente se generan cambios en aquella, si las pretensiones del interesado no se han cristalizado en la aprobación del anteproyecto ajustado a derecho por esta Entidad".

d) El estudio grafotécnico dio como resultado que la firma analizada "...es producto de una creación simulativa, o sea realizar el nombre de la persona sin tratar de imitar su autógrafo".

Es evidente que el formulario utilizado para solicitar la información sobre los requisitos exigidos para urbanizar no tiene aptitud probatoria. Es un escrito probado sin autenticar que no podía tomarse como prueba absolutamente de nada. Con él no se acreditan la propiedad del inmueble ni sus características, y la respuesta obtenida no tiene poder vinculante, es simplemente una ilustración sobre el tema.

Quien pide la información no queda obligado a urbanizar ni adquiere con el Departamento de Planeación compromiso alguno, de tal forma que si la firma impuesta en el formulario no corresponde realmente a la del propietario, en nada lo afecta. Es un servicio que esa dependencia oficial presta a los interesados en saber qué se requiere para obtener la autorización para construir en un determinado sector en la ciudad, interés que en el caso que nos ocupa sirvió como hecho indicador de que los procesados fueron determinadores de la creación simulativa de la firma. Ellos habían podido hacer esa misma petición a nombre propio, con mayor razón si ya tenían una promesa de compraventa suscrita, pero como en el formulario dice "firma del propietario" optaron por escribir el nombre de la señora, y luego concientes de que no han debido proceder así, resolvieron negar.

El artículo 221 del Código Penal dice:

"Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años".

El ingrediente normativo constituido con la expresión "que pueda servir de prueba" permite inferir sin lugar a duda que falsificar un escrito privado sin aptitud probatoria es un comportamiento atípico y por lo tanto no puede generar ninguna consecuencia penal, de modo que en el caso que nos ocupa los juzgadores de instancia incurrieron en un error. No sólo no advirtieron la atipicidad, sino que pasaron por alto que además era una falsificación inocua, como la califica el defensor en su antitécnica demanda.

La Constitución Nacional, en el inciso 2o. del artículo 29, señala como derecho fundamental que, "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". Esta disposición consagra el principio de legalidad, que en relación al delito se viola cuando se condena a una persona por una conducta atípica, como ocurrió en este proceso seguido contra Germán González Regalado y Luis Primitivo Ortíz Nieto.

Como el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal faculta a la Corte para, de oficio "casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales", así se procederá, dictando en su reemplazo fallo absolutorio en favor de los dos implicados.

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

RESUELVE

CASAR la sentencia condenatoria impugnada y en su lugar ABSOLVER a los procesados Germán González Regalado y Luis Primitivo Ortíz Nieto, por los hechos objeto de este proceso.

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

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

CONCURSO \ PRINCIPIO NOM BIS IN IDEM \ PECULADO POR APROPIACION \ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

Cuando se consuma delito contra la administración pública y contra la salubridad pública, el concurso ("formal" o "ideal", como acostumbra denominarlo la doctrina) surge de manera nítida: con una misma acción se infringen dos disposiciones, en forma alguna puede conducir a idéntica tipicidad. En estos casos la acción única se desdobla al poner efectivamente en peligro o afectar más de un bien jurídico protegido. Entonces así se esté en presencia de una "identidad de acto", no se vulnera el principio de nem bis in idem.

La condena al procesado a la interdicción de derechos y funciones públicas en el delito de peculado por apropiación debe ser impuesta como pena principal concurrente con la privativa de la libertad, como lo dispone el artículo 133 inciso 2. Código Penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7424 Segunda instancia

Dr. Luis Flavio Bastidas Bedoya

Aprobado acta No. 131 de oct. 28/92

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*

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

Por apelación revisa la Sala la sentencia de 25 de febrero de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó al doctor Luis Flavio Bastidas Bedoya, ex-juez 16 de Instrucción Criminal de Mocoa (Putumayo), a cinco (5) años de prisión y multa de $ 20.000.00 en favor del Tesoro Nacional, por los delitos de peculado por apropiación y tráfico de sustancias aptas para el procesamiento de narcóticos.

Antecedentes

1. *Los hechos.*

a) El 19 de abril de 1986 una patrulla de la Policía Nacional, al mando del Subteniente Juan Gabriel Leal Preciado, Comandante de la Subestación de Policía de la Hormiga (Putumayo), incautó en la Inspección Intendencial de la Dorada, 276 bultos de soda cáustica y 3 ó 4 canecas o tambores de acetona, que se hallaban en una caja bajo el cuidado de Rosemberg Peña Anturi, sustancias que fueron llevadas, junto con el retenido, a la referida Subestación, que puso el caso a disposición de la Séptima Compañía Antinarcóticos, concretamente a órdenes del comandante de la Sección IV, Subteniente Geovanny Leonardo Serrano Robles, quien a su vez colocó el asunto a disposición de la justicia penal, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Mocoa.

Dicho Juzgado abrió investigación el 23 de ese mismo mes y comisionó por 30 días al Juzgado de Instrucción Criminal de Mocoa -reparto-, que era el 16, a cargo del doctor Luis Flavio Bastidas Bedoya, que al día siguiente avocó directamente el conocimiento del sumario (en inspección judicial practicada posteriormente se hizo constar que quizás no hubo en este caso reparto porque el referido juzgado 16 "debía procesos" o "tenía deuda" con el grupo No. 10, o sea "el que corresponde a estupefacientes con detenido" -fls. 172-1), señalando que oportunamente se fijaría hora y fecha para llevar a cabo "la diligencia de inspección judicial, reconocimiento, pesaje, análisis y toma de muestras y destrucción de remanente", ordenada por el Juzgado comitente. (fls. 411-2).

Se oyó al imputado Peña Anturi en indagatoria y el 28 se ordenó al Comandante de la Subestación de la Hormiga, poner a disposición la sustancia incautada, a fin de cumplir con la referida diligencia, "una vez se hayan obtenido los resultados por parte del Instituto de medicina Legal o Consejo Nacional de Estupefacientes" (fls. 412).

El 29 se dictó auto de detención respecto del sindicado Peña Anturi por infracción a la ley 30 de 1986 y el 8 de mayo se libró oficio al Consejo Nacional de Estupefacientes, poniendo a su disposición la sustancia (fls. cit), fijándose para

el día 14, a partir de las 10 de la mañana, la realización de la diligencia de "reconocimiento y toma de muestras", con fundamento en la Resolución No. 0386 de esa misma fecha, por medio de la cual el Director Seccional de Instrucción Criminal de Pasto (Nariño), autorizó al Juzgado para dicho efecto (fls. 190-1), dándole un término de 3 días de permanencia en La Hormiga, y de 2 días en Pasto, a fin de entregar en esta última localidad las muestras y remitirlas al Instituto de Medicina Legal para el peritaje de rigor. Para esa comisión el Juez designó como Secretario Ad-hoc a Gustavo Antonio Ceballos, Escribiente de ese Juzgado.

Ya en la Subestación de La Hormiga, se hizo la diligencia -según su encabezamiento- de "inspección judicial, reconocimiento, toma de muestras, análisis y destrucción de una sustancia y pesaje" (fls. 310-2), la que arrojó resultados positivos para soda caústica y acetona. Antes de cerrar la diligencia y por orden del juez Batidas Bedoya, que regresó de almorzar con el Subteniente Serrano Robles, según declaró luego el secretario Ceballos Ceballos, se anotó: "seguidamente se procede a la destrucción de las dos sustancias, las que por seguridad serán destruidas fuera del perímetro urbano de La Hormiga, ante frecuentes anónimos de amenazas recibidos" (fls. 311-2). Esta diligencia aparece suscrita por el Juez Bastidas Bedoya, los peritos Julio Rojas y Albeiro Orozco, el Personero Municipal Marco Sergio Yelof, el sindicado Peña Anturi, Alfonso Morales (conductor del vehículo en que se transportó el Juez, de Mocoa a La Hormiga) como apoderado de aquel, el Subteniente Serrano Robles y el Secretario Ceballos Ceballos.

Aproximadamente a las 3 de la tarde el Subteniente Serrano Robles y el Juez Bastidas Bedoya ordenaron cargar parte de la sustancia incautada (183 bultos de soda caústica y 2 canecas de acetona) en un camión, a cuyo conductor, Eusebio Sánchez, le dijo el mencionado oficial que la sustancia iba a ser transportada hasta la población de El Tigre, distante de la Hormiga 4 ó 5 kilómetros, y que el Juez iba a escoltar ese cargamento, contratándose ese servicio por la suma de $ 10.000.00. Afirmó el referido conductor que Serrano Robles le ordenó decir "que era (el transporte de la sustancia) con destino a Mocoa, pero que la descargara en El Tigre".

Así, la marcha emprendió, viajando el juez y el secretario en el campero de Alfonso Morales, que pasó al camión y lo esperó en El Tigre, lugar en el cual habló el juez con Morales, manifestándole "que fuera a descargar que ya sabían dónde iban a descargar", haciéndole entonces desviar por una trocha en compañía de dos personas, quienes, ya en el sitio indicado colaboraron en el descargue de la sustancia, cancelándole la suma ya dicha más $ 15.000.00. El juez Bastidas Bedoya, siguió rumbo a Mocoa, y al día siguiente arribó a la ciudad de Pasto con las muestras tomadas, las que se remitieron al Instituto de Medicina Legal de Santafé de Bogotá, y que dieron resultado positivo para soda caústica y acetona (fls. 312 y 419-2 y 141-1).

El 19 del citado mes, el Comandante del 5o. Distrito de Policía, Capitán José Miguel Suárez Contreras, ofició al Juez Bastidas Bedoya indagando por el lugar

donde se encontraba la sustancia que se había transportado de la Hormiga hacia el Tigre, con miras a prestar la vigilancia del caso. Ese mismo día el Juzgado recibió el oficio, dejándose constancia de que "el señor Juez y el Secretario se encuentran en Sibundoy cumpliendo una comisión" (fls. 419-2). Al día siguiente se recibió del Consejo Nacional de Estupefacientes la autorización (firmada por el entonces Ministro de Justicia, doctor Enrique Parejo González, en su condición de presidente de dicho organismo) para destruir la sustancia (fls. 319 y 421-2).

Los días 16 y 26, aparecen varias constancias y autos del juzgado 16, referidas a la "búsqueda" de la sustancia para lo cual se trasladó a El Tigre. Se lee en unas y otros que telefónicamente el juez se comunicó con el Subteniente Serrano Robles pretendiendo establecer el sitio donde se encontraba esa sustancia, y que finalmente, el día 27, el mencionado Oficial de la Policía envió una volqueta conducida por Jaime Burbano Vallejo, vehículo en el cual se trasladaron el juez y el secretario hasta el sitio -dicen ambos que indicado por Serrano Robles- donde se encontró "una sustancia a orillas de la carretera frente a una casa de habitación a la intemperie y descubierto en su mayor parte.." (constancia del secretario Ceballos Ceballos a fls. 423-1), dictando entonces el juez Bastidas Bedoya el siguiente auto: "Conforme a la nota secretarial y en vista de que en realidad se ha constatado que la sustancia se encuentra regada en la zona donde fue encontrada y a lo largo de la carretera dispone: Trasladar los bultos que quedan en mejores condiciones hacia el Municipio de La Hormiga ante el Comando Policial, en el vehículo que proporcionó el Comandante para esa diligencia".

Así, en la Subestación de La Hormiga se entregó dicha sustancia a Serrano Robles, con la constancia de que "la sustancia trasladada desde el lugar por él indicado, es la misma indicada por la persona que él indicara"; ante lo cual el juez resolvió: "Habiéndose conformado la entrega de la sustancia que fue trasladada a este Municipio de la Hormiga y ante el Comandante de la tercera Sección Antinarcóticos y de acuerdo a lo observado por este Despacho en las respectivas constancias, de la forma y existencia en que fue encontrada la susodicha sustancia, se procede a regresar el Juzgado hacia su sede para proceder de conformidad" (fls. 423).

El mismo día 27 se profirió auto fijando fecha para la destrucción de la sustancia (Fls.138-1), pero a continuación se hace constar por parte del Juez y Secretario que esa diligencia no se pudo realizar, ya que el competente para ello es el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal radicado en Pasto, especializado.

El Juzgado comitente le solicitó entonces el proceso al Juzgado 16 y comisionó para la citada diligencia al referido Juzgado Tercero Especializado, que el 11 de junio, en un sitio ubicado a un kilómetro de La Hormiga, destruyó la sustancia, que fue identificada del siguiente modo: "noventa y cuatro bultos, con un peso aproximado a cincuenta kilos envueltos en papel de empaque, recubiertos con bolsas de polietileno, arrumados en forma separada; ochenta bultos de fibra

sintética color negro y dos tambores de cincuenta galones cada uno totalmente llenos de un líquido transparente y ligeramente volátil..." (fls. 140 y ss-1).

. Respecto de las muestras tomadas en esa diligencia de 11 de junio, el dictamen médico-legal dijo "las noventa muestras con sustancia blanca", corresponden a carbonatos, lo mismo que las "nueve muestras de sustancia habana petrés" y que "la muestra de sustancia morada" (fls.142). En cuanto a los "cuatro frascos recibidos", el dictamen precisó que contenían agua.

El Subteniente Juan Gabriel Leal Preciado, Comandante de la Subestación de Policía de La Hormiga, dijo que el 27 de mayo, "a eso de las 7 de la noche, el mismo juez doctor Luis Flavio Bastidas, llegó a la Subestación con un camión el cual contenía cuatro canecas las cuales no contenían acetona sino gasolina con agua y unas bolsas que no eran bultos sino medios bultos..." (fls. 373-2).

También es de anotar aquí que alrededor de las 4 de la tarde de dicho día 27, el Juez Bastidas Bedoya compareció ante el Inspector de Policía de El Tigre, señor José Joaquín Merino López, y le solicitó que le diera una constancia del siguiente tenor -que, dice, fue mecanografiado por el Secretario del Juzgado-: "Que la sustancia era transportada de la población de La Hormiga hacia El Tigre con el fin de practicar la correspondiente diligencia de destrucción por parte del Juzgado 16 de Instrucción Criminal, por motivos de fallas mecánicas del vehículo tuvo que ser encargada (sic) en el solar delantero de una casa de habitación en las afueras de esta población hasta que fuera regresada a La Hormiga, y que tal sustancia no ha pasado de la población del Tigre con dirección a Santana o Orito" (fls. 313-2, 35-1 y 11-4).

Mediante auto de 23 de junio de 1987 se calificó por primera vez el sumario contra Peña Anturi con sobreseimiento temporal (fls. 142 y ss); posteriormente se hizo la segunda calificación ordenándose cesar procedimiento (fls. 435 y ss-2).

b) Ante el extravío de los 102 bultos de soda cáustica y de las dos canecas de acetona, el capitán Suárez C. se reunió con el Intendente del Putumayo, resolviendo entonces el primero dar cuenta a la Procuraduría Seccional, que adelantó la investigación correspondiente, y por medio de Resolución No. 002 de 10 de febrero de 1988 (fls. 84 y ss-1) solicitó sanción disciplinaria contra el doctor Bastidas Bedoya. El Tribunal, por sentencia de 26 de mayo de dicho año (fls. 91 y ss-1), sancionó con destitución al mencionado funcionario. Por su parte, el Subteniente Serrano Robles fue separado definitivamente de la Policía. Aparte de este hecho, le figuraban dos acusaciones más: una por concusión, y otra por haber incautado el 31 de mayo de 1986, 350 gramos de cocaína, y "no haber informado de este hecho a los superiores respectivos" (fls. 210, 295 y 533-2 y cuaderno No. 4).

En la ya citada sentencia disciplinaria el Tribunal dispuso la compulsa del caso para los efectos penales, iniciándose entonces la investigación respectiva, en la cual el acusado Bastidas Bedoya rindió indagatoria y se practicaron otras pruebas;

el sumario fue calificado con resolución acusatoria por los delitos de peculado por apropiación y tráfico de sustancias aptas para el procesamiento de narcóticos, según los artículos 133 del C.P. y 43 de la ley 30 de 1986 (auto de noviembre 29/ 90 -fls. 593 y ss-2). Salvó el voto el doctor Ramón Cerón Silva -ponente inicial- quien sostuvo, al igual que en la sentencia, que el encausamiento debía hacerse por peculado culposo.

Los argumentos centrales de la acusación pueden resumirse del siguiente modo:

-No estaba el Juez autorizado ni comisionado para destruir la sustancia, sino únicamente para tomar muestras de ella.

-No sometió el asunto a reparto.

-El Secretario Ad-hoc, Ceballos Ceballos dice que Bastidas Bedoya luego de regresar de almorzar con el Subteniente Serrano Robles, dio la orden de suspender la diligencia, consignando que la sustancia iba a ser destruida fuera de La Hormiga;

Cargó el camión con el dicho Oficial de la Policía, y al conductor del vehículo, Eusebio Sánchez, le dijo que se desviara de la carretera, indicándole por dónde se iban a descargar los insumos.

-Dictó al Inspector de El Tigre una constancia (fls.314-2) en la que dice que la sustancia no pudo ser llevada a esa población para der destruida, "por motivos de fallas mecánicas del vehículo que la transportaba" y que "tuvo que ser cargada en el solar delantero de una casa de habitación en las afueras de esta población, hasta que fuere regresada a La Hormiga, y que tal sustancia no ha pasado de la población del Tigre con dirección a Santa Ana u Orito".

-No es cierto que hayan existido amenazas, para que la sustancia fuera sacada de La Hormiga.

-Todo deja ver, pues, que el procesado desde el comienzo se puso de acuerdo con el Subteniente para apropiarse de la sustancia y traficar con la misma.

Llevada adelante la causa, se dictó sentencia en armonía con esos cargos, condenándose al doctor Luis Flavio Bastidas Bedoya a la pena principal de 5 años de prisión y multa de $ 20.000.00 y a la accesoria de la interdicción de derechos y funciones públicas. Para tasar la sanción se consideró que la sustancia objeto de apropiación (102 bultos y 140 galones de acetona) vale $ 650.000.00 (fols. 937 y ss).

2.- Razones del recurso:

En el memorial sustentatorio de la apelación, el defensor sostiene que "en el peor de los casos la condena procedería por peculado culposo", pues, en primer

término, el tráfico previsto en el artículo 43 de la ley 30 es inexistente, pues en ejercicio de su función de Juez, el procesado no podía tener la sustancia de manera ilegal, como lo exige la norma. "Sería un contrasentido -dice-, un absurdo legal, señalar que el incriminado haya tenido ilegalmente los elementos que por su autoridad judicial se pusieron a su disposición, y sobre los que se adelantaron en cumplimiento de la comisión impartida" (fls.1009-3), agregando que si de tráfico se tratara, las disposiciones pertinentes serían los artículos 32 y 33 de la ley 30, y no el 43 ibídem.

Argumenta que el fallo "supone la apropiación por parte del acusado Bastidas Bedoya, y además que es muy discutible que la sustancia pertenezca al Estado Colombiano. "Si se habla de una disponibilidad por parte del ex-juez debe analizarse que ese traslado de parte de la sustancia incautada, que se hizo de La Hormiga a El Tigre, se hizo por la sugerencia del uniformado Geovanny Serrano Robles, Jefe de Antinarcóticos de esa Estación de Policía, que no por decisión o determinación judicial, pues ella no aparece probada en el proceso...", acotando renglones adelante que "las meras manifestaciones en el teatro de los acontecimientos, como una suspensión de la diligencia, como almorzar con el uniformado en conflicto que, dicho sea de paso, no fue *solos*, ya que con ellos se encontraba el Agente de la Policía Nacional que custodiaba al T. Serrano Robles, y, quien no pudo declarar en el proceso, que hubiera sido ideal, pese a los esfuerzos que se hicieron; el viajar en el camión hasta el Tigre, porque no hay otra carretera, sin ánimos ni prevenciones, *no constituye prueba incriminatoria* para condenar al ex-juez Bastidas Bedoya, y para utilizar los términos de la sentencia condenatoria, '*eso nada significa*' (subrayados míos)" -fls. 1012.

Dice que se tenga en cuenta que el acusado tomó las muestras y las remitió al Instituto de Medicina Legal, por intermedio de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Pasto, muestras que dieron resultados positivos, lo que se opone a la "intención desde el principio de cometer el delito" según palabras del fallo. "Cómo puede ser posible -dice- que un incriminado como el ex-juez Bastidas Bedoya, reconocida su inteligencia y capacidad para construir una armazón que solo apunta al delito, fuera a cometer el insignificante error que, para el ponente, 'nada significa', de que pudiendo *destruir* la prueba que lo condenaría posteriormente, la entregaría a sus futuros juzgadores? (fls. 1013), argumentado, además, que si esa era su intención no tenía por qué haber acudido a la colaboración del subteniente, pudiendo cometer el ilícito él solo".

En fin, predica que no existe certeza conforme a lo exigido por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual solicita "reponer" el fallo para en su lugar condenar al acusado por el delito de peculado culposo. "En subsidio", apela.

El Tribunal negó la reposición, por improcedente (art. 199 C.P.P.) y concedió la apelación.

3. *Concepto de la Delegada.*

Dice en primer término el Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que el procesado sí cometió peculado por apropiación, ya que "violó su deber funcional y la obligación que tenía para con la administración pública al disponer de las sustancias a su cuidado en la forma como lo hizo", según indicios tales como haber ordenado la suspensión de la diligencia el 14 de mayo, haber acompañado al camión que llevaba la sustancia, y decirle a su conductor que "ya sabe dónde lo van a descargar", haber desaparecido las sustancias, no haber hecho reparto del proceso en comisión, "con posterioridad buscó ocultar lo sucedido, pidiendo al Inspector de Policía que le certificara un hecho no presenciado por tal empleado oficial, relativo al camión varado en la vía". "Este conjunto de datos de prueba -anota la Delegada- recogidos en los autos, revela con solidez que el Juez se prestó para que las sustancias se entregaran a personas particulares, eludiendo la destrucción de las mismas como se decía en las actas" (fls. 16).

Más adelante señala que "el sólo permitir que un tercero reciba ilegalmente los bienes conforma una lesión a la corrección de la función de administrarlos o custodiarlos, que se expresa con la fórmula de la apropiación del bien. El contenido de la prohibición es la que no se pueden tener bienes del Estado contra legem, so pena de que se considere un acto de apropiación penal como ofensa a la administración pública. De manera que la Delegada estima correcto decir que el Juez sindicado se apropió de bienes particulares, incautados, que tenía bajo su custodia en virtud de la ley penal sobre la materia, y con ello afectó la corrección y eficacia de la administración en esa función de disponer de tales bienes materiales".

En seguida opina que ese hecho no concurre con el tráfico de las sustancias precursoras, pues se está en presencia de una "identidad de acto", que al sancionarse doblemente violaría el principio del nom bis in idem. "En efecto -dice-, se tiene un acto de apropiación que conlleva la tenencia, mirando el fin del autor, que es entregar los bienes o materias primas a un tercero, que es igualmente elemento material de la descripción típica de peculado por apropiación, por lo cual ya el valor del acto está insumido (sic) en el tipo penal incriminado bajo el nombre de peculado por apropiación -art. 133 C.P. Más aún, mirando el resultado de la conducta, se tiene que igualmente se identifican en los dos tipos, como que apropiarse en favor de un tercero implica el desplazamiento de las sustancias que se tienen al poder de un tercero, con lo cual se desdobla lo unitario en dos si se hace la imputación penal de tener los insumos o de traficar con ellos para lograr que lleguen a un tercero".

Dice que no es creíble la versión del procesado de que fue engañado por el Subteniente Serrano Robles, según la prueba indicante atrás reseñada. "Todos estos interrogantes -finaliza- unidos al hecho de que las sustancias precursoras jamás aparecieron en su totalidad y a todas las pruebas aportadas dentro del investigativo llevan a esta Delegada a tener la plena certeza, que el doctor Bastidas Bedoya en su condición de Juez, incurrió en el delito de peculado por apropiación".

Pide, pues, confirmar el fallo por ese delito y revocarlo en cuanto al otro, por el que demanda absolución.

SE CONSIDERA

1. El mismo 23 de abril de 1986 -fecha del auto mediante el cual el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Mocoa abrió la investigación y comisionó- el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de dicha ciudad recibió el sumario, y al día siguiente el Juez, doctor Flavio Bastidas Bedoya, avocó el conocimiento del mismo y ordenó que se cumpliera la comisión.

Viene -por así decirlo, en orden cronólogico- el primer indicio referido a la responsabilidad del Juez por los punibles materia de la acusación y de la condena: dicho asunto no fue sometido a reparto, como ha debido hacerlo. Si bien es cierto que en inspección judicial que se practicó al "libro de reparto" respectivo, se halló constancia de que ese Juzgado -al igual que el 5o. de instrucción- "tenía deuda" respecto de procesos "de estupefacientes con detenido", y de que el secretario titular del Juzgado 16 informó que "cuando el otro Juzgado se encontraba en comisión" el de reparto asumía directamente el conocimiento, no resulta de todos modos nada claro ese comportamiento, especialmente si se le liga al cortejo de hechos que le siguieron y que también caminan en contra de la inocencia del procesado Bastidas Bedoya.

2.- También resulta claro que el Juzgado 16, al menos en la inicial diligencia del 14 de mayo, no estaba facultado ni podía llevar a cabo *la destrucción* de la sustancia incautada a Rosemberg Peña Anturi (267 bultos de soda caústica y 3 ó 4 canecas de acetona). Empero, el juez, luego de regresar del almuerzo, en compañía del Subteniente de la Policía y Comandante de Antinarcóticos, Geovanny Leonardo Serrano Robles, dispuso -y así quedó consignado en el acta correspondiente- que "seguidamente" se procediera a destruir los insumos, en un lugar fuera de la Hormiga, Municipio en el que se realizaba la diligencia. Además, el Subteniente Juan Gabriel Leal Preciado, Comandante de la Subestación de Policía de ese Municipio, dice que el juez reiteró que la sustancia iba a ser destruida en Mocoa, mientras que el secretario Ad-hoc, Ceballos Ceballos, dijo: "Una vez regresó ya me dio la orden de que se terminara la diligencia y que eso iba a ser destruido en El Tigre. Me hago una pregunta: Si esto no hubiera ocurrido así, por qué razón el Teniente Robles (sic) le hacía entrega de la sustancia" (fls. 299-2).

No tiene por qué no darse credibilidad a dichos testigos, y con mayor incidencia comprometedora aún, a Eusebio Sánchez, quien, arribando a La Hormiga con su camión, fue abordado por Serrano Robles, persona que concreta y directamente lo contrató para que transportara parte de la sustancia (183 bultos y 2 canecas de acetona) a la población de El Tigre, no obstante advirtiéndole que dijera que el destino de la misma era Mocoa.

Prosigue la cadena de acontecimientos que finalmente vienen a revelar que el Juez y el Subteniente actuaron de común acuerdo en cumplimiento de un plan: el Juez, doctor Bastidas Bedoya, pese a haber sostenido que "entregó" o "depositó" la sustancia en manos de la Policía (y específicamente del mencionado Oficial), se pone al frente del traslado de los insumos, prácticamente escoltando al camión que los llevaba (como repite el Juzgador a quo en el fallo recurrido), al cual adelantó en la carretera y esperó en El Tigre, hablando con el conductor Sánchez (lo declaró este y el Secretario Ceballos Ceballos), *a fin de darles las últimas instrucciones*, como era el sitio donde debía descargarse la sustancia. ¿Ante semejante actuar, cómo alegar luego inocencia y presentarse "engañado" por Serrano Robles?.

Y después, cuando ya las autoridades de policía, concretamente el Capitán José Miguel Suárez Contreras, indagaban por el lugar donde estaba la sustancia, empieza a mostrar "afán" por ese "extravío" de los insumos, llegando el día 27 de mayo a El Tigre, para "dictar" al Secretario la constancia que firmó el Inspector José Joaquín Merino López, en el sentido *falaz* de que el 14 de dicho mes el automotor que transportaba la soda caústica y la acetona *se había varado*. "Sobra decir -dice el fallo apelado- que el automotor no se varó, pero la constancia serviría para alegar que no se pudo continuar el viaje, que se vieron obligados a descargar los insumos en algún lugar del camino para recogerlos luego, sin poder hacerlo por haber desaparecido" (fls.944-3). En verdad, esa deducción del juzgador de primer grado se exhibe lógica, no solo con el comportamiento *anterior* del Juez, *sino con el subsiguiente*: la "búsqueda" apremiante de los insumos y luego el hallazgo (no menos accidentado, como se desprende de las múltiples constancias y autos) de éstos, en una zona (contornos de El Tigre) que coincidía con "la varada" del camión que transportó la sustancia esa tarde del 14 de mayo.

Esta parte que se subraya revela de modo muy claro *el dolo* (art. 36 C. P.), que presidió y acompañó todo el referido comportamiento del procesado Bastidas Bedoya, y excluye, por supuesto, una negligencia o imprudencia (culpa, art. 37 ibídem), que es la que el recurrente predica de su representado.

Ahora bien: el hecho cierto -planteado como vital en la sustentación de la alzada- de que bastidas Bedoya haya tomado las muestras respectivas, que las haya remitido desde la ciudad de Pasto para el peritaje forense de rigor, y que éste haya arrojado resultados positivos para sustancias precursoras de estupefacientes, no debilita en nada los predicados que se vienen haciendo en relación con el compromiso penal del acusado, porque ese hecho hablaría a su favor si la acusación consistiera en que Serrano Robles y el Juez actuaron para ayudar al dueño o poseedor de los insumos (cambiando las muestras por otras inidóneas frente a la ley 30 de 1986), mas no si su conducta estuvo encaminada a apropiarse y/o traficar con aquéllos, que es lo que la presente realidad procesal refleja.

Por esta razón, porque el ex-juez Bastidas Bedoya no pretendía ocultar o sustraer las sustancias decomisadas para favorecer al acusado de su tenencia, no

tiene, en el caso sub-examine, ninguna aplicación el artículo 39 de la ley 30 de 1986, que consagra varias hipótesis delictivas, imputables todas al "funcionario, empleado público o trabajador oficial encargado de investigar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el presente estatuto", que mediante cualquiera de ellas pretenda favorecerlos. No era ésta, repítese, la intención del ex-funcionario, y por ello su comportamiento no se adecua a este tipo penal.

Entonces no se acomoda a la verdad del proceso la afirmación del recurrente de que el Tribunal "supuso" que el procesado *se apropió* de los insumos. El doctor Bastidas Bedoya no viajó *con* el camión hacia el Tigre "sin ánimos ni prevenciones", como lo sostiene el apelante, *sino obedeciendo a un plan preconcebido y cumpliendo un rol primordial en punto al resultado propuesto, como se acaba de ver.*

3.- En cuanto a la tipificación del comportamiento desplegado por el doctor Bastidas Bedoya, del mismo modo se está de acuerdo con la que trae la sentencia.

Dicho funcionario, cumpliendo su voluntad, se apoderó de bienes que por razón de sus funciones tenía la obligación de administrar, y con esta acción consumó el delito de peculado (art.133 del C.P.).

Pero, además, como el ex-juez sabía que al sacar de la órbita oficial dichos bienes y colocarlos bajo su personal disposición, violaba también otra norma legal (artículo 43 de la ley 30 de 1986), por tratarse de elementos que sirven "para el procesamiento de cocaína" es legal y justo que responda por las dos infracciones, sin que ello implique, como lo sostiene la Delegada, violación al principio del nom bis in idem.

En efecto. Al exfuncionario no se le está condenando dos veces por el mismo hecho, porque ninguna de las dos imputaciones que se le hacen recoge en su totalidad la conducta objeto de juzgamiento: el peculado, sólo comprende la apropiación de bienes "cuya administración o custodia se le había confiado por razón de sus funciones", independientemente de la naturaleza de dichos bienes; y la violación de la ley 30 de 1986, se presenta, porque el mismo exfuncionario tuvo ilegalmente en su poder elementos que sirven "para el procesamiento de cocaína", sin consideración alguna a la manera como tales sustancias llegaron a sus manos.

Bien se puede cometer peculado sin violar la ley 30 de 1986, y posible es igualmente infringir esta ley sin atentar contra la administración pública.

Pero cuando se decide quebrantar estas dos normas legales (que protegen intereses jurídicos distintos), como lo hizo el procesado, se debe responder por ambas infracciones, sin que ello produzca el doble juzgamiento por un mismo hecho, porque, repítese, la conducta global que se juzga, no queda comprendida por ninguna de las disposiciones vulneradas individualmente consideradas, siendo preciso, por tanto, aplicar las dos para que el juzgamiento sea completo.

En un primer momento, la apropiación de la sustancia, tipificó la figura de peculado prevista en el artículo 133 del Código Penal, ya que esos insumos, a partir de la diligencia de 14 de mayo, entraron a la esfera de custodia y salvaguarda del entonces juez, quien, para ese momento, tenía a su disposición (no podría apropiarse de lo que no tuviera a su disposición) ese bien de modo *legal*, en razón de sus funciones.

La *ilegalidad* comienza cuando el funcionario, sabiendo la relación que tenía con respecto a los insumos, *materializa la intención* de apropiarse de los mismos, trasladándolos finalmente a las afueras de la población de El Tigre, para que allí pudieran ser tomados por otras personas.

Ahí consumó el acusado el mencionado delito contra la administración pública; y *ahí también* consumó el atentado contra otro bien jurídico: el de la salubridad pública, específicamente el tipificado en el artículo 43 de la ley 30 de 1986, que prevé el tráfico de sustancias aptas para el procesamiento de narcóticos. El concurso ("formal" o "ideal", como acostumbra denominarlo la doctrina) surge así de esa manera nítida: con una misma acción (en ésta se está de acuerdo con la Delegada) infringió esas dos disposiciones, que es uno de los supuestos así textualmente consagrado en el artículo 26 del Código Penal: en forma alguna puede conducir a idéntica tipicidad que el objeto de apropiación sea de "libre" tenencia y/o tráfico a que aquél se encuentre en ese sentido "prohibido", como lo hace aquí la citada ley 30 en lo que atañe a esas sustancias precursoras. En estos casos la acción única se desdobla, jurídicamente hablando, al poner efectivamente en peligro o afectar más de un bien jurídico protegido. Entonces -para replicar a la delegada-, así se esté en presencia de una "identidad de acto", no se vulnera el principio del non bis in idem. Muchos ejemplos son los que, con los mismos efectos concursales aquí deducidos, pueden traerse.

El Tribunal condenó al procesado a la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de duración de la pena de prisión, pero con carácter de sanción accesoria, no obstante que el artículo 133, inciso 2o., del Código Penal la prevé como principal con un mínimo de dos años y un máximo de diez. Se corregirá este yerro y en consecuencia al ex-juez Bastidas Bedoya se le impondrá, como pena principal concurrente con la privativa de la libertad, la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de tres (3) años, teniendo encuenta que se le condena por un concurso delictual (artículos 26 y 27 C.P.).

Con esa modificación, entonces, se confirmará el proveído impugnado.

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

RESUELVE

1. Modificar el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en el sentido de imponer como principal, no como accesoria, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, por el término de tres (3) años.

2. Confirmar 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.*
Salvo mi voto

Rafael Cortés Garnica
Secretario

PECULADO \ TIPICIDAD
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Referencia: Segunda instancia No. 7424

Delito: Peculado y otro.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Para no razonar por mi cuenta, entiendo correcta la imputación de condena del Juez Bastidas Bedoya por el delito tipo peculado. Ciertamente es de convenir que el acusado se apropió de objetos incautados que en virtud de la ley penal tenía bajo su custodia, atentando de esta guisa contra el bien-interés penalmente resguardado en este arquetipo de conductas. Tengo resistencia, sin embargo, para admitir, junto con el punible de peculado, la concreción del comportamiento pergeñado en el artículo 43 de la Ley 30 de 1986. Estamparé, a seguida las razones de mi disentimiento:

a.- Los elementos sobre los cuales recayó la acción antijurídica del autor y que sirven para el procesamiento de cocaína o de cualquier droga que produzca dependencia -bienes que soportan la acción constitutiva del injusto- constituyen, sin duda alguna, el objeto material de la acción peculadora.

b.- Por punto general dichos bienes por tener carácter corporal son susceptibles de traslado de un lugar ad quo a un lugar ad quem. Aún así siguen siendo las cosas sobre las que se produce el delito y sobre las cuales recae la actividad material del culpable. Por ello, mas que obvia es la tenencia de la sustancia prohibida en manos del sujeto por constituir el objeto concreto de la acción desaprobada. Por cierto que la ley no especifica la manera como los bienes llegan a manos del agente. Empero, es del todo erróneo querer contemplar tal accionar, ya enjuiciado penalmente, como determinante de un nuevo título penal por la simple consideración de que su posesión está prohibida por la ley.

c.- De la identidad del acto y la materialización del hecho sobre un mismo objeto no pueden desprenderse consecuencias penales distintas a la de reprimir una sola y única conducta. La apropiación embebe la mera tenencia de las cosas apropiadas. En estos supuestos la acción persecutoria de la ley no tiene razón de ser. La prohibición del bis in idem se erige de manera rotunda y categórica.

d.- El delito de peculado realiza en su propia mesmedad la totalidad del hecho prohibido o, en otras palabras, expresa con características de suficiencia y exactitud el disvalor de la conducta criminosa, esto es, -como ocurre en el acto sub examen- la apropiación de aquellos bienes ilícitos incautados por el Estado y dejados al alcance de los poderes funcionarios del actor. Una imputación diferente por este mismo hecho no es sino una repetición de conductas y sanciones que causa el natural agravio al procesado al juzgarlo y penarlo dos veces por el mismo hecho. Como atrás se dijo.

e.- Diferente sería el supuesto del sujeto activo que decide ejecutar un nuevo comportamiento -distinto en todo caso de la acción punible de apropiación, en que consiste el peculado- como podría ser el comerciar con los objetos materia de la conducta, pese a su tráfico prohibido pues al hacerlo se estaría frente a otro acto criminoso, lo que presupone una figura concursal de delitos.

f.- Ahora bien, no aporta nada a la discusión el afirmar que "..bien se puede cometer peculado sin violar la ley 30 de 1986 y posible es igualmente infringir esta norma sin atentar contra la administración pública..." como argumento para sustentar el deslinde de ambas infracciones, pues lo propio se puede predicar de todos los tipos del Código Penal, salvo los subordinados, como, vulga el ejemplo, no necesariamente el que comete hurto causa un daño en bien ajeno y viceversa. De seguir por este camino, se desembocará necesariamente en un sui generis criterio judicial que rebasando la interpretación estricta del derecho penal, modifica normativamente el tipo, al dividirlo en dos especies: el peculado simple, que sería el cometido sobre bienes legales y el cualificado, realizado sobre objetos ilegales, aparte de adquirir una nueva connotación el fenómeno concursal al hacerlo partícipe de una repetición del mundo fenomenológico y, por ende, del jurídico.

g.- Por estas razones no logro entender a derechas cómo esos elementos precursores -objetos materiales del delito de peculado por apropiación- puedan coetáneamente servir de plataforma para imputar la comisión de un nuevo delito solamente porque el sujeto de la acción se apodera de unas sustancias que están al margen de la ley punitiva. Mi sentido crítico de las cosas no alcanza a comprender cómo por recaer el injusto sobre unas notas compositivas que al mismo tiempo hacen parte de la construcción dogmática de otro delito, resulte jurídicamente viable atribuir al agente, la comisión de un ilícito diferente, me es imposible asimilar esto con demasiada rapidez.

Una vez más puedo estar equivocado. Así y todo entiéndase que el mío es un criterio que en mal trazadas líneas expone su propia verdad frente a la verdad de la mayoría. Sigue siendo una gran conquista el derecho a discrepar.

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra

IMPEDIMENTO \ RECUSACION

El impedimento es la manifestación expresada en forma espontánea e inequívoca del juez o magistrado de separarse del conocimiento de un asunto que le haya sido repartido, por considerar que se da una o algunas de las causales señaladas en la ley impedientes.

La recusación es la manifestación clara e inequívoca de una de las partes ante el silencio del funcionario frente a la causal impediente que en su sentir se da en el proceso, para separarlo de su conocimiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Recusación No. 7948

Contra: Claudio García B.

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 134-XI-4/92

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

VISTOS

El defensor del procesado de la referencia invitó a la respectiva Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá a

declararse impedida para conocer de esta causa, con fundamento en la causal 6a. del artículo 103 del C. de P.P. por "haber participado en el proceso".

El Magistrado sustanciador, Dr. Julio Socha Salamanca, al entender que se estaba en presencia de una recusación, proyectó rechazándola y enviando la actuación a la Corte para la decisión del incidente.

Como los restantes integrantes de la Sala no aceptaron su planteamiento, declarándose impedidos, envía la actuación para lo de ley, siendo el caso de decidir de plano lo correspondiente.

Consideraciones de la Corte

Ciertamente no hay, en el presente caso, incidente alguno de competencia por dilucidar. En efecto, la Corte ha sostenido en forma reiterada -y no hay razón legal para modificar el criterio- que aún cuando las causales de recusación son las mismas de impedimento, aquélla y éste son incidentes procesales perfectamente diferentes y diferenciables, pues mientras el impedimento es la manifestación expresada en forma espontánea e inequívoca del juez o magistrado de separarse del conocimiento de un asunto que le haya sido repartido, por considerar que se da una o algunas de las causales señaladas en la ley como impedientes, la recusación es la manifestación igualmente clara e inequívoca de una de las partes ante el silencio del funcionario frente a la causal impediente que en su sentir se da en el proceso, para separarlo de su conocimiento. No es posible, entonces, un término medio que permita a las partes "pulsar la opinión impediente del funcionario", invitándolo a hacer dicha declaración a manera de consejo o sugerencia.

Si la parte procesal está convencida de la existencia de una causal que impida conocer al funcionario del proceso, ante el silencio que guarda éste, lo lógico es que expresamente lo recuse. (Ver autos de enero 22/82 y marzo 4/82).

Tampoco hay lugar a pronunciamiento alguno respecto del impedimento presentado por los dos magistrados restantes de la Sala, pues no ha surgido incidente toda vez que se desconoce la opinión de la Sala que se integre con el magistrado no impedido.

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

Resuelve

Abstenerse de decidir el incidente sobre la supuesta recusación planteada. Vuelva, en consecuencia, el proceso 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 Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

INSPECCION JUDICIAL

La prueba de inspección judicial si bien es pieza probatoria de importancia, no puede constituirse en algo tan esencial que, de no darse, impida al fallador aprovechar otros elementos de comprobación que funden un criterio de responsabilidad penal del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6968. Casación

Contra: Diego Luis Arredondo G.

Delito: Homicidio Culposo

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado acta No. 133 Nov. 3/92

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

VISTOS

La sentencia de ocho de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, impone a Diego Luis Arredondo González (veintiocho meses -28- de prisión) como responsable de un delito de "homicidio culposo" en Misael Martínez.-

Impugnación y demanda fueron cursadas con plena legitimación procedimental (noviembre veintinueve de 1991 y febrero veintiocho de 1992).

HECHOS Y ACTUACIÓN JUDICIAL

Tuvieron ocurrencia el 28 de junio de 1983, horas de la noche, en la Avenida El Dorado, sitio próximo a las oficinas de la Registraduría Nacional del Estado Civil, lugar en el cual fue arrollado Misael Martínez, cuando alicorado se disponía a cruzar la calzada, por el vehículo (campero placas FS 5115) que conducía a exagerada velocidad Diego Luis Arredondo González, el mismo que huyó del sitio.

La investigación la asumió el Juzgado 22 de Instrucción Criminal, funcionario que dictara contra Arredondo, la medida de aseguramiento de detención preventiva, con beneficio de libertad provisional, en auto de cuatro de agosto del año citado en este apartado. Luego el Juzgado 22 de Instrucción Criminal, formuló la correspondiente resolución acusatoria. El Juzgado 18 Superior tramitó la causa, con la audiencia pública de rigor, y dictó sentencia de condena (julio 2/91), fallo integralmente confirmado por el Tribunal.

LA DEMANDA

Dos cargos determina ésta:

1.- El procesado no contó con una debida y exigible defensa, alegación que se apoya en la causal tercera del artículo 226 del C. de P.P., anterior.-

Quien se desempeñara en este papel, principalmente en el término sumarial "no desplegó la actividad....necesaria para solicitar y obtener la práctica de las pruebas para infirmar la hipótesis de cargo acerca de las circunstancias en que ocurrió el accidente, en apariencia por sus precarias condiciones de salud de que dan cuenta memoriales dirigidos al juez de la causa (flios 223, 298, 302), y no por una táctica de defensa preconcebida; en un estado morboso de negligencia causada por su enfermedad cerebral (ver referencia a "mi estado cerebral", en memorial de folio 223), y ello determinó que el fallador de segunda instancia diera por probada la culpa del encartado.

"En efecto prueba indispensable para la demostración de las circunstancias en que ocurrieron los hechos era la diligencia de inspección judicial, que hubiera permitido el examen del lugar exacto del impacto del vehículo con el cuerpo de la víctima, del lugar preciso donde finalmente quedó el cadáver en relación con el choque, del sitio donde se encontraban los acompañantes del accidentado en el momento en que tuvieron la primera noticia o impresión de la ocurrencia del accidente, respecto de ellos mismos y respecto del cuerpo ya sin vida, del lugar en donde se encontró por los agentes del DAS una pieza de adorno de la máquina conducida por Diego Luis, a partir de la cual había podido llegar el ad quem a deducciones contrarias de las que concluyó, y que consistieron en haber afirmado el exceso de velocidad, el arrastre de la víctima, la rápida desaparición del lugar, para luego reducirlas al esquema jurídico del abandono de los deberes de cuidado y moderación.

"Otra razón de la importancia y necesidad del medio probatorio de la inspección judicial, era que los principales elementos de convicción se reducían a algunos testimoniales vagos e imprecisos, que nada definieron del lugar relativo de la colisión; a la diligencia de levantamiento del cadáver y el croquis de tránsito, que solo podían establecer con precisión el punto de ubicación del cuerpo muerto, pero no de manera cierta aquel punto respecto del lugar del impacto, y el informe de los agentes del DAS, en el que de manera simplista se afirma que el vehículo conducido por Diego Luis Arredondo "se salió de la calzada por la huellas dejadas en el césped", sin tratar de demostrar lo que pretendió deducir, mediante la prueba de que el automotor del sindicado era el único que había transitado por allí, que se imponía máxime si se tiene en cuenta que la presencia de los sabuesos en el lugar de los acontecimientos se dio por lo menos unos siete días después. Afirmación que además fue acogida sin vacilación por el Honorable Tribunal Superior -Sala Penal, por una mala interpretación de lo verdaderamente sostenido en el informe acerca de haberse encontrado en el lugar de los hechos un bocel del automóvil, ya que el H. Tribunal al parecer da por confirmado que dicha pieza se encontró en el césped, y encuentra en esa aceptación respaldo a la hipótesis de la subida al césped, conclusión que habría negado de haberse llevado a cabo la diligencia mencionada".-

Esa prueba, que fue decretada por el juzgado pero que la defensa no requirió su práctica por motivos de salud pues llegó a indicar que se efectuara con abogado escogido de manera oficiosa, debió establecer el lugar exacto del impacto del vehículo con el cuerpo de la víctima; el lugar en donde ésta quedó; el lugar en donde estaban los compañeros del occiso; lugar en donde se encontró la pieza de adorno del vehículo y también si la huella advertida en el césped fue obra del automotor del procesado o se dio antes o después del suceso, por otros desconocidos aparatos.-

También se critica, y se le resta toda importancia, a los aspectos considerados en la sentencia (testimonios vagos e imprecisos, el croquis que solo ubicó el cuerpo de la víctima).-

2.- El fallo lo estima el censor como violatorio de la ley sustancial por vía indirecta, en el concepto de aplicación indebida de los arts. 2, 5, 35, 37, 40-1, 41, 50, 52, 68, 103, 105, 323, 329, 330, del C.P. y 247 del C.P.P., anterior.-

Esto indica que "no se podía dictar sentencia condenatoria por falta de la prueba conducente a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad penal, y falta de aplicación consecuencial del art. 248 del Código de Procedimiento Penal, determinado por apreciación probatoria errónea, por error de hecho manifiesto en las siguientes pruebas:

"a) Croquis del accidente levantado por el DATT".-

"b) Informe de las investigaciones adelantadas por el DAS".-

El exceso de velocidad aparece como una conclusión muy subjetiva del fallador, pues el hecho indicador no fue demostrado, ya que "para probar el arrastre y la salida del césped (hechos indicadores) era necesario fijar con precisión el punto de encuentro de vehículo y víctima, y respecto de ese sitio en que se produjo la colisión, no aparece constancia alguna en el expediente que alguien se lo hubiera señalado a los agentes del Datt o del Das, de manera que lo consignado en uno y otro documento debió ser objeto de unas más esmeradas consideraciones acerca de su credibilidad, de acuerdo con la reglas de la sana crítica".-

Los resultados advertidos en el cuerpo del occiso, también pueden ocasionarse con velocidades de 40 y 50 kms/hora, que no es una aceleración estimable como exagerada.-

Y menos resulta factor indiciario de velocidad la desaparición del vehículo pues la observación fue tan de instantes que impidió a los circunstantes "fijarse si aún se vislumbraba durante su alejamiento el automotor".-

Consideraciones de la Corte y de la Delegada Primera en lo Penal.

1.- La pasividad del defensor de confianza de Arredondo, así como la intrascendencia de los aspectos que aquél tocara cuando activó su intervención, es la característica que, a este respecto, pregona el censor. Y muy inteligentemente trata de señalar que ésto no fue actitud de un plan de defensa así preconcebido, sino debido primordialmente a sus condiciones de salud, puestas en evidencia en los escritos de fs. 223, 298 y 302.-

Con ésto el recurrente pretende salirle al paso a la respuesta, muy tradicional por cierto, de no poderse dar un rígido patrón de defensa y mirar, en múltiples casos, el silencio, la inercia, como aspectos válidos de un programa de asistencia y representación forenses.-

Pero esta cautelosa y bien dirigida alegación no puede lograr su cometido. En efecto, contra la sugestiva idea de los quebrantos de salud, cabe responder con dos hechos incontestables:

a).- Que la enfermedad, de haber sobrevenido con las características de gravedad que le supone el memorialista, se dio cuando ya el proceso estaba propiamente desarrollado en su etapa de sumario; y b).- Que la actividad desplegada por buen tiempo por el abogado no se compatibiliza con una inhabilitante dolencia, y, sus escritos, en un principio, no la revelan. Es así como los hechos se cumplieron en *junio de 1986*, y, la primera manifestación para rehuir la asistencia a la inspección judicial, y en la cual no se determina un motivo de esa señalada índole, lleva fecha de 16 de septiembre de 1986; la segunda, en donde todo se formaliza como una dificultad pasajera, ya es del 9 de agosto de 1989, produciéndose la tercera, la única que tiene un acento más comprometedor, en agosto 11 de ese mismo mes y año.-

Es dable entonces afirmar que entre 1986 y 1989, el defensor contó con todas sus capacidades físicas e intelectuales, período en el cual le fue factible realizar su compromiso de defensa, como mejor él lo entendiera y entendió, dentro de las más amplias posibilidades.-

La calma o inmovilidad de ese primer y fundamental defensor, tiene que ser calificada de consciente decisión de no tratar de modificar la favorable situación del procesado, dada la forma como ocurrieron los hechos y lo manejable de la prueba que se refería a Arredondo. Por eso no activó la práctica de la inspección judicial, ahora tan reclamada, porque sus resultados habrían despejado, en contra de su patrocinado, múltiples interpretaciones factibles de hacer mientras perdurase su omisión. No puede perderse de vista que ninguno de los acompañantes del occiso, pudo señalar en forma fehaciente las modalidades del suceso y, directamente, ninguno de ellos se atrevió a lanzar un testimonio responsabilizador. Por eso, la constante preocupación de ese censurado defensor, fue solicitar y obtener la expedición de copias, para mantenerse actualizado y advertir que el proceso respondía a la misma dificultada situación probatoria. Y, en algo concreto, procurar como al fin lo logró, la versión de otro de los compañeros de Arredondo, la noche de los sucesos, o sea, la del señor Carlos Mario Peláez C: -fs. 231-. Lo demás fue mantenerle el goce de su libertad y la recuperación del vehículo.-

Es muy explicable, pues, la posición de la defensa, que nunca le faltó al procesado, y de ahí que la misma no pueda ni resista una valoración como la que presenta la demanda, sino en sentido bien diferente.-

No es necesario agregar comentarios relativos a la etapa de la causa, en donde las alegaciones, por parte de otro defensor, se dieron en el exigible plano en que podían darse. La renuencia a asistir a una audiencia, no demerita la participación de ésta, pues lo primero tiene más de una explicación por fuera de no querer y no realizar una adecuada labor de defensa.-

El cargo se desestima.-

2.- En este punto, la delegada, con buen tino comenta que "Si bien el censor manifiesta que existe un error de hecho en la apreciación de las mencionadas probanzas (croquis elaborado por el DATT e informe de los agentes del DAS), al desarrollar el cargo no señala ninguna de las modalidades en que puede presentarse este error, las que doctrinaria y jurisprudencialmente se denominan: falso juicio de existencia por suposición, falso juicio de existencia por omisión y falso juicio de identidad. Pues se observa que el recurrente en ningún aparte de la demanda se ha referido a que las dos pruebas aludidas no existan y el fallador las supuso, como puede en manera alguna afirmarlo, o que se olvidó de considerarlas estando vertidas en el proceso o que se tomaron de manera diversa a su contenido material, como fuera tratándose de un error de hecho.-

"Pero además, falla la impugnación en casación, teniendo en cuenta que la demanda parece referirse a que *no se halla demostrado el hecho indicador* en relación con la distancia de arrastre del cuerpo de la víctima, que sirvió al sentenciador para inferir la velocidad alta a que conducía el automotor. Se dice que ningún testigo informó del sitio exacto del impacto y por ello no se tiene base alguna para indicar el arrastre. En realidad dos objeciones caben aquí: la primera, la de que el croquis del DATT y los informes documentales del DAS, llevan en sí la prueba de ese tema, pues se verificó una inspección por esas autoridades que son expertos en la materia, quienes concluyen que "por las huellas dejadas en el césped" y el hallazgo de una pieza de bocelería del automotor, de lo cual se debe admitir que, si bien no hay testigos sobre ello, sí hay datos fácticos que indican (la observación directa del sitio del accidente) ese sitio del impacto, y sobre el cual se basaron los peritos del DATT. La segunda, que no fue solamente ese aspecto el determinante de la sentencia condenatoria, pues el sentenciador igualmente tuvo en cuenta otros datos de prueba del proceso, como el de la gravedad de los traumatismos observados en el cuerpo de la víctima ("las múltiples fracturas que el occiso registró según el protocolo de necropsia en las piernas, tórax y cráneo..."), el fallador infiere "la violencia con que fue atropellado y de suyo....la excesiva velocidad....".- La impugnación discute este aspecto, y lo considera errado. Bastará recordar una simple fórmula física para ver cómo carece de razón lo criticado: la fuerza es igual a la masa multiplicada por la velocidad ($F = M \times V$), con lo que la fuerza de los destrozos indicarán una correlación matemática directamente proporcional entre la masa del automotor, y la velocidad que llevaba. Esto es usual en la práxis judicial como criterio empírico de experiencia, pero ciertamente que obedece a un criterio científico ineluctable, que la censura en casación olvida.-

"Lo que el impugnante hace es criticar la valoración dada por el sentenciador a las pruebas en cuestión, lo que viene a constituir la contraposición de su personal criterio a la estimación que de los medios probatorios hizo el juzgador, aspecto que no es de recibo en casación, porque en nuestro ordenamiento procesal penal no existe la tarifa legal de pruebas y al fallador se le da la libertad para apreciar los diferentes elementos de juicio dentro del marco de la sana crítica".-

La última alegación, cumplida al desgaire, constituye un simple enunciado, sin fundamentación jurídica ni fáctica, puesto que esto último lo hace depender de la presentación del cargo principal, ya refutado, lo cual da lugar a que si el presupuesto no resulta procedente, menos lo será la conclusión.-

Para comprender de una vez estos asertos, basta la transcripción siguiente de la demanda: "5. A la violación de las normas sustanciales se llegó porque no procedía la declaración de existencia del hecho punible, y por tanto igualmente no procedía condena, ya que era necesario declarar la duda en favor del procesado como lo manda el artículo 248 del estatuto procedimental".-

Finalizando esta serie de glosas, se anota además:

La prueba de inspección judicial si bien es pieza probatoria de importancia, no puede constituirse en algo tan esencial que, de no darse, impida al fallador aprovechar otros elementos de comprobación que funden un criterio de responsabilidad penal del procesado. Tendría que demostrarse, para lograr eficacia una crítica en este punto, el apartamiento de las reglas de la sana crítica o la inexistencia de los elementos de apoyo excogitados a ese fin. Y nada de ésto se da en autos.-

Para el juzgador la desmedida aceleración del vehículo conducido por Arredondo, en circunstancias que no permitían tal velocidad (de noche, con advertido cruce de personas en la vía y maniobra de invasión de terreno propio a la víctima, cuando existía paso suficiente por otra parte del mismo sector, etc.), fueron circunstancias suficientes para determinarse en la forma como lo hizo y que ahora se objeta en casación.-

Y para ésto tenía elementos adecuados que la Sala apenas si de ligerísima pasada los recuerda: fue tanta la velocidad que ni el propio Arredondo, sus acompañantes, ni los amigos de la víctima, tuvieron oportunidad de enterarse en forma de lo sucedido. Aquellos no saben si fue contra otro vehículo o contra una persona, el impacto; y para los segundos, todo fue de una fugacidad que no aciertan a precisar particularidades. El croquis censurado tiene gran valor pues fue levantado por expertos, conforme a visualizaciones e informaciones obtenidas en el lugar de los hechos. De ahí que el largo recorrido, entre el impacto y sitio en donde quedó el cadáver, tiene el mérito de inducir a una apreciación seria sobre la aceleración a la cual marchaba Arredondo. Es tan importante ese documento, que suple eficientemente la inspección judicial, que también se nutre de los mismos elementos de información procurados en la primera de esas actuaciones.-

Y el informe de los agentes del DAS, que deben tener ciertos rudimentos en el oficio, señala un doble rastro ("... hicimos una detenida inspección ocular del sector.... pudimos ver claramente que el vehículo causante de la tragedia se salió de la calzada por las huellas dejadas en el césped y se pudo apreciar que el cuerpo de la víctima fue arrastrado un trayecto de 10 a 15 metros y se encontró en este lugar una pieza de bocel parte delantera del automotor...."-fs.33-) revelador de la imprudente conducción del automotor por parte de Arredondo. Conviene destacar el testimonio del agente de tránsito González -fs. 156-, que participó en las primeras diligencias, confirma ese señalamiento, pues anota que el automotor "alcanzó a subirse al pasto".-

Además los destrozos sufridos por la víctima en su cuerpo, revelan lo juicioso de la deducción del juzgador, sin que sea contrargumento el que es posible que velocidades menores (40 a 50 kms./hora) también produzcan esos daños. Mas debe estarse por la primera de las conclusiones que por la segunda de las hipótesis, como

tampoco pueden establecer, creíblemente, que otro vehículo, en el colmo de las coincidencias y de los razonamientos forzados, pudo ser el causante (días antes o días después) de esos rastros o huellas.-

La rápida refacción del automotor (que incluso se dice que se ordenó de carácter total) demuestra el afán no solo de evitar la identificación del vehículo sino el de impedir que, sobre sus daños, se hiciera un estimativo de velocidad.-

Todo esto lleva a otorgarle, pues en el fondo es la cuestión que se plantea, mejor acogida al fundado juicio de reproche que formula la sentencia, que a las interpretaciones presentadas por el recurrente, el cual tiene necesidad de acudir no tanto a lo que se da en el expediente, como sí a lo que pudo resultar de una inspección judicial que, decretada, no fue factible realizar.-

La censura también se tiene por improcedente.-

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 origen, fecha 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 M.*

Rafael Torres Garnica
Secretario

COMPETENCIA \ JURADO \ HOMICIDIO TERRORISTA \ JUECES REGIONALES

"Convertida en ley del proceso la asignación de competencia es un conflicto de jurisdicciones, todos los jueces que con posterioridad a ella intervengan en él, deben respetarla, sujetándose a ella, salvo que surjan nuevos hechos que la modifiquen. Es el presupuesto de orden y de seriedad que garantiza el Estado a sus asociados, y la pauta de la organización jerárquica de la autoridad jurisdiccional que marca el mantenimiento en su prevalencia".

El Consejo Superior de la Judicatura se abstuvo de conformar las listas de jurados para los distintos circuitos judiciales, esto es dejó sin aplicación por excepción de inconstitucionalidad, las normas pertinentes del vigente Código de Procedimiento Penal, por cuanto es patente que los particulares no tienen la función de ser jurados.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión de competencias

Radicación No. 7886

Contra: Bayron Alberto Velásquez y otros.

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado acta No. 134 Nov. 4/92

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

VISTOS

Se pronuncia la Corte, de plano, sobre el conflicto de *competencia negativa* suscitada entre el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, y un Juzgado Regional de esta misma ciudad capital, dentro del proceso que por los delitos de *homicidio agravado* en la humanidad del entonces Ministro de Justicia, Dr. Rodrigo Lara Bonilla y de tentativa de homicidio agravado en sus escoltas Luis Arturo Buitrago Torres, Octavio Vega Baquero y Trino Peña, en concurso con otros ilícitos, se adelanta contra Bayron Alberto Velásquez Arenas y otros.

RESULTANDOS Y CONSIDERACIONES

1.- El doctor Rodrigo Lara Bonilla, para esa época Ministro de Justicia, el 30 de abril de 1984, en las primeras horas de la noche, se desplazaba en un vehículo automotor, rumbo a su residencia, ubicada en esta ciudad capital, seguido de sus escoltas. Y, aconteció que, a la altura de la calle 127 con carrera 41, una motocicleta, tripulada por dos individuos, se acercó al coche ministerial en forma veloz e inesperada, en tanto uno de éstos disparaba ráfagas de ametralladora sobre la parte posterior del automóvil, precisamente aquella donde se hallaba el alto funcionario. Fueron así múltiples las heridas recibidas por éste en el tórax y en el cráneo, por las que de manera instantánea le sobrevino la muerte. De inmediato, los agentes del DAS que lo acompañaban emprendieron la persecución de los asesinos y, éstos, cuadras más adelante, se accidentaron dada la rapidez con que huían y por el nerviosismo que debió ocasionarles los disparos que les hacían los agentes secretos. Fruto del accidente murió Iván Darío Guisado Alvarez, quien portaba la metralleta y sufrió ligeras heridas Bayron de Jesús Velásquez Arenas, conductor de la motocicleta.

Entre otras muchas personas vinculadas a la investigación, obran este Velásquez Arenas y Pablo Emilio Escobar Gaviria, sobre quienes recayó auto de proceder por el delito de homicidio, determinación sobre la que se interpuso recurso de apelación que, al ser desatado por el Tribunal Superior de Bogotá, comportó confirmación para el primero de los mencionados y sobreseimiento temporal para el segundo.

Cumplida la diligencia de audiencia pública, con intervención del jurado de conciencia, el juzgado del conocimiento declaró contraevidentes algunos de los veredictos y acogió otros, decisión esta que encontró confirmación en el Tribunal al conocer del asunto por la vía de la apelación.

Sorteado el jurado de conciencia, se inició la celebración de la audiencia pública el 6 de julio de 1988 y, luego de varias sesiones, el señor Agente del Ministerio Público leyó una comunicación del señor Procurador General de la

Nación, doctor Horacio Serpa Uribe, en la que informaba que los miembros del jurado habían sido seriamente amenazados, solicitándose en consecuencia su remoción. Ratificada como fue bajo la gravedad del juramento la citada comunicación, se procedió a decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó el sorteo de los jurados (septiembre 2 de 1988). Una vez se verificó nuevamente este acto, el juez intentó en varias oportunidades realizar la audiencia pública, pero fue imposible por variados inconvenientes. Entró entonces en vigencia el decreto 1861 de 1989 y, el Juzgado Primero Superior, dispuso en consecuencia que la audiencia se cumpliera sin la intervención del jurado de conciencia, decisión que fue recurrida en apelación y, fruto de la misma, revocada (auto de junio 19/89). Pero la audiencia tampoco se pudo llevar a cabo por la inasistencia reiterada de uno de los sorteados.

2.- Expedidos por el Gobierno Nacional los decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, el Juzgado Superior que venía conociendo del proceso, dispuso su remisión suscitando de una vez el conflicto a la entonces jurisdicción de Orden Público, por competencia, habiéndole correspondido por reparto al juez código 88, funcionario éste que por auto de febrero 27/91, la asumió, apuntalando su decisión en razones jurídicas de este tenor:

"I. De la competencia para el juzgamiento.

Una acertada conclusión sobre el punto al respecto debatido en este diligenciamiento, impone necesariamente la remisión a las normes que constituyeron el antecedente inmediato de la jurisdicción penal especial de orden público creada con el *Decreto 2790 de 1990* y disposiciones concordantes, concretamente a aquellas alusivas a la competencia para la investigación y juzgamiento de los que se han dado en denominar 'delitos contra los funcionarios públicos'.

Y el primer antecedente se halla entonces en el *Decreto 1631 de 1987*, con sujeción al cual cuando la conducta punible iba dirigida contra cualquiera de las personas enunciadas en los *numerales 1, 2 y 4 del artículo 102 y 2, 3 del 115* de la Constitución Política, le correspondía su conocimiento a los jueces de Orden Público que en esa misma preceptiva se les daba existencia jurídica.

Sin embargo el legislador sustrajo dicha competencia de la norma genérica del artículo 5o. del C. de P.P., al disponer en el *artículo 15* su aplicación a las infracciones cometidas a partir de su vigencia, que lo fue el 27 de agosto de 1987.

Posteriormente el *Decreto 181 de 1988*, asignó a los jueces en comento competencia para la investigación y juzgamiento de las figuras delictivas contenidas en el *Decreto 180* de la misma anualidad (entre ellas el homicidio con fines terroristas del *artículo 29*), así como del homicidio perpetrado en Ministro del Despacho, entre otros; competencia reiterada en el *Decreto 474* del año en referencia y sobre la cual clarificó la Corte Suprema de Justicia requería 'que el

delito cometido con el sujeto pasivo calificado lo haya sido precisamente en razón a su investidura' (auto febrero 24 de 1989).

Tales disposiciones mantienen la aplicabilidad hacia el futuro, reglándose en el *artículo 20* del último comentado el imperio de aquellas 'a los delitos cometidos *después* de su vigencia'.

De lo anterior fácilmente se deduce que a pesar de estarse tramitando en el proceso que antecede investigación por el violento fallecimiento del Ministro de Justicia, los decretos del estado de sitio no modificaron la competencia para la continuidad de aquella y por ende le correspondía efectivamente a la jurisdicción penal ordinaria proseguir la actuación.

Los *Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991* como es bien conocido unificaron los jueces especializados y de orden público, dando origen a su vez a una nueva jurisdicción a las que se atribuyó la investigación y juzgamiento entre otros, del homicidio cometido en sujeto pasivo cualificado y por razón de su investidura (*numeral 3. art. 9*) y del perpetrado con fines terroristas (*numeral 4 ib*) que anticipado sea confunde conceptualmente uno de los defensores.

Pero aquí a diferencia de lo que había sido reiterado criterio del legislador, se insistió expresamente en la aplicación *inmediata* de las normas alusivas a la competencia (*art. 5 del C.P.P.*), para consignarse entonces en el parágrafo del ya citado *artículo 9o.* lo siguiente:

'La competencia de los jueces de orden público comprenderá además el conocimiento de las actuaciones y procesos en curso por los hechos punibles atribuidos a ellos en este artículo, *cualquiera que sea la época en que hayan sido cometidos...*'

Pues bien, en el caso de autos sin lugar a dudas nos hallamos ante homicidio cometido en sujeto pasivo cualificado, esto es, un Ministro de Estado y por razón de dicha investidura, infracción que de acuerdo al numeral 3o. del *artículo 9o.* del *Decreto 2790 de 1990*, es de competencia de este despacho, sin que la fecha de comisión pueda argüirse para excluir aquella dada la previsión contenida en la norma parcialmente transcrita.

Ha de aclararse a fin de despejar las inquietudes de uno de los defensores, que no implica la atestada competencia una nueva calificación jurídica de las conductas punibles por las que se procede.

En efecto, una cosa es el homicidio como tipo penal básico del *artículo 323* del estatuto punitivo, que cuando recae -se repite-, en sujeto pasivo cualificado y se perpetra por razón de esa investidura de la víctima, se asigna en su investigación y juzgamiento a la jurisdicción de orden público; y otra muy distinta la figura

especial contenida en el *artículo 29* del *Decreto 180 de 1988*, que toma los elementos estructurales de aquel, complementándolos con un ingrediente subjetivo, consistente en una particular finalidad perseguida por el agente. De modo pues en síntesis, cuando se pregona la competencia de esta oficina se está reconociendo simplemente la configuración de ese primer supuesto determinante de aquella, y no la adecuación del actuar controvertido al modelo descriptivo contenido en el Estatuto para la defensa de la democracia.

De otra parte, muy acertadas las elucubraciones de los memorialistas acerca del principio de favorabilidad y su aplicación no solo a la ley penal sustantiva, sino también a la procesal de efectos sustanciales, también llamada doctrinariamente "bifuncional", mas tal planteamiento no tiene aquí cabida.

Ciertamente, la polémica acerca de la contradicción del principio constitucional de la favorabilidad y las disposiciones contenidas en los *artículos 40 de la ley 153 de 1987, 5o. del Código de Procedimiento Penal*, recogidos en el parágrafo del 9o. del *Decreto 2790 de 1990*, que establecen la aplicación inmediata y prevalente de las normas que fijan la jurisdicción y competencia, así como las relativas a la ritualidad y sustanciación del proceso, ha sido superada en la jurisprudencia y la doctrina.

En efecto, se ha considerado en opinión que hace suya el juzgado, que al menos cuando no afectan aspectos sustanciales, pueden considerarse como indiferentes o neutras, en cuanto no afectan de suyo el principio de favorabilidad (sent. Sala Plena, mayo 10 de 1984).

Por todo lo anterior se reafirma la competencia que le asiste a este despacho para asumir el conocimiento de la causa que antecede y por tanto no se acogerán las pretensiones que en sentido contrario han formulado los defensores.

2. Del procedimiento a impartir.

Cuestión también de trascendental interés en el expediente que precede lo constituye el dilucidamiento del procedimiento que consecuencialmente debe impartírsele para el agotamiento de la instancia y primordialmente, si procede como se ha afirmado por los memorialistas la culminación de la audiencia pública con intervención de jurado de conciencia.

Veamos, el *Decreto 2790 de 1990*, modificado por el *099* de la anualidad en curso, disponía en su *artículo 13* la continuidad de las diligencias de competencia de los jueces de conocimiento de orden en los procesos en los que se hubiera proferido auto de citación o audiencia o el que dispone traslado al Ministerio Público para concepto de fondo, al procedimiento con que se venían adelantando, omitiendo así toda referencia a aquellos que con anterioridad a su vigencia venían conociendo jueces diferentes a los especializados y de orden público.

Tal situación fue subsanada por el *Decreto 390 de 1991* que decidió someter las actuaciones en curso no a las normas procedimentales bajo las cuales se venían desarrollando, sino a las previsiones de los ordenamientos citados en el acápite que antecede.

De manera que ningún recibo puede tener las alegaciones de la defensa cuando propugnan el imperio para el caso en juzgamiento de las normas del *Decreto 050 de 1987* o bien del *409 de 1971*, porque se insiste y repite, el legislador expresamente ha ordenado la sujeción de los procesos en trámite a la normatividad de excepción.

Las afirmaciones sobre una pretendida favorabilidad, así como la posibilidad de invocar la excepción de inconstitucionalidad, tampoco pueden acogerse. Ya se sostuvo en esta providencia y se reitera ahora, que respecto de las normas rituales o de sustanciación, carentes de efecto sustancial no es dable el procedimiento de aquella, 'el legislador -ha dicho la Corte -quedaría en libertad de fijar si el nuevo dispositivo procedimental tiene, en estas condiciones, una vigencia inmediata que cubra los procesos *ya iniciados o en trámite*, o la aplicación únicamente a hechos o procesos surgidos con posterioridad a la fecha en que empezó a regir el estatuto innovador', situación primera que fue la dispuesta como se dejó esbozado atrás (sent. citada *ut-supra*).

De lo anterior se colige en desacuerdo con los representantes judiciales, que no procede en consecuencia en la presente causa la culminación de la audiencia pública suspendida, por las plurales razones que se puntualizan:

1. Por cuanto la nueva ley procesal dispuso expresamente su imperio a los procesos iniciados con antelación a su vigencia, esto es dicho en otros términos, su aplicación retroactiva (*art. 1o. decreto 390 de 1991*), siendo aun más expedita en cuanto al punto que se analiza y controvierte, al preceptuar que *"en los procesos de competencia de la jurisdicción de orden público, no habrá audiencia pública en ningún caso"*. (parágrafo *art. 1o. cit.*).

2. Ahora bien, no podría este juzgado desconocer el contenido de la norma jurídica que se cita por la defensa como fuente de la solución que reclama. Sin embargo no se comparte el efecto que a la misma se le ha concedido.

La ley *153 de 1987* ha precisado la máxima corporación de justicia, hace 'previsiones tendientes a evitar confusiones y problemas que surgirían de manera muy normal, cuando en el caso de sucesión de leyes procesales, las normas que se suceden regulan la tramitación o la sustanciación de manera diversa y con términos igualmente diferentes...' (Sala Cas. Penal julio 14 de 1987).

Tales reglas de interpretación tienden a solucionar de manera genérica los conflictos susceptibles de surgimiento ante el tránsito de legislación. Mas, cuando

la ley procesal nueva plantea soluciones diversas a aquellas, cuando ella misma fija los parámetros regulativos de la aplicación sucesiva de los preceptos; lógico es concluir que sus mandatos tienen prevalencia sobre los genéricos, máxime en tratándose de normatividad de Estado de Sitio, con facultad suspensiva de las disposiciones que contrarían sus regulaciones.

Para el caso concreto se tiene que el *Decreto 390 de 1991* no solo dispuso la aplicación del nuevo procedimiento a los procesos iniciados luego de su vigencia, sino también a los que se encontraban en trámite al momento de su existencia jurídica, en el cual para la etapa de la causa no está prevista la audiencia pública.

Mas aún, la proscripción para todos los casos de tal actuación debe prevalecer sobre lo normado en la precitada ley 153, para hacerla extensiva incluso a las actuaciones ya iniciadas al momento de su vigencia. Por lo que forzoso es afirmar consecuencialmente que deberá darse cumplimiento al inciso 2o. del numeral 1o. del *Decreto 390* ya aludido.

3. Finalmente se tiene que lo resuelto por el H. Tribunal Superior de Bogotá al desatar la apelación del auto que dispuso el sumimiento de la audiencia sin jurado de conciencia ha perdido vigencia ante la expedición sobrevenida de una nueva ley procesal. Desatinado resulta entonces el pretender en la continuidad de una solución jurídica al problema derivado de distintos supuestos de hecho

Restaría agregar que la sujeción de la causa al procedimiento de orden público en modo alguno afectan los intereses defensivos del procesado, excluyéndose por tanto una aplicación ultraactiva de las normas suspendidas fundada en el principio de favorabilidad.

En efecto, sobre el juzgamiento popular bástele al despacho remitirse a las consideraciones atendidas por la Corte en decisión de octubre 25 de 1989, en la que se proclamó la mayor garantía de acierto en la valoración y estimación de la prueba por un juez de derecho. Y de otra parte las alegaciones pendientes de la defensa encuentran una mayor amplitud en las previsiones del *artículo 46 del Decreto 2790 de 1990*".

De la anterior determinación se apeló y el recurso fue concedido para ante el Tribunal Superior de Orden Público, porque doctrinaria y jurisprudencialmente se sostiene "que el auto que niega plantear la colisión admite tal impugnación (v. C.S.J., auto de sep. 13-88)".

3. El Tribunal dispuso (mayo 28/91) revocar el auto apelado y que el proceso pasara al entonces Tribunal Disciplinario para que dirimiera el conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la de orden público. Para el Tribunal el asunto encontró solución en reciente determinación (abril 24/91) de aquella superioridad sobre un conflicto similar de competencia, dentro del proceso

adelantado por el homicidio del honorable magistrado de esta corporación doctor Hernando Baquero Borda y del ilustre periodista Guillermo Cano Isaza y donde se resolvió que continuara radicado en la jurisdicción ordinaria, concretamente en el Juzgado 29 Superior de Santafé de Bogotá.

Destaca entonces de esa decisión los siguientes apartes:

"...Así las cosas, resulta forzoso admitir que no habiendo tenido existencia jurídica, antes de los homicidios perpetrados en 1986, el delito que, definido con sus caracteres especiales, por el *Decreto 180 de 1988*, se sujetó a la competencia de la Jurisdicción Especial, no se ve razón valedera alguna para que, por virtud de la semejanza de las características de los hechos punibles que ocurrieron en 1985, con las que se establecieron en el decreto en mención para identificar el 'Homicidio con fines Terroristas', habiéndose reiterado como delito de conocimiento de la Jurisdicción de Orden Público en los *Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991*, se pretenda aducir que la jurisdicción que ha venido conociendo de los homicidios recaídos en los doctores Hernando Baquero Borda y Guillermo Cano Izasa ha resultado privada del conocimiento en razón de que en el parágrafo del *artículo primero del Decreto 2790 de 1990* se dispuso que 'la competencia de los Jueces de Orden Público comprenderá además el conocimiento de las actuaciones y procesos en curso por los hechos punibles atribuidos a ellos en este artículo', como son, entre otros, los consecutivos del 'homicidio con fines terroristas', 'cualquiera que sea la época en la que hayan sido cometidos..' esos delitos (de homicidio con fines terroristas y los demás que se adscribieron al conocimiento de la Jurisdicción Especial).

Y no se considera acertada la tesis de la pérdida de competencia de la Jurisdicción Ordinaria porque, conforme a la imposición constitucional (*Art. 26*) y legal (*Art. 43 ley 153 de 1987*), como se vió, las normas que señalan los delitos materia de juzgamiento deben preexistir a los actos que se imputan como tales para que resulte jurídicamente posible su juzgamiento y penalización por el competente, de tal manera que la expresión: 'cualquiera que sea la época en que se hayan cometido..', debe entenderse referida a la subsiguiente a la creación del tipo penal de que se trate, para el caso, el de homicidio con fines terroristas'. Ello resulta evidente puesto que mal pudo haberse incurrido en época distinta, en un delito no creado por la ley (como homicidio con fines terroristas). Al efecto reitera este Tribunal que conforme emana del *Art. 26* del Código Superior, sólo podrá haber juzgamiento con fundamento en la ley que, señalando el delito que de lugar al mismo, sea anterior (preexistente) al hecho que lo constituya lo cual, sin que pueda remitirse a duda, no se cumple, en cuanto al delito de homicidio con fines terroristas que describe el *Art. 29 del decreto 180 de 1988*, modificado por el 261 del mismo año, en el caso de los homicidios que se investigan en la presente oportunidad.

Por otra parte, estos homicidios, que por lo demás tenían al Código Penal como normatividad descriptiva del tipo penal que los erigía en delito, no se

incluyeron bajo la modalidad de los sujetos al presente juzgamiento, en la relación que hizo el *Decreto 2790 de 1990* de los delitos sometidos al conocimiento de la jurisdicción especial, como sucedió en cambio con los de extorsión de los cuales se indicó expresamente que quedaban comprendidos 'en todas las modalidades' (*Art. 9.2*) precisamente, para puntualizar la sujeción de todos ellos a la Jurisdicción de Orden Público, esto es, incluidos los que se hubieran cometido aún antes de la primera creación de la mencionada jurisdicción.

Claro está entonces -remata el Tribunal de Orden Público- que esta jurisdicción especial, "en tratándose del hecho punible de homicidio, conforme expresamente lo determinó el *Decreto 2790 de 1990*, que excluyó cualquier referencia o remisión a los tipos penales de los *artículos 323 y 324* del C.P., sólo tiene competencia para conocer de aquellos procesos adelantados con arreglo a las exigencias del artículo 29 del *Decreto 180 de 1988*, y siendo éste el caso del doctor Rodrigo Lara Bonilla, "ocurrida inclusive, tiempo atrás de la vigencia del *art. 29* del *Decreto 180/88*, tiénese de consiguiente que este proceso debe continuar tramitándose por la justicia ordinaria".

4. Ya el proceso en el Tribunal Disciplinario, por decisión mayoritaria -julio 24/91-, se atribuyó su conocimiento al Juzgado Primero Superior de Santafé de Bogotá. Esa resolución se apoyó en las siguientes razones jurídicas:

"En primer término, debe anotarse, que los hechos punibles investigados en este proceso, carecen del ingrediente normativo de orden terrorista, que exige el *art. 29 del Decreto 180 de 1988*, precepto que contempla el *art. 323* del Código Penal, configurando así un nuevo tipo penal especial, caracterizado por el propósito terrorista.

A este respecto cabe afirmar, que la ley penal tiene una vigencia temporo-espacial, y debe admitirse que para el 30 de abril de 1984, fecha de la comisión de los hechos en los cuales perdió la vida el Dr. Rodrigo Lara Bonilla, no estaba vigente el dispositivo legal que contiene como ingrediente normativo "los fines terroristas" (*art. 29 del decreto 180 de 1988*).

Esta apreciación, es de singular importancia, porque tiene su asidero en el *art. 1o.* del Código de Procedimiento Penal, conocido como un principio rector y consagrado en el *art. 29* de la nueva Constitución Nacional, en los siguientes términos:

"Nadie podrá ser procesado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho punible que se impute, ante juez competente, previamente establecido y observando la plenitud de las reformas propias de cada proceso".

Esto significa, que en armonía con el *art. 10o.* del Código Penal "*en ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación*", lo que indica que nadie podrá ser penado ni juzgado por la ley que haya sido promulgada antes del hecho que de lugar al juicio.

Cosa diferente ocurre con las leyes que crean Tribunales o Juzgados, o que determinan el procedimiento, como lo regula el *art. 43 de la ley 153 de 1987*, vale decir, que una ley posterior al hecho punible cometido, puede válidamente modificar la competencia, que con anterioridad había sido asignada a otro Tribunal o Juzgado.

De acuerdo a estos planteamientos, es preciso anotar que el tipo penal plasmado en el *art. 29 del Decreto 180 de 1988*, no tenía vigencia el 30 de abril de 1984, fecha en la cual ocurrió el atentado contra el Ministro de Justicia, doctor Rodrigo Lara Bonilla. En consecuencia, no existía ley preexistente que tipificara esta modalidad de homicidio *"con fines terroristas"*, cuya competencia fue asignada a la jurisdicción de Orden Público, reiterada luego en los *Decretos 2790 de 1990, y 099 de 1991*

El Gobierno Nacional expidió recientemente el *Decreto 1676 del 3 de julio 1991*, con base en el *art. 121* de la Constitución Política de *1886*. Este decreto ya fue promulgado y se encuentra vigente, porque la nueva Carta Magna en el *art. transitorio No. 8* establece:

"Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio hasta la fecha de 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".

El *Decreto 1676 de fecha 3 de julio de 1991* contiene una serie de medidas tendientes al restablecimiento del orden público. Entre otras, consagra en el artículo 3o., una modificación al parágrafo del *artículo 9o. del Decreto 2790 de 1990*, en la forma siguiente:

"La competencia de los jueces de Orden Público comprenderá además el conocimiento de las actuaciones y procesos *en curso* por los hechos punibles atribuidos a ellos este artículo, *cualquiera que sea la época en que hayan sido cometidos*, y a sus delitos conexos, conservándose la unidad procesal en el evento de que se extienda a otras jurisdicciones, con excepción de la de menores, así como de los casos de fuero constitucional. Igualmente conocerán de los delitos cometidos con antelación a la fecha en que fueron definidos los tipos penales que aparecen en este decreto y en las normas a que él se refiere, *cuando se adecuen a ellos*. En todo caso la ley sustancial favorable a lo procesal de efectos sustanciales de la misma índole, tendrá prelación sobre la desfavorable".

En primer término, es bueno poner de presente que la expresión: *"cualquiera que sea la época en que se hayan cometido..."*, por principio general, debe entenderse como la época posterior subsiguiente a la creación del tipo penal especial denominado 'homicidio con fines terroristas', porque como ya se ha dicho

por esta corporación, con arreglo al principio de la legalidad, 'la ley preexistente prefiere a la ex-post-facto', *indudablemente, en este caso, el legislador asignó a los jueces de Orden Público el conocimiento de los hechos punibles cometidos con anterioridad de la fecha en que fueron creados los tipos penales mencionados en el decreto 1676 de 1991, pero condicionados a la ley sustancial favorable, o a la procesal de efectos sustanciales de la misma índole, cuya aplicación tendrá prelación sobre la desfavorable.*

Para este evento, *debe entenderse por ley desfavorable* aquella que al innovar la precedente, hace entrar el hecho bajo un precepto más grave, o lo sujeta a una sanción más desfavorable. Se puede afirmar que la ley desfavorable es aquella que modifica la precedente, creando una figura delictiva con la pena agravada, o en general, desmejorando la situación del delincuente humano cuando el propio legislador en el art. 6o. del Código Penal, lo elevó a la categoría de principio rector con el siguiente enunciado:

"La ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

La ley sustancial favorable estaría circunscrita a los presupuestos jurídicos tomados en cuenta en la formulación de los juicios de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que en el presente caso no pueden ser otros diferentes a los plasmados en los *arts. 323* y *324* del Código Penal, como quiera que el delito de homicidio calificado, tiene una estructura bien diferente en cuanto a los elementos del tipo, frente al tipo penal especial del homicidio con fines terroristas, creados en el *art. 29* del *Decreto 180 de 1988*, el cual consagra una pena mucho mayor para el homicidio que tenga estas características.

En idénticas circunstancias, la ley procesal de efectos sustanciales favorables, tiene íntima relación con los procedimientos aplicados en las etapas de investigación y juzgamiento, que deben preceder a la sentencia. Al respecto se observa que el procedimiento consagrado en el Código de Procedimiento Penal, afianza más las garantías procesales frente al derecho de defensa, como lo son las prerrogativas inherentes al beneficio de libertad, los subrogados penales, la diligencia de audiencia pública y el quantum de la pena. Porque lo cierto es que lo dispuesto en las normas que regulan el procedimiento especial en la jurisdicción de orden público restringen notoriamente todas estas garantías, hasta el punto de impedir al procesado el conocimiento de la identidad del juez y de los testigos.

De todo lo anterior se deduce que tanto por el aspecto sustantivo de las normas, como por el aspecto sustancial de las normas procesales favorables en este caso concreto, debe darse aplicación a la parte final del parágrafo del *art. 9o.* del *Decreto 2790*, modificado por el *art. 3o.* del *Decreto 1676* del 3 de julio de 1991, el cual perentoriamente manda *"que en todo caso la ley sustancial favorable, o la procesal de efectos sustanciales de la misma índole, tendrá prelación sobre la desfavorable"*.

Es así como no se encuentra razón valedera de ninguna índole, para dar aplicación a lo previsto en el *art. 29* del *Decreto 180 de 1988*, denominado Estatuto para la Defensa de la Democracia.

De lo anterior se concluye, que el conocimiento de este proceso corresponde a la Jurisdicción Ordinaria, representada por el Juzgado Primero Superior de Bogotá, quien ha venido conociendo de él hasta el presente".

5.- Reasumido el conocimiento de la causa por el juzgado designado, se sortearon nuevamente jurados, y luego de plurales y fallidos intentos de realización de audiencia pública a petición de los Agentes Especiales que por nombramiento de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público actúan como sus representantes dentro de este proceso, el pluricitado despacho, convertido ahora por virtud del vigente Código de Procedimiento Penal en el *45 Penal del Circuito, provocó nuevamente colisión de competencia negativa a la justicia de orden público*, razonando en orden a su determinación así: que, promulgada la Constitución Nacional de 1991, se le dio vigencia temporal a la normatividad expedida bajo el régimen del estado de sitio, otorgándosele facultades al gobierno para adoptarlas como legislación permanente, siempre y cuando no fuese inaprobada por la Comisión Especial. Y así fue como mediante el artículo 4o. del decreto 2266 de 1991, se acogió en el señalado sentido, entre otras disposiciones, el artículo 29 del decreto 180/88 que aumentó la sanción del delito de homicidio cuando tenía fines terroristas o sujeto pasivo calificado. Con el *artículo 4o.* del *Decreto 2271/91 se adoptó el parágrafo del artículo 9o.* del *Decreto 099* del mismo año que atribuía la competencia a los entonces Jueces de Orden Público, hoy Regionales, de los delitos tipificados en la legislación especial, cualquiera fuera la fecha de ocurrencia del hecho. Y, en el *artículo 6o.* del mencionado *Decreto 2271* se acogió el agregado parágrafo cumplido por el *Decreto 1676 de 1991* que atribuye también la competencia a las citadas autoridades judiciales para conocer de los delitos cometidos con *anterioridad a la fecha en que fueron definidos los tipos penales* con sujeto pasivo calificado *'cuando se adecúen a ellos'*.

Se mantiene pues sin modificación la competencia de los Jueces Regionales, hoy integrados a la jurisdicción ordinaria por expresa disposición del *artículo 5o.* transitorio del *Decreto 2700 de 1991*, el que además determina que continuarán conociendo de los mismos hechos punibles que les estaban atribuidos, de acuerdo con las normas que no resulten improbadas por la Comisión Especial y sean adoptadas como legislación permanente. "Considera este despacho que si los Jueces Regionales son hoy parte de la justicia ordinaria y a ello se le atribuye el conocimiento de los hechos punibles con sujeto calificado -factor determinante de la competencia-, sin importar la fecha de su ocurrencia pues incluso deben conocer de aquellos cometidos con anterioridad a su creación, con el simple compromiso de respetar la ley sustancial más favorable y procedimental de efectos sustanciales de la misma índole, son aquellos quienes deben presidir la culminación de este proceso. ...".

6.- Los fundamentos en que descansó la determinación del Juzgado Regional para no aceptar la competencia y sí el conflicto, en el fondo son las mismas razones a que atenderá la Corte para la definición de la colisión y, por ello, no se hace una separada, independiente referencia de aquellos. Así, pues:

a.- Quiso la corporación relacionar *in extenso* la historia de la pugna entre la justicia ordinaria y la de orden público, sobre cuál la competente para conocer del presente proceso, para que se palpara concreta y suficientemente que los argumentos de consistencia jurídica que ahora se quieren traer como determinantes en orden a asignarle el conocimiento del asunto a la última de las mencionadas, fueron los mismos que ya han recibido sobrado debate y definición. En este sentido pues hay que aceptar que como se planteó el asunto no conduce sino a revivir discusiones sobre puntos ya trajinados y que recibieron solución en su momento por la autoridad competente, encargada de dirimir entonces la discordia procedimental. Dicho de otra manera, el pronunciamiento emitido por el Tribunal Disciplinario que fijó la competencia en la justicia ordinaria -auto de julio 24 de 1991- es LEY DEL PROCESO.

Reitérese, siempre han sido normas de estado de sitio, finalmente adoptadas como legislación permanente, las que fueron sometidas a análisis por las diversas autoridades que han intervenido en este proceso, en orden a determinar si del asunto correspondía conocer a la entonces denominada jurisdicción de orden público o a la jurisdicción ordinaria. Así, los *Decretos 180 y 474 de 1988, 2790 de 1990 y 099 y 1676 de 1991*, los *mismos* en que se apoya el Juzgado 45 Penal del Circuito, para provocar el conflicto, pero dizque ahora siendo diferentes las cosas por haber sido asumidas las disposiciones como legislación permanente por el *Decreto 2271* de 1991 y con base en la autorización concedida al Gobierno Nacional por el *artículo 8o.* de la Constitución Política y como quiera que la Comisión Especial no las improbó, igual que por lo dispuesto por el artículo 5o. del *Decreto 2700 de 1991*. Mas el juzgado colisionante no explica por parte alguna porqué la situación ha variado en materia de competencia por la sola circunstancia de que la *misma legislación* haya sido adoptada como legislación permanente. De ahí que con acierto el funcionario colisionado le responda que asume así una "argumentación *per se* contradictoria".

Recálquese, ya que el Tribunal Disciplinario, en su ocasión el competente para solucionar la colisión, sentó su criterio interpretativo sobre las precitadas normas, sin que, con posterioridad, se haya presentado una nueva situación fáctica o verdaderamente una diversa normatividad que pueda llegar a comportar un cambio de competencia. Se trata meramente de insistir en el enfoque sobre las mismas disposiciones para enfrentar esa opinión a la vertida ya, con validez, por la autoridad y así es imposible lograr una diferente delimitación de la competencia.

Con acierto el Juez Regional colisionado remembra la siguiente jurisprudencia de esta corporación:

"...Convertida en *ley del proceso* la asignación de competencia en un conflicto de jurisdicciones, *todos los jueces* que con posterioridad a ella intervengan en él,

deben respetarla, sujetándose a ella, *salvo que surgan nuevos hechos que la modifiquen*. Es el presupuesto de orden y de seriedad que garantiza el Estado a sus asociados, y la pauta de la organización jerárquica de la autoridad jurisdiccional que marca el mantenimiento en su prevalencia. ... ." (M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel. Sent. noviembre 22 de 1988).

Es cierto que en el momento en que el Tribunal Disciplinario dirimió la colisión, era el competente para hacerlo, y que ahora lo es la *Corte*. Pero de allí, no se sigue que, sin presentarse ningún nuevo hecho o disposición jurídica, deba la corporación cumplir un reexamen de las mismas normas para ver de llegar a una hermenéutica diversa a la ya realizada con autoridad.

Enfatícese, la expedición del *Decreto 2700 de 1991*, no constituye un hecho nuevo, como lo quiere hacer ver y creer el Juzgado 45 porque, como bien lo advera el juez colisionado, "nadie puede desconocer que a través de él simple y llanamente se prolongó la vigencia en el tiempo de disposiciones que brindaron asidero al Tribunal Disciplinario para la solución del conflicto".

Indudablemente que lo relacionado con la competencia discernida al Juzgado 45 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, es cuestión que no amerita más apuntamientos, pues el asunto se halla suficientemente clarificado.

Pero no acontece igual con relación a si la audiencia pública debe celebrarse con o sin jurado de conciencia. La Corte, al respecto, tiene sentado el criterio mayoritario de que *la segunda audiencia que se realiza como consecuencia de una declaratoria de contraevidencia, no puede entenderse como una prolongación o continuación de la primera*, sino que, por contrario modo, se trata de actos procesales autónomos y de ahí que, al entrar en vigencia una nueva legislación, una vez realizada la primera audiencia cuyo veredicto fue declarado contraevidente, sea imperioso que la segunda se realice con la exclusiva participación del juez de derecho. En octubre 25 de 1989, M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel, esta corporación señaló lo siguiente:

"*Conviene aclarar igualmente que sólo pueden culminarse con intervención del jurado de conciencia las audiencias que estaban en curso* para la fecha de iniciación de la vigencia del decreto 1861 mencionado (agosto 18 de 1989), pues en todos los demás casos en que dicha diligencia no se había iniciado, *o debió repetirse por razones de contraevidencia o nulidad, su práctica debe adelantarse sin la participación del jurado*, no sólo por mandato expreso del artículo 36 del decreto mencionado, sino porque la regla general del artículo 40 de la ley 153 de 1987 que ordena la aplicación inmediata de las normas procedimentales; solo admite como excepción "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas", las que se regularán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Quiere también la Sala aclarar que el jurado de conciencia no fue restablecido por el artículo 6o. del decreto 1975 de 1989, como algunos lo sugieren, porque esta norma se refiere expresamente a la aplicación de las disposiciones anteriores en los procesos disciplinarios en que se haya proferido pliego de cargos, los cuales se regulan por el decreto 1888 de 1989, y no los procesos penales".

Y, en decisión de la misma fecha, M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas, se trató el asunto, así:

"a).- El juzgamiento mediante el sistema de jurados de conciencia desapareció de nuestro estatuto procesal penal, desde el 18 de agosto último cuando empezó a regir el decreto 1861 de 1989 que derogó expresamente las normas que regulaban la institución, aún cuando ya había sido suprimido en las causas que se adelantan ante los Jueces de Orden Público, sin que sea dable aseverar que el jurado fue restablecido para algunos procesos por lo dispuesto en el art. 6o del decreto 1975 de 1989, ya que dicha disposición es de aplicación exclusiva al campo disciplinario.

b).- El decreto 1861, como única excepción, permitió la continuación del juzgamiento mediante el jurado de conciencia, en aquellos procesos en los cuales ya se hubiere iniciado la audiencia pública al momento de entrar en vigencia la nueva ley *y solamente para terminar o agotar esa etapa de juzgamiento.*-

c).- Dedúcese de lo anterior, que todos aquellos procesos en los cuales no se había iniciado la audiencia pública o en aquellos en los cuales ya se hubiese agotado ese trámite al entrar en vigencia la norma, deben estar sometidos al imperio de la nueva ley, que por determinar lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso es de aplicación inmediata, situación que no puede modificarse ni aún en los supuestos de declaratoria de nulidad de lo actuado, pues el proceso debe someterse a lo señalado en el decreto 1861, que en su afán de perfeccionamiento de la administración de justicia, excluyó expresamente la intervención de los jueces populares o escabinos.

d).- El anterior modo de pensar, acorde con la voluntad del legislador, no puede modificarse ni aún al amparo de una ultractiva aplicación de una pretendida ley favorable. No encuentra la Corte atendible, que en este tránsito de legislaciones la ley anterior pueda ser más favorable a los intereses del procesado o de la sociedad que la nueva ley que implique afección del derecho sustantivo o del derecho de defensa.

Indudablemente para la Corte, constituye una mayor garantía de acierto en el juzgamiento la aplicación e interpretación de la ley, la valoración y estimación de la prueba por un juez de derecho, docto en materias jurídicas, con mayor profundidad y claridad para examinar la prueba y comprender el alma del acusado, las motivaciones y razones de su obrar, que la decisión adoptada por los jurados de conciencia, animados posiblemente de muy buena voluntad, pero profanos en la ciencia del derecho y fácilmente sugestionables.

La administración de justicia, no puede depender del azar o la suerte, sino del estudio serio de un proceso, por quien tiene capacidad de conocer la ley y aplicarla en su verdadero sentido".

Estos criterios han sido reiterados por la corporación en multitud de determinaciones. Así, a guisa de ejemplo, en fallos de casación de noviembre 30/90, M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, de 5 y 11 de diciembre de 1990, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel, de enero 22/92 M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz.

En providencia de octubre 7 de 1992, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas, esta corporación no sólo remembró algunas de las decisiones anteriores, sino que, en apuntamiento final, de absoluta pertinencia para el evento sub-exámine, señaló:

"...lo que fue objeto de controversia en la constitución de 1886 ya no puede serlo en virtud de lo previsto en el artículo 116, inciso 4o. 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 constitucional 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 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*".

Recuérdese que el Consejo Superior de la Judicatura, en atención a lo dispuesto en el mencionado artículo 116 de la Ley de Leyes, que concreta quiénes en Colombia tienen la función de administrar justicia, aún de manera transitoria, se abstuvo de conformar las listas de jurados para los distintos circuitos judiciales, esto es, dejó sin aplicación, por excepción de inconstitucionalidad, las normas pertinentes del vigente Código de Procedimiento Penal, por cuanto es patente que los particulares no tienen la función de ser jurados.

Así, pues, definitivamente, la audiencia a celebrase en este proceso, debe serlo, en atención a lo ordenado legal y constitucionalmente, sin jurado de conciencia.

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

RESUELVE

1.- REITERAR que tal y como lo dispuso el entonces Tribunal Disciplinario, la competencia para conocer de este asunto radica en el hoy *Juzgado 45 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá*, a donde, por la Secretaría de la Sala, se remitirá el proceso a la mayor brevedad posible:

2.- DETERMINAR, por imperio constitucional y legal, que la audiencia pública a celebrarse en el presente proceso, debe serlo sin jurado de conciencia o jurado de derecho como lo denomina el vigente Código de Procedimiento Penal; y

3.- Por la Secretaría de la Sala, líbrese llegar copia de esta determinación al Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, para los fines de ley.

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

PRUEBA \ SANA CRITICA

En el régimen probatorio colombiano el fallador goza de amplia discrecionalidad para evaluar el grado de certeza de los distintos medios de prueba reconocidos por la ley procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6997

Contra: Jorge Orlando Bernal Martínez

Delito: Hurto (calificado y agravado)

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia*

Aprobado acta No. 0135

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

VISTOS

El Tribunal Superior Militar, mediante sentencia de veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), confirmó el fallo proferido por el Comando de la Base Aérea "Luis F. Gómez Niño" de Apiay (Meta), calendado a diecinueve (19) de julio de la misma anualidad, por medio de la cual condenó a los miembros de la Fuerza Aérea Colombiana, cabo primero Jorge Orlando Bernal Martínez y soldados Fredy Arnoldo Espósito Rodríguez y Luis Mario López Ruiz, a la pena principal de treinta (30) meses de prisión, al primero, y de veintiocho (28) meses de prisión, a los restantes, además, a las accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Militares, e interdicción de derechos y funciones públicas, como autores penalmente responsables del delito de hurto, calificado y agravado, otorgándoles el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Contra esta decisión interpuso el recurso extraordinario de casación el acusado Bernal Martínez, que fue oportuna y legalmente concedido, declarado admisible por la Corte y, finalmente, sustentado por su defensor en demanda ajustada formalmente a las prescripciones de ley. A fines de la decisión a adoptar por la Sala, el Sr. Agente del Ministerio Público sugiere no casar el fallo impugnado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Concretamente los reseña la Delegada en los siguientes términos:

"...El 30 de septiembre de 1990, en las instalaciones de la base aérea Luis F. Gómez Niño, en Apiay, fue sustraído ilícitamente un betamax del bar de soldados y un televisor del casino de suboficiales, hecho en el cual participaron el cabo Jorge Orlando Bernal Martínez y los soldados Mario López Ruiz y Espósito Rodríguez.

Inició la investigación el Juzgado 118 de Instrucción Penal Militar, vinculando mediante indagatoria a los soldados López Ruiz y Espósito Rodríguez, quienes confesaron ser los autores del delito investigado, indicando también que el cabo Jorge Orlando Bernal les suministró importante información y les indicó la forma como podían lograr el objetivo criminoso.

Agregaron que una vez sustraídos estos electrodomésticos, los escondieron en un sitio seguro, y luego vendieron el televisor en Villavicencio, procediendo a repartirse el dinero entre ellos. Espósito Rodríguez subrayó que el betamax se lo entregaron al cabo Bernal Martínez, quien les prometió entregarles una cantidad de dinero cuando lo vendiera. Finalmente aseveró que los tres partícipes habían llegado a un acuerdo para negar el hecho cuando fueran interrogados.

Posteriormente se recibió la indagatoria a Bernal Martínez, y en dicha diligencia negó su participación en el hecho investigado.

Igualmente se allegaron al plenario varios documentos que acreditan la calidad de militar de los sindicados, otros que demuestran la propiedad y preexistencia de los objetos hurtados, el peritazgo que los avalúa en la suma de $ 230.000 y una serie de declaraciones que permitieron establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el evento.

En este momento procesal avocó el conocimiento del caso el Comando de la Base Aérea Luis F. Gómez Niño, declarando cerrada la etapa investigativa y convocando a los procesados a Consejo de Guerra sin intervención de Vocales.

Practicada esta diligencia, el Juez de Primera Instancia profirió fallo condenatorio, aduciendo que se encuentra totalmente probada la responsabilidad penal

de los procesados, pues López Ruiz y Espósito Rodríguez confesaron como habían sido persuadidos por el cabo Bernal para sustraerse un televisor y un betamax, y narraron en detalle la forma como se llevó a efecto el hecho punible y el agotamiento del mismo.

Agrega el a-quo que además de esta confesión existe múltiple prueba indiciaria que compromete la responsabilidad de Bernal. Resalta que el hecho de que éste haya indemnizado los perjuicios generados por el hurto del betamax, significa que está reconociendo implícitamente su coautoría en el ilícito, y añade que su injurada no merece credibilidad, en la medida en que su dicho no encuentra respaldo en los otros medios probatorios recaudados. Apelada esta decisión, el Tribunal Superior la confirmó integralmente, aduciendo que del material probatorio se colige que indudablemente los tres procesados actuaron de común acuerdo en la sustracción del betamax y el televisor y luego los dos soldados los escondieron en los predios de la base, para el día siguiente llevarlos a Villavicencio, donde vendieron el televisor por la suma de $ 70.000.00

Asevera que se encuentra plenamente establecida la participación del cabo Bernal Martínez, pues no es solo López quien hace referencia a la actividad desarrollada por este sujeto, sino que también Espósito Rodríguez expresó que López le había manifestado 'que no había problemas pues todo estaba preparado y coordinado por el cabo Bernal'.

Señala el Tribunal que adicionalmente el soldado Guzmán López señaló en su declaración, que un tiempo después de los hechos el cabo Bernal fue a la casa del soldado Espósito, donde también se encontraba López Ruiz, y los invitó a dialogar y a tomar cerveza; lo cual permite deducir la relación amistosa que existía entre los tres procesados y agregar otro elemento a la cadena indiciaria en que se fundamenta su responsabilidad penal.

Dice que hay un hecho relevante que completa la prueba, pues no obstante negar el cabo Bernal su participación en el delito, por iniciativa propia realizó la indemnización, pagando el valor en que fue estimado el betamax. Puntualiza que, en relación con el betamax sustraído, la actividad que desarrolló el cabo Bernal para trasladarlo de la casa de Espósito, basta con leer las afirmaciones creíbles del hermano del procesado, Luis Alexander...".

La demanda

Con estribo en la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 442 del Código Penal Militar, el actor censura el fallo impugnado porque en su sentir el Tribunal Superior Militar incurrió en error de derecho por falso juicio de convicción, lo cual tuvo como consecuencia el quebrantamiento de la ley sustancial en los artículos 492, 535 y 540 de la aludida normativa.

Cargo único

Arguye el casacionista que en la referida decisión el Tribunal no actuó acorde con una sana crítica de los elementos aportados al expediente, cual era su obligación y deber. Concretando el reproche, considera que el sentenciador de segunda instancia cayó en falso juicio de convicción al apreciar erróneamente las dos confesiones de los acusados Luis Mario López Ruiz y Fredy Arnoldo Espósito Rodríguez, atribuyéndoles un alcance superior al asignado por la ley penal colombiana, lo que originó "...desarmonía entre el valor que en su íntima convicción le da y la que le otorga la ley...".

En este orden de cosas, asevera que las manifestaciones de López y Espósito son contradictorias y seguramente tienden a encubrir a algún superior que los ayudó a perpetrar el delito. A renglón seguido examina diferentes aspectos que en su criterio exhiben la inconsistencia de ambas exégesis.

Así mismo, critica el testimonio del soldado Jesús Guzmán López, manifestando que lo afirmado por él es fruto de su imaginación y por tal razón carece de credibilidad.

Concluye el libelo impetrado que se case parcialmente la sentencia al no existir mérito suficiente para deducirle responsabilidad penal al acriminado ya que los sentenciadores de instancia se equivocaron al darle a los medios probatorios un alcance que excede el asignado por la ley.

Concepto del Procurador Segundo (2o.) Delegado en lo Penal.

Con atinados argumentos a los que ulteriormente hará referencia la Sala, el Colaborador Fiscal sugiere desestimar las razones contenidas en la demanda, y por ende, no casar el fallo recurrido.

La Corte

1o.- El cargo que presenta el recurrente está dirigido, sin duda ninguna, a establecer que el sentenciador incurrió en falso juicio de convicción al apreciar erróneamente las confesiones de los coacusados López Ruiz y Espósito Rodríguez, y el testimonio del soldado Guzmán López, otorgándoles "...un alcance superior al que le asigna nuestra ley penal colombiana...".

2o.- Una vez y otra ha dicho la Corte -en doctrina que por lo constante y repetida excusa cualquier comentario adicional- que los medios probatorios enfeudados en nuestro ordenamiento legal no están sometidos al rígido criterio de la tarifa legal, esto es, al sistema de la prueba legal o tasada, sino a los principios

de la sana crítica. No está de más recordar que en el régimen probatorio colombiano el fallador goza de amplia discrecionalidad para evaluar el grado de certeza de los distintos medios de prueba reconocidos por la ley procesal. Por tratarse el nuestro de un sistema de convicción inspirado en la sana crítica -concepto intermedio entre la prueba tasada y el de la libre convicción- sus conclusiones no pueden tildarse de arbitrarias o equivocadas mientras se respeten, entre otros, los datos de la experiencia, los principios de la lógica y las reglas del correcto entendimiento humano, como formas de llegar a una comprobación real y exacta de la verdad.

3o.- Escrito lo anterior y conocido el pensamiento del censor, técnicamente impreciso y jurídicamente insostenible, llano es concluir en la desestimación del cargo. Es que mal podría el sentenciador conceder un valor o alcance probatorio superior al señalado por la ley a los medios de evidencia consignados en la demanda, cuando es notorio que el legislador no asigna a estos, un valor legal predeterminado ni lo somete a una imputación anticipada de valoración aritmética. Equivoca y excede, pues, su pensamiento el actor al entender que en el examen del material que el expediente brinda al Juez debe éste atender su valor preconstituido -señalado anticipadamente en reglas positivas- cuando bien se conoce que en todo el ámbito de la prueba le es imperativo tomar en consideración los principios de la lógica y del sentido común y las máximas de la experiencia, en suma, las reglas de la sana crítica. Resultando obvio concluir, que si la estimación de esos medios de prueba no están sujetos a la propia normatividad no es posible entender que el juzgador, al evaluarlas, incurra en violación a la ley.

4o.- Añadirá la Corte que la aportación personal del casacionista se circunscribe -a vuelta de pluma- a controvertir la estimativa probatoria de los Jueces de Instancia, adujciendo que quebrantaron las normas que rigen la apreciación de la prueba para plantear de adverso -como razón única de la demanda- un criterio de valoración alternativa que en su opinión llevaría a la justicia a conclusiones jurídicas distintas y naturalmente favorables a las pretensiones de su defendido. No hace falta decir más para que quede demostrado que la censura que agita el recurrente resulta más propia de un análisis de instancia, donde es permitido el libre examen de la prueba, pero nunca de un estudio en sede de casación, donde se exige y reclama una técnica depurada y unos principios estrictos. Y como bien lo resalta la Delegada, no puede abordarse el estudio de un libelo en el que su actor simplemente se limita a criticar el grado de credibilidad que le dio el Tribunal a las probanzas que sirvieron de fundamento a la sentencia condenatoria, ignorando la diferencia que existe entre un alegato de instancia y una demanda de casación.

5o.- En este orden de ideas, le está vedado a la Corte entrar al examen de cualquier demanda -y esta en particular- donde simplemente su autor trata a toda costa de imponer su propia visión sobre el acaecer delictivo en detrimento del escudriñamiento probatorio realizado por el Tribunal, examen que, entre otras cosas, aparece debidamente motivado, encausado de modo concluyente y con un firme contenido incriminador acerca de la responsabilidad penal que les asiste a los complotados, pero especialmente al cabo primero Jorge Orlando Bernal Martínez.

Y no obstante esta contundencia, el actor cuestiona la decisión pretendiendo convencer a la Sala de que el justiprecio que se le diera a las confesiones de Luis Mario López Ruiz y Fredy Arnoldo Espósito Rodríguez, así como a la deposición de Jesús Guzmán López, no corresponde al que les otorga la ley. Sin embargo, no manifiesta cual es el dicho valor, silencio explicable si se tiene en cuenta la inexistencia de tarifa legal para los medios de prueba, cuya apreciación se rige, como atrás se dijo, por los principios de la sana crítica, lo que implica la imposibilidad de probar una desarmonía entre lo establecido por la ley y lo plasmado en el fallo. Por tanto, alegar en este sentido no persigue otra cosa que aspirar a que la propia valoración del recurrente reemplace a la del sentenciador, lid reservada a las instancias pero ajena a la casación, como ya se vio.

De consuno, entonces, con lo dicho y explicado, se desechará la impugnación.

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

RESUELVE

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 Saavedra Rojas*

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

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

PREJUDICIALIDAD \ CALIFICACION DEL SUMARIO \ ERROR DE HECHO \ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD \ RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La competencia del Juez Penal se extiende a cuestiones extrapenales (prejudicialidad) que surjan en el proceso penal; pero si dichas cuestiones son a la vez elementos constitutivos del hecho punible y sobre ellas estuviere pendiente decisión judicial al tiempo de cometerse el delito, no se proferirá auto calificatorio mientras tal decisión no se haya producido.

Hay falso juicio de identidad por distorsión de la prueba cuando se tergiversa o falsea su real contenido o sentido con el propósito de arribar a conclusiones contrarias a la realidad probatoria.

La Corte no es competente para ordenar la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6484

Contra: Angel María Cañón

Delito: Estafa

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 135- nov.10/92

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diez de mil novecientos noventa y dos.-

VISTOS

Ha sido recurrida en casación por el defensor del procesado Angel María Cañón Niño la sentencia de 4 de junio de 1991 mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la dictada por el Juzgado 20 Penal del Circuito de esta misma ciudad, que lo condenó a la pena principal de 16 meses de prisión y cincuenta mil pesos de multa como responsable del delito de Estafa y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Resulta de autos que Angel María Cañón Niño valiéndose de su condición de pastor de la iglesia evangélica Menonita y de consejero espiritual del octogenario Alberto Herrera Bobadilla lo indujo a hacerle la escritura de confianza número 2877 de 7 de noviembre de 1986 otorgada por la Notaría Trece del Círculo de Bogotá en la que aparece vendiéndole un edificio de la calle 5a. Sur No. 8-60 de esta ciudad, por la suma de $ 4.500.000.00; instrumento público que Cañón Niño no le devolvió al cabo de dos meses como había sido convenido, sino que utilizó para hacerse pasar como real comprador del inmueble afectando de tal modo el patrimonio del anciano Alberto Herrera Bobadilla, quien falleció el 16 de marzo de 1987.

ACTUACIÓN PROCESAL

En desarrollo de la investigación iniciada por el Juzgado 69 de Instrucción Criminal de Bogotá con fundamento en denuncia presentada por el señor Ignacio Herrera Rivera, sobrino de Alberto, se vino a saber que éste inducido en error por las maniobras desplegadas por su consejero espiritual Angel María Cañón Niño aceptó hacerle una venta ficticia de su edificación con el objeto de quitarle la administración del inmueble a la empresa inmobiliaria "Granatell Ltda" so pretexto de que no entregaba cumplidamente el valor de los arrendamientos recaudados; negociación simulada contenida en la mencionada escritura pública que el supuesto comprador se comprometió a devolverle dos meses después.

En febrero de 1987 llegó a manos de familiares de Herrera Bobadilla un recibo de impuesto predial en el que el procesado Cañón Niño figuraba como propietario del inmueble, situación que aquél rechazó enfáticamente otorgando poder al abogado Roberto Garzón Guevara para que promoviera de inmediato ante la jurisdicción civil la declaratoria de simulación del contrato de venta dando lugar a que su sobrino Ignacio Herrera Rivera formulara la correspondiente denuncia penal.

Sometido a indagatoria el sindicado Angel María Cañón Niño manifestó en síntesis, que a finales del mes de agosto de 1986 le dio en préstamo a Alberto Herrera Bobadilla la suma de un millón quinientos mil pesos garantizada con una

letra de cambio y en el mes de septiembre del mismo año le ofreció en venta el edificio para evitarse problemas con los inquilinos acordándose como precio de la negociación la suma de cuatro millones quinientos mil pesos pagada así: tres millones de pesos en efectivo más el valor de la letra de cambio abonado al precio de venta citando como testigos del acuerdo a los señores Luis Felipe Niño, Ernesto Durán y Rosembert Duarte.

Allegados al expediente los documentos atinentes a la negociación como los presentados por la defensa y oídos en declaración bajo juramento parientes y familiares de la víctima, los inquilinos del edificio y las personas conocedoras de los hechos investigados se clausuró la etapa instructiva, oportunidad aprovechada por el defensor de Cañón Niño para solicitar del Juzgado 51 de Instrucción Criminal la suspensión del proceso por razones de prejudicialidad civil (Artículo 35 del C. de P.P.) por cuanto antes de abrirse la presente investigación penal había sido promovido ante el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá proceso ordinario de simulación de la escritura de venta 2877 del 7 de noviembre de 1986, cuestión prejudicial que por contener elementos constitutivos del hecho investigado requería previa decisión; petición despachada favorablemente por dicho juzgado.

Apelado tal pronunciamiento por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Bogotá lo revocó para que el juzgado instructor procediera a la calificación del mérito del sumario lo que hizo dictando resolución de acusación contra el procesado Angel María Cañón Niño por el delito de estafa; decisión recurrida en apelación por la defensa y confirmada por el Tribunal Superior.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública el Juzgado 20 Penal del Circuito de Bogotá puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de 16 meses de prisión y cincuenta mil pesos de multa, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios causados, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por su defensor y confirmado por el Tribunal Superior mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación

Causal tercera

Cargo único: Haberse dictado la sentencia impugnada en juicio viciado de nulidad por incompetencia del juez (Artículo 305-1 del C. de P.P.) toda vez que el Juzgado 51 de Instrucción Criminal no podía entrar a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación contra el procesado por encontrarse pendiente de decisión el proceso ordinario de simulación adelantado por el Juzgado 18 Civil del Circuito en donde se debaten hechos que tienen que ver con el delito de estafa.

El artículo 35 del C. de P.P. que trata de la prejudicialidad, consagra una pérdida temporal de la competencia que impide la calificación del sumario hasta tanto el juez civil no haya definido el asunto sometido a su consideración o no haya transcurrido un año desde la suspensión del trámite sin haberse tomado ninguna decisión al respecto.

En el presente caso, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por funcionario que carecía de competencia para proferir dicho acto, con la que se infringió el artículo 29 de la Constitución Nacional que tiene que ver con las garantías del debido proceso.

Causal primera

Primer cargo: Violación indirecta de la norma que tipifica el delito de estafa (Artículo 356 del C.P.) por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas consistente en no haberse tenido en cuenta los testimonios rendidos por Peter Stucky, Javier Duncan, Francisco Pareja, Lucy Méndez y Olga Forero que dan fe de la solvencia económica del procesado Cañón Niño para responder por el precio de la venta del inmueble, lo que hubiera permitido su absolución.

Segundo cargo: Aplicación indebida de la mencionada norma sustancial por error de hecho consistente en haberse ignorado documentos obrantes en autos como el escrito dirigido por el sindicado a la Administración Nacional de Impuestos acogiéndose a la amnistía tributaria y la declaración de renta en la que dicho contribuyente declaró haber recibido en préstamo de Mariela Reyes de Cañón la suma de dos millones de pesos en efectivo, con lo que se desvirtúa la negativa que en tal sentido hizo el Tribunal Superior en la sentencia recurrida.

Tercer cargo: Error de hecho por falso juicio de identidad al hacer aparecer los testimonios rendidos por Oscar Leonel Ramírez, Cecilia Granados Berbeo, Mario Enrique Guevara, Pedro Julio Herrera, Alvaro Sánchez, María Josefa Herrera y Obdulia Herrera como "respaldantes" de las acusaciones formuladas por Ignacio Herrera Rivera cuando la verdad es que tales testigos afirman hechos diferentes y aún opuestos a los relatados por el denunciante.

En efecto, el médico Oscar Leonel Ramírez que trató al paciente Alberto Herrera Bobadilla durante su última enfermedad manifestó, contrariamente a lo expuesto por el denunciante, que el enfermo no recuperó su estado de lucidez mental hasta su muerte permaneciendo con una sonda vesical que le impedía caminar resultando sospechoso, según el recurrente, que apareciera haciendo presentación personal del poder ante el Juzgado 25 Civil del Circuito de esta ciudad.

Afirma el denunciante Ignacio Herrera Rivera que las guardas de la chapa de la puerta principal de la edificación fueron cambiadas por orden de su tío Alberto al enterarse del engaño de que había sido objeto por parte del pastor evangélico.

mientras que los deponentes Cecilia Granados Berbeo y Mario Guevara expresan que el cambio se hizo después de la muerte del octogenario.

Cuarto Cargo: Errónea apreciación de los documentos privados visibles a folios 203 del cuaderno principal, contentivos de la fotocopia autenticada de la letra de cambio y el comprobante de pago y abono del precio de venta, suscritos por Alberto Herrera Bobadilla; documentos que por provenir del vendedor del inmueble tienen "un valor de Plena fe contra el que los suscribió, como contra sus causahabientes", según los artículos 36 del C. de P.P. y 281 (sic) del C. de P.C..

Aduce el censor que con tales fotocopias se demuestra lo dicho por el sindicado Angel María Cañón Niño en el sentido de haberle dado en préstamo a Alberto Herrera Bobadilla "la cantidad de un millón quinientos mil pesos garantizada con una letra de cambio abonada al precio de la venta el que fue completado con la entrega de tres millones de pesos en efectivo.

Quinto Cargo: No habérsele dado a la escritura pública 2877 de 7 de noviembre de 1986 de la Notaría Trece del Círculo de Bogotá ni al certificado de tradición y libertad del inmueble de la calle 5a. Sur No. 8-60 de esta ciudad, el valor probatorio que la ley les asigna.

Explica el demandante que el sentenciador no tuvo en cuenta la presunción de autenticidad dada a esta clase de documentos públicos pese a no encontrarse demostrado lo contrario mediante tacha de falsedad con lo que se quebrantó el artículo 252 del C. de P.C. en armonía con el 36 del de P.P. y el artículo 1o de la ley 29 de 1973 que "otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el Notario y a lo que este exprese respecto de los hechos percibidos por él en ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece".

El hecho de que el vendedor hubiera continuado ocupando un apartamento y percibiendo parte de los cánones de arrendamiento producidos por el edificio no implica, como supone el Tribunal Superior, que la escritura como documento público no constituya plena prueba de lo que en ella se dice.

ALEGACIONES DE LAS PARTES NO RECURRENTES

El Ministerio Público representado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del demandante porque ninguno de los cargos formulados a la sentencia está llamado a prosperar.

Refiriéndose al motivo de nulidad endilgado porque el juzgado instructor debía suspender la calificación del mérito del sumario por existir una cuestión prejudicial que debía decirse previamente, afirma que la prejudicialidad civil no hace perder la competencia funcional del juez pues lo único que se suspende es la

calificación, es decir. "Lo suspendido será el acto de calificar el proceso, pero nada más, por lo que es un simple evento de procedimiento que no tiene la connotación de impedir la competencia ni quitar la competencia del funcionario".

Además, como en el presente caso ha discurrido un lapso superior a un año desde que se solicitó la suspensión de calificación sin que se tenga noticia que el proceso civil hubiese sido resuelto, desaparecen los motivos para pensar que el juez no podía calificar el sumario.

Respecto a los cargos formulados bajo el ámbito de la causal primera de casación por errores de apreciación de las pruebas recaudadas, la Sala se referirá en su oportunidad a las razones expuestas por la Procuraduría Delegada para rechazarlos.

El representante de la parte civil a su turno, en breve escrito presentado durante el término de traslado se identifica con los planteamientos del Procurador Delegado para solicitar que no se case la sentencia recurrida porque el libelo impugnatorio adolece de las fallas de orden técnico puntualizadas por el Ministerio Público perfilándose como un simple alegato de instancia.

Consideraciones de la Corte

Causal Tercera

Cargo Unico: Conforme al texto del artículo 35 del anterior C. de P.P. (Hoy artículo 40 de la nueva codificación) que trata de la prejudicialidad es obvio que la competencia del juez se extiende a las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso penal; pero si dichas cuestiones son a la vez elementos constitutivos del hecho punible y sobre ellas estuviere pendiente decisión judicial al tiempo de cometerse el delito, no se proferirá auto calificatorio mientras tal decisión no se haya producido.

Sin embargo, si transcurrido un año desde la oportunidad para la calificación de la investigación, no se hubieren decidido definitivamente las cuestiones que determinaron la suspensión, se reanudará la actuación.

Significa lo anterior que cuando la cuestión prejudicial al proceso penal es al mismo tiempo elemento configurativo del delito investigado y el juicio civil, laboral o administrativo que pretende resolverla de manera definitiva se hubiese iniciado *después* de cometido el hecho punible y no antes, el juez penal goza de plena competencia para decidir cuestiones extrapenales atinentes a la tipicidad del hecho, sin necesidad de suspender la calificación del sumario a la espera de una decisión por parte de otra jurisdicción. Tal sería el caso traído por la doctrina y la jurisprudencia de que con posterioridad a la comisión del delito de bigamia se

inicie el juicio civil para pretender la nulidad del primer matrimonio, que en ningún caso podría paralizar el proceso penal.

Entonces, siendo evidente que la iniciación del proceso civil en procura de la declaratoria de simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura 2877 de 7 de noviembre de 1986 de la Notaría Trece del Círculo de Bogotá tuvo lugar después de la comisión del delito de estafa, esto es, con posterioridad al momento en que el anciano Alberto Herrera Bobadilla se percató que había sido víctima de artificios o engaños de parte del procesado Cañón Niño para hacerse a la propiedad del edificio de la calle 5a Sur No. 8-60 de esta ciudad, no se remite a dudas que el Juez 51 de Instrucción Criminal no tenía por qué suspender la calificación del mérito del sumario a la expectativa de que se produjera una decisión definitiva por parte del juez civil al que correspondió conocer de dicho proceso.

Más aún, habiendo transcurrido un año desde que debió calificarse el proceso penal sin que el juez civil hubiese resuelto el juicio pendiente, el juzgado de instrucción continuaba con la competencia que nunca perdió, para calificar el mérito del sumario como lo entendieron el Tribunal Superior que revocó la providencia que dispuso suspender la calificación por dicho lapso, y el Procurador Delegado que se opone a la prosperidad del cargo formulado.

Por lo demás, la causal de nulidad planteada por el recurrente, esto es, la incompetencia del Juez se refiere, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte "al caso de que la acción penal sea ejercida por un juez a quien no se le haya asignado la correspondiente competencia para hacerlo sino que esté usurpando la que se ha conferido a otro. Pero no a aquél en que, siendo el señalado para hacerlo, no pueda llevarlo a cabo porque un motivo especial se lo impide" (Cas. de 17 de agosto de 1982, entre otras).

De modo que si el juez de instrucción criminal no excedió las límites de su jurisdicción ni invadió la órbita de otros funcionarios no incurrió en el vicio de nulidad endilgado.

No prospera la impugnación.

Causal Primera

Primer Cargo: Como acertadamente anota la Procuraduría Delegada, los testimonios dejados de apreciar por el sentenciador carecen de la trascendencia probatoria que se les atribuye puesto que individual o conjuntamente considerados no alcanzan a desvirtuar uno de los pilares en que se apoya la responsabilidad del acusado, concretamente, el hecho de no aparecer suficientemente probada su solvencia económica para responder por el precio de la venta, es decir, la suma de cuatro millones de pesos ni el origen o procedencia de dicha cantidad de dinero.

Las declaraciones marginadas del debate probatorio por los juzgadores de instancia, aluden vagamente a pequeños préstamos de dinero hechos por el sindicado a sus amigos o conocidos o recibidos de ellos, sin que a ninguno de los declarantes les conste en forma directa o personal la procedencia o tenencia de considerables sumas para cancelar el precio de la venta; por lo que a dichas pruebas les falta la incidencia requerida para modificar las conclusiones de la sentencia de condena, tornando intrascendente el error de apreciación denunciado.

No prospera el cargo formulado.

Segundo Cargo: Este reproche adolece del mismo defecto del anterior puesto que el acogimiento a la amnistía tributaria por parte del procesado y la declaración de renta por el año gravable de 1986, de que tratan los documentos que se dicen fueron desconocidos o ignorados por el sentenciador, contienen manifestaciones personales del procesado hechas con posterioridad a la consumación del ponible investigado, las que por sí solas no alcanzan a demostrar el préstamo de dos millones de pesos en efectivo recibido de su cuñada Marielina Reyes de Cañón ni demeritar las conclusiones a que llegaron los juzgadores respecto a la venta ficticia acordada por los contratantes simuladores.

La prueba idónea para demostrar la existencia de préstamo es la letra de cambio que por dicho valor fue entregada por Angel María a su cuñada Marielina y que ésta dijo "tener por ahí" sin haberla exhibido o puesto a disposición del funcionario instructor como era su deber, razón que impidió a los juzgadores estimar este título valor.

De manera que si los documentos no apreciados por el juzgador carecen de la fuerza de convicción que de ellos se predica el falso juicio de existencia resulta frito.

Tercer Cargo: Hay falso juicio de identidad por distorsión de la prueba cuando se tergiversa o falsea su real contenido o sentido con el propósito de arribar a conclusiones contrarias a la realidad probatoria que emerge del proceso.

Afirma el demandante haberse incurrido en falso juicio de identidad porque a los testimonios por él relacionados en la demanda (siete en total) se les hizo aparecer como "respaldantes" de la acusación formulada por el denunciante Ignacio Herrera Rivera cuando la verdad es que se refieren a hechos diferentes y aún opuestos en los relatados por él; manifestación que pudiera considerarse parcialmente cierta en cuanto hace al Juzgado Penal del Circuito, pero no debe perderse de vista que en el balance final del acervo probatorio dicho Juzgado como el Tribunal Superior llegaron a concluir que las circunstancias de lugar, tiempo y modo que rodearon los hechos materia de investigación penal aparecían siendo corroboradas o respaldadas "en gran parte" con los testimonios rendidos por parientes y familiares y varios inquilinos del edificio de propiedad de la víctima; pruebas que pese a encontrarse debidamente especificadas en la sentencia no

fueron objeto de impugnación por parte del recurrente. Es decir, que las circunstancias modales del hecho punible puesto en conocimiento de la justicia por Ignacio Herrera Rivera encontraron comprobación en testimonios distintos a los mencionados por el actor.

Una vez más el cargo es infundado e inocuo.

Las alteraciones mentales o falta de lucidez padecidas por el anciano Alberto Herrera Bobadilla de las cuales da fe el médico Oscar Leonel Ramírez, lejos de haber sido desconocidas fueron tenidas en cuenta por los falladores para inferir que el acusado se había aprovechado de esa situación influenciando la voluntad de la víctima y la circunstancia de que las guardas de la chapa de la puerta principal del edificio hubiesen sido cambiadas después de muerto el octogenario Alberto no descarta la posibilidad de que éste hubiera ordenado en vida dicho cambio.

No prospera la impugnación.

Cuarto Cargo: Si a determinados documentos privados obrantes en autos, no se les reconoció por el juzgador el valor probatorio asignado por la ley, trataríase, en tal evento, de un error de derecho por falso juicio de convicción y no un error de hecho por falso juicio de identidad como equivocadamente lo planteó el demandante.

Y si a lo anterior se agrega que éste no supo precisar o determinar cuál es el valor de convicción señalado por la ley a las copias fotostáticas de la letra de cambio y el comprobante de pago del precio de la venta del inmueble pues la norma citada al respecto, esto es, el artículo 281 del C. de P.C., nada tiene que ver con las mismas sino con los asientos, registros y papeles domésticos; colígese que el cargo de violación indirecta de una norma sustancial ha sido planteado a medias no pudiendo la Corte en sede de casación llenar los vacíos ni suplir las deficiencias de que adolece la demanda como tampoco suplantar al demandante interpretando el sentido y alcance de la impugnación.

No prospera el cargo formulado.

Quinto Cargo: Es verdad que los falladores no tuvieron en consideración la presunción de autenticidad reconocida por el artículo 252 del C. de P.C., a documentos públicos como la escritura de venta de que da cuenta el proceso, porque confrontando las estipulaciones en ella consignadas por los contratantes en cuanto al acuerdo de voluntades para vender y comprar, la entrega real de la cosa vendida por el vendedor al comprador y el pago del precio por parte de éste, con los demás medios probatorios obrantes en autos concluyeron, a través de inferencias lógicas y razonables, que dicha negociación era simulada pues detrás de esa aparente y formal legalidad se ocultaba el verdadero deseo de los contratantes que no era otro que el de simular una venta del inmueble con la finalidad de quitarle

su administración a la empresa inmobiliaria "Granatell Ltda" por razones de que dan cuenta el denunciante y varios familiares suyos; es decir, que su voluntad real no coincidía con la voluntad por ellos declarada en escritura pública.

Desvirtuada la prueba en contrario la presunción de autenticidad reconocida por la ley a esta clase de documentos mal podía persistirse en dicha ficción cuando por otros medios de persuasión serios y atendibles aparece demostrada la falsedad de su contenido (Artículos 252 del C. de P.C. y 284 del C. de P.P.).

Tampoco prospera el cargo formulado.

No sobra poner de presente el desacierto en que incurre el recurso al cuestionar o parcelar a su arbitrio el acervo probatorio para llegar a conclusiones diferentes a las que llegó el sentenciador dejando de lado indicios como la solvencia económica de que gozaba el anciano Alberto Herrera Bobadilla, se rechazaba la posibilidad de que acudiera a préstamos de dinero en efectivo, el precio irrisorio por una edificación de vario pisos y apartamentos; el hecho de que el supuesto vendedor no se hubiera despojado de la posesión del inmueble vendido sino que continuara percibiendo los cánones de arrendamiento; que no apareces consignada o invertida la suma de dinero recibida como precio de la venta y el hecho de no haberle sido devuelta la letra de cambio por millones y medio de pesos al octogenario Herrera Bobadilla (Ver fecha autenticación fotocopias vistibles folio 203 del expediente); los que sumados a los rechazados por el actor sirven para dar por demostrada la existencia del delito de estafa y la responsabilidad que en el mismo le cabe al procesado.

Criticable resulta la actitud asumida por los juzgadores de instancia al otorgarle al procesado Angel María Cuñón Niño el subrogado de la condena de ejecución condicional sin consideración a la naturaleza y modalidades del hecho punible y a la personalidad del agente caracterizada por su evidente rebeldía y desacato a las órdenes del juez y a la falta de colaboración con la justicia; circunstancias que a juicio de la Sala permiten suponer fundadamente que el condenado requiere de tratamiento penitenciario.

Igualmente es censurable el hecho de que los falladores no hubiera ordenado la cancelación de la escritura pública contentiva del contrato de compraventa del inmueble objeto de la estafa, esto es, la número 2877 de 7 de noviembre de 1986 expedida por la Notaría Trece del Círculo de Santafé de Bogotá, y su respectivo registro, como lo ordenaban los artículos 16 y 53 del Decreto 050 de 1987, vigente al momento de la consumación de los hechos (hoy art. 14 y 50 del nuevo Código de Procedimiento Penal); pese a darse por demostrado en las sentencias de mérito que dicho documento fue el medio de que se valió el acusado para inducir en error a su víctima; irregularidades que la Corte no puede enmendar ni corregir en sede de casación dadas las limitaciones de este extraordinario medio de impugnación.

Su competencia en este campo se encuentra restringida por los principios de taxatividad y limitación de las causales de casación en virtud de las cuales le está vedado tener en cuenta las que no han sido expresamente alegadas por el recurrente; salvo que de la atenta revisión del proceso aparezca de modo ostensible que la sentencia impugnada fue dictada en juicio viciado de nulidad por inobservancia del debido proceso, o desconocimiento del derecho a la defensa del procesado, o porque la misma atente contra cualesquiera de las garantías fundamentales consagradas en la Constitución Nacional; eventos en los que se impone su reconocimiento oficioso (arts. 228 y 304 del C. de P.P. vigente y 227 y 305 de la anterior codificación).

Es verdad que el art. 61 del Estatuto Procedimental Penal, en desarrollo del principio rector del artículo 14 ibídem, faculta al funcionario judicial para ordenar la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente en procura de restablecer el derecho violado; pero también lo es, que dicha prerrogativa solamente puede ser ejercitada por los jueces durante las instancias a solicitud de la parte interesada o de manera oficiosa.

No existe norma constitucional de aplicación inmediata que consagre dicho principio pues el artículo 250 de la Constitución Política de 1991 que alude a él, señala, entre las funciones dadas a la Fiscalía General de la Nación, la de tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho quebrantado, atribución aplicable únicamente en la etapa de sumario (art. 120 y ss. del C.P.P.).

De manera que la Corte como juez de casación no resulta competente para un pronunciamiento de esta índole por las razones anotadas, especialmente, porque el fallo recurrido no atenta contra ninguno de los derechos o garantías fundamentales del individuo consagradas en la Constitución Nacional; la parte civil o el Ministerio Público legitimados para hacerlo, no solicitaron durante las instancias la cancelación del título espurio y su respectivo registro, ni acudieron en casación para enmendar el yerro advertido privándola de la oportunidad de tomar una decisión relacionada con el restablecimiento del derecho violado.

Decisión

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

Resuelve

No casar la sentencia recurrida a nombre del procesado Angel María Cañón Niño de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Calvete Rangel

Jorge Carreño Luengas

Guillermo Duque Ruiz

Gustavo Gómez Velásquez
Aclaración de voto

Dídimo Páez Velandia

Edgar Saavedra Rojas
Con salvamento de voto

Juan Manuel Torres Fresneda

Jorge Enrique Valencia M.
Salvo mi voto

Rafael Cortés Garnica
Secretario

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

El artículo 219 del Código de Procedimiento Penal ratifica la validez del principio constitucional de la primacía del derecho material, al tiempo que señala como una de las finalidades de casación la efectividad de las garantías de las partes procesales; y nadie puede discutir que las víctimas del delito, así no hayan tenido representación procesal, hoy por hoy son partes fundamentales del mismo, precisamente por la existencia del principio rector del restablecimiento del derecho, que impone absoluta oficiosidad para la obtención de la indemnización de perjuicios, así la persona ofendida no se haya constituido en parte civil.

Radicación No. 6484. Casación

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A continuación expongo las razones por las cuales discrepo parcialmente de la decisión aprobada mayoritariamente por la Sala, puesto que considero que, en cumplimiento de principios constitucionales y legales, era un deber ineludible haber ordenado la cancelación de la escritura de compraventa del inmueble objeto de la estafa.

Inicialmente, como consecuencia de las reivindicaciones liberales logradas por los revolucionarios franceses y posteriormente por el protagonismo universal de los derechos humanos a partir de la famosa declaración de los mismos por la Organización de Naciones Unidas, en verdad el proceso penal se convirtió en un foro de permanentes propuestas, debates y controversias respecto de los derechos y garantías que se debían preservar en favor del procesado, dejando de lado de manera grave a otro trascendental protagonista del proceso penal como lo es la

víctima: olvido que muchas veces acarreaba una nueva victimización dentro del proceso penal, que a lo sumo ofrecía al ofendido, en algunas ocasiones, la satisfacción espiritual de ver castigado al culpable de sus desgracias pero sin poder obtener satisfacciones de carácter económico que concretaran la justa indemnización de los daños materiales y morales recibidos como consecuencia del hecho delictuoso.

Esa situación de desequilibrio existente en el procedimiento comenzó a corregirse con la expedición del Decreto 052 de 1987 por medio del cual se dictó un nuevo código procesal que contenía los denominados principios rectores, *entendiéndose por ellos de manera general una serie de preceptos de carácter constitucional, de ideas extractadas de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de otras leyes que contenían principios de particular trascendencia política, que el legislador consideró debían servir de guía y pauta interpretativa en la aplicación de la ley, por lo que les otorgó una mayor trascendencia valorativa.* Entre ellos conviene destacar el que se ha denominado de restablecimiento del derecho.

Eso desde la perspectiva global de los principios rectores, pero ya en particular en relación con el restablecimiento del derecho, quiso el legislador que sin desconocer los derechos y garantías consagrados en favor del procesado, la víctima recibiera la categorización procesal que se merecía y que por lo tanto el proceso se convirtiera en un instrumento efectivo para que obtuviera el restablecimiento del derecho, lo que representa la posibilidad de recuperar lo perdido si ello fuere posible; o la indemnización por los perjuicios materiales y morales recibidos como consecuencia del delito; o la devolución de lo ilícitamente invadido; o la cancelación de los registros falsos por medio de los cuales se hubiera pretendido desposeerlo de bienes cuya trasferencia está sometida a esa solemnidad.

Para instrumentar el principio rector del restablecimiento del derecho se crearon los mecanismos normativos que facultaban al juez para que oficiosamente o por petición de parte, dentro del proceso o a su finalización, restaurara los derechos vulnerados por el delito y se indemnizara a la víctima, habiéndose previsto, por ejemplo, la imperativa obligación de condenar en concreto en todos los casos en que se hubieran producido los perjuicios, siendo ellos valorables e individualizables, para convertirlos en la justa indemnización que merece la víctima del delito.

Lo que fue el preámbulo se concretó normativamente en la última codificación procesal, con una simple diferencia nominalística pues, entonces se hablaba de principios y ahora de normas rectoras, pero con una mayor trascendencia en cuanto al restablecimiento del derecho, por haber adquirido rango constitucional puesto que una de las disposiciones de la Carta prevé como una de las finalidades supremas del proceso penal el restablecimiento de los derechos de las víctimas.

Como si lo anterior no fuera suficiente debe recordarse otro principio constitucional de particular importancia, contenido en el art. 228 cuando establece que en las decisiones de los jueces "prevalecerá el derecho sustancial"; mandato que no se observa en el caso del que nos apartamos, puesto que se hacen prevalecer las formalidades adjetivas de un recurso extraordinario sobre el derecho sustancial y sobre la justicia.

El anterior principio constitucional se encuentra debidamente desarrollado por el artículo 219 del C. de P.P. cuando señala cuáles son los fines de la casación al establecer: "El recurso extraordinario de casación tiene por fines primordiales la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la reparación de los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida, y la unificación de la jurisprudencia nacional".

Esta norma procesal ratifica la validez del principio constitucional de la primacía del derecho material, al tiempo que señala como una de las finalidades de la casación la efectividad de las garantías de las partes procesales; y nadie puede discutir que la víctimas del delito, así no hayan tenido representación procesal, hoy por hoy son partes fundamentales del mismo, precisamente por la existencia del principio rector del restablecimiento del derecho, que impone absoluta oficiosidad para la obtención de la indemnización de perjuicios, así la persona ofendida no se haya constituido en parte civil.

Pueden también citarse otras disposiciones de primacía valorativa precisamente por ser normas rectoras, algunas de las cuales se limitan a reiterar principios constitucionales y otra que sin repetir principios fundamentales, por ser principios rectores, sí ameritan una especial preferencia valorativa. Es lo que sucede con el artículo 9o. que al señalar cuál es la finalidad del procedimiento, establece que: "En la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo y buscarán preferencialmente su efectividad".

Así mismo conviene recordar el artículo 13 en cuanto alude a la corrección de actos irregulares al disponer que: "El funcionario judicial está en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales". Esta última norma se ubica dentro de la perspectiva de la Sala mayoritaria que acepta la existencia del error omisivo por parte de las instancias y se lo reprocha con vehemencia, y sin embargo, dándole validez a principios constitucionales y a principios rectores no se decide corregir el error, optando por la vía de las formalidades procesales y obviamente dando primacía al derecho adjetivo sobre el material.

Por otra parte el artículo 250 de la Carta Política en su numeral primero señala entre las funciones de la Fiscalía la de: ".....tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios ocasionados con el delito".

No compartimos la interpretación que de la norma hace la Sala mayoritaria cuando afirma que esta atribución es "...aplicable únicamente en la etapa del sumario", porque con la misma se desconoce la naturaleza propia del proceso penal como una unidad inescindible integrada por dos partes, una de la cuales, el sumario, es la preparación y fundamento de la segunda, el juicio.

Es indesconocible que dentro del procedimiento impuesto, de concepción mediatamente próxima al sistema acusatorio, la actividad de la Fiscalía se circunscribe fundamentalmente a la etapa investigativa, para verificar la existencia de una violación a la ley penal, identificar o individualizar a los autores y recaudar la prueba indispensable para que en el juicio se pueda producir una decisión de responsabilidad o irresponsabilidad; y en el primer evento, traslada su competencia al juicio como una parte más que de manera regular deberá asumir la búsqueda de esa decisión de responsabilidad, consecuente con la acusación que haya formulado en el momento del cierre de la investigación.

Pero el hecho de que la Fiscalía haga presencia principalmente en el sumario no quiere decir que sus funciones y los objetivos probatorios conseguidos en esta etapa no deban trascender necesariamente a la segunda, es decir, a la de juzgamiento, porque ello significaría hacer una escisión en lo que teórica y políticamente no es posible y que llevaría a desvertebrar totalmente la función represiva del Estado.

Lo anterior es teórica y políticamente claro porque si dentro de las funciones de la fiscalía en el sumario se encuentran la demostración de la violación de la ley penal, la determinación de la violación de la ley penal, la determinación de la existencia de presuntos responsables y, en el ámbito del resarcimiento de los perjuicios, lograr la comprobación de la existencia de daños materiales y/o morales, es lógico que aquella entidad decrete el embargo y secuestro de bienes para que después de concretada la resolución de acusación, en la audiencia pública, consecuentemente con su posición inicial, solicite una decisión de responsabilidad y con ella la condenación en perjuicios y por consiguiente, que la víctima obtenga un efectivo restablecimiento de sus derechos, como lo ha querido el constituyente.

La afirmación de la Sala mayoritaria llevaría a concluir que las pruebas practicadas en desarrollo de la investigación sólo serían utilizables en la etapa sumarial y que únicamente en este segmento del proceso podrían adoptarse medidas para hacer efectivo el restablecimiento del derecho, cuando ello no consulta la normatividad procesal puesto que al tenor del artículo 48 del C. de P.P. la parte civil puede constituirse aún en la causa, lo que implica que las pruebas y las decisiones relacionadas con el comentado derecho de la víctima, también son materia de pronunciamiento de los jueces. Así mismo la tesis de la cual disiento desconoce la actividad finalística de la labor de la fiscalía en cuanto a la búsqueda de la verdad y a la obtención de una decisión de responsabilidad o irresponsabilidad y como ya se dijo, en el caso del primer evento, de conseguir un pleno restablecimiento del derecho para las víctimas.

Estamos plenamente convencidos que por tratarse de un recurso extraordinario, el juez de casación ve restringida su actividad por los principios de taxatividad y limitación; no obstante, tal delimitación no es absoluta porque en aquellos casos en que se hayan violado los derechos fundamentales o se hayan contrariado de manera manifiesta las garantías constitucionales, la Corte adquiere plena competencia.

Esto último es lo que exactamente ocurre en el presente caso, porque los juzgadores de instancia desconocieron imperativos deberes establecidos en la Constitución y la ley en tales circunstancias, era ineludible para la Sala de Casación Penal subsanar la reprochable omisión y aún cuando ello no hubiera sido pedido, ha debido ordenar la cancelación de la escritura pública contentiva del contrato de compraventa del inmueble y su correspondiente registro, con los cuales se cometió la estafa que dio lugar a la sentencia de condena de la que nos apartamos parcialmente.

En síntesis, pese a ser un recurso extraordinario y a ser tan limitadas las competencias del juez de casación, estas limitaciones no pueden estar por encima de la justicia o en contradicción o desconocimiento de los principios de la Constitución Política.

Las razones precedentes nos apartan parcialmente de la respetable decisión de mayoría.

Fecha ut supra

Edgar Saavedra Rojas
Magistrado

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

No consiste la restitución en una simple entrega del bien a manos del damnificado. Es fundamental el retorno al statu quo, de la situación jurídica anterior al punible, incluso con la anulación o revocación de los actos jurídicos afectados por dichas desviaciones.

Referencia: Proceso casación No. 6484

Delito: Estafa

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

No creí que el tema que aborda la parte final de la sentencia referido a que la Corte -como juez de casación- le está vedado adoptar las medidas necesarias para restablecer el derecho turbado, tuviera sustancia polémica. Entendí siempre que el autor de una conducta penalmente desaprobada no sólo debía cargar con una sanción y una responsabilidad civil, *in totum*, sino, además, que el juez en lo criminal, actuando oficiosamente tenía facultades plenas para restablecer el derecho quebrantado a su integridad anterior, como lo prescribe el contenido de la ley (Art. 14 del C. de P.P.). Y así lo seguiré entendiendo no empece respetables argumentos en contrario. Lo elemental de los planteamientos que siguen como sustento de mi criterio disidente excusan todo comentario adicional. Al fin y al cabo aquí no hay nada novedoso. Lo justo y nada más.

a.- Todo hecho punible puede originar a la par que un daño público que presupone el castigo de su autor una lesión privada que vulnera derechos del directamente agraviado por el delito o de terceros. Estos son titulares de la acción reparatoria y sus intereses deben ser resguardados prioritariamente por la justicia criminal.

b.- El juez penal -cualquiera sea su rango o categoría- está legalmente capacitado no sólo para sancionar el injusto sino para asegurar el ordenamiento jurídico lesionado volviendo las cosas al estado anterior a la violación del derecho

al través de los fenómenos propios de la restitución, la reparación y la indemnización como instrumentos efectivos para alcanzar una reparación total. Los efectos del delito que se rozan con problemas propios del *ius privatum* o *ius civile* hay que resolverlos en su propia técnica.

c.- Uno de los deberes ineludibles de la justicia represiva, con arreglo a la ley -proferida, naturalmente, la sentencia de condena- es la restitución, en sentido amplísimo, de la cosa, materia del delito, a su legítimo detentador y la cesación de las consecuencias del ilícito. Empero, no consiste la restitución en una simple entrega del bien a manos del damnificado. Es fundamental el retorno al *statu quo ante*, de la situación jurídica anterior al punible, incluso con la anulación o revocación de los actos jurídicos afectados por dichas desviaciones. Reintegrar el objeto a quien tiene derecho a su devolución por encontrarse en legítima posesión del mismo, es decisión que hace parte integrante de la sanción penal y que representa la aplicación del más puro y recto interés público y privado. No deja de ser desarrollo primitivo del derecho sostener lo contrario.

d.- Importa señalar que con arreglo a los fines superiores del derecho penal la restitución puede y debe hacerse de manera oficiosa por la jurisdicción del crimen. Criterios de equidad y de rectitud abonan el planteo. Jamás el poder ordenador de la ley puede llegar a sustituir lo que es fundamentalmente razonable y natural. Cuando el juez emite juicios de valor para interpretar la norma -estimativos y no cognoscitivos- debe amoldar su criterio a la solución más racional que se inspire en el complejo orden jurídico y en los preceptos de lo idealmente justo. Actuando en tal forma no se aparta de su deber de obediencia al derecho y, por el contrario, atempera sus alientos a las exigencias de la justicia, de lo que se debe hacer (*logos* de lo razonable).

e.- Frente a los mejores principios es descalificable, como acto judicial, el criterio que desarticulando el poder de decisión característico del juez penal a través del proceso, anula e invalida la facultad de dispones de las medidas necesarias para la satisfacción del restablecimiento de la situación existente antes de la ocurrencia del supuesto delictivo. Los marcos abstractos y formales, tan simples y disvaliosos, cederán siempre al desarrollo de procedimientos que preserven el valor "justicia" en concreto. Nada interesan los resultados axiológicos puros, si la justicia se frustra y se empeña su sentido. El derecho, al menos el penal, no puede quedar a merced de exigencias convencionales que frente a las necesidades de un evento concreto, como el de autos, impida dictar una sentencia justa e integral con la restauración plena y absoluta del desequilibrio creado por el delito. La función jurisdiccional penal tiene también sus propias exigencias. En rigor esto es así.

f.- Era, pues, compromiso ineludible de la Sala Penal de la Corte corregir la omisión de las instancias y ordenar, sin dilaciones, aún de oficio, la cancelación de la escritura pública espuria y su correspondiente registro con miras a obtener una reintegración exacta del patrimonio despojado. La facultad judicial penal de

pronunciarse sobre estos extremos adviene obligatoria, exista o no petición de parte, por estar encaminada a satisfacer un elevado interés público y las propias exigencias del derecho privado, vapuleado por el injusto. Tiene esta postura, al menos para mí, categoría de máxima. No puedo ver las cosas de otra manera teniendo en cuenta las enseñanzas de la ciencia penal, las experiencias de la práctica y un criterio ideal de justicia.

Finalmente, y en respaldo de mi disentimiento, hago mías las consideraciones filosófico-políticas, brillantes por cierto, concretadas en el salvamento de voto emitido por los doctores Saavedra Rojas y Gómez Velásquez.

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra

ACLARACION DE VOTO

Casación 6484

Delito: Estafa

ACLARACIÓN DE VOTO

Los motivos de discrepancia suscritos por los magistrados Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia M., los comparto en sus esencias y formas de expresión. Esos razonamientos, que se detienen en la evolución legislativa y en los actuales alcances del instituto en juego (la protección debida al ofendido o perjudicado), constituyen sólido fundamento para tomarse una determinación como la que rehusó la Mayoría, contentándose ésta con una voz de protesta pero dejando las cosas en su mismo irregular y nocivo estado.-

Casi nada tendría que agregar a esos planteamientos. Pero ellos me permiten, con sobrada solvencia, hacer unas brevísimas indicaciones que revelan más aún la opinión que el suscrito tiene sobre el punto:

a).- La salvaguardia de los derechos del ofendido y perjudicado con un delito, constituye obligación tan categórica e ineludible que se refleja constantemente en previsiones y mandatos que cubren todo el proceso, sin que pueda decirse que se confine a un determinado estadio procesal, fuera del cual, y por una omisión involuntaria, indecisión del funcionario, torpeza o mala fe de éste, etc., ya no sea dable cumplir con la misma, que busca la efectividad del sistema que se encamina al señalado y comentado fin;

b).- El que existan dispositivos extrapenales que, en cierta forma abordan estos problemas y tratan de ofrecer otro modo y medio de solución, no es motivo para que regulación tal, ideado para casos en que no se dio un proceso penal o éste no concluyó en fallo de condena, se convoque como inhabilitante del magisterio penal y se impida a éste tomar y desarrollar exhaustivamente sus obvias conse cuencias. Aquello, que es sucedáneo, no puede trasponerse a situación principal y excluyente, pues queriéndose así ofrecer al máximo de beneficios a la postre resultan negándose éstos u obstaculizándose. Lo que la ley ha querido no es

encadenar una serie de procedimientos, primero penales, luego civiles y finalmente hasta notariales o similares, sino que la cuestión pueda concluir en uno solo a efecto de llevar la restitución del derecho al ofendido en forma expedita y directa;

c).- Por estar dirigidas al mismo objetivo y exhibir la misma base, no encuentro diferencia alguna, todo sobre la perspectiva de mantener incólume el debido proceso y evitar afecciones a terceros, en entender que el mandamiento de volver un bien o una cosa, desplazados por el delito de su legítima órbita de dominio o posesión, cancelándose la escritura, registro, título, etc., que se impida este imprescindible reingreso patrimonial, se pueda asumir *en el fallo de primera o segunda instancia*, o en *el pronunciamiento de casación* cuando en esta sede se advierta una omisión al respecto o una determinación en punto tal que contradiga el derecho, *o una vez concluida las instancias y el recurso extraordinario*. Para mí se da una idéntica situación, posibilidad y exigencia, más cuando se observa, en la segunda de las hipótesis, que el pronunciamiento lo emite la máxima entidad ante la cual se podría actuar en desarrollo de los posibles trámites y lo hace con conocimiento total del expediente;

d).- Por sobre este señalamiento encuentro todavía procedente que la primera instancia, al llegarle el expediente, tome la determinación a que obliga la ley en el cuestionado punto, con la eventualidad de someter su decisión a la segunda instancia, mediante las acciones o recursos pertinentes. Se trata simplemente de la ejecución de la sentencia, sin que esta noción se restrinja únicamente a los aspectos de las penas (incidentes de liberación, cancelación o expedición de órdenes relacionadas con la libertad, sanciones accesorias -interdicción de derechos y funciones públicas, multas, suspensión o pérdida de oficios o potestades, etc.), sino a todo lo que tenga vínculo consustancial con el fallo emitido y sea corolario forzoso de la misma. Si la transacción mediante la cual se despojó a alguien de su bien se ha develado por obra del fallo penal en un acontecer delictivo, el determinar esto último entraña el imperativo de ordenar la cancelación de los registros que fueron producto de la falsedad, la estafa, etc.. La cuestión no es que aparezca o venga a definirse en la actuación complementaria o adicional de la sentencia o como surgida con posterioridad a la misma, sino que el proceso estableció las bases de esa definición y la sentencia, propiamente, la asumió al indicar qué delito se había cometido, por quién y sus naturales efectos. De ahí, repito, que nada nuevo se está diciendo en cuanto al reintegro de ese bien al patrimonio de ese ofendido, tomando estos finales y exigibles aprestos. Con ésto se quiere destacar cómo a nadie, y menos al procesado, se le está sorprendiendo porque resulta tan objetiva, obvia y necesaria la medida que no es dable imaginar, sobre este supuesto, un sorprendimiento arbitrario, puesto que dicha previsión legal ha contado desde antes del proceso, durante el mismo e igualmente se mantiene al darse la ejecución de los dictados de la sentencia;

e).- No está por demás destacar la tesis que domina en la acción civil ejercitable en el proceso penal. O sea, la situación de privilegio que establece la

ley para el ofendido o perjudicado, en razón de la especialísima naturaleza del factor que desencadena su daño: el delito. Persona alguna puede mostrarse indemne a los efectos de su realización, por más que cuide ella misma de defenderse o el Estado sea celoso en su protección; ni tampoco se niega, en el agredido, reales y lamentables desventajas y desmejoras. El delito suele arrasar, en un momento dado, con vida, patrimonio, honra, etc. y cambiar totalmente las condiciones del vivir que se llevaba. Por ésto la restauración de su derecho priva sobre toda otra consideración. Primero cuenta para él esa reparación, prefiriéndose la restitución e integrándose con las condignas indemnizaciones. Cuanta justicia no hay, para presentar la cuestión con un ejemplo, en que aquél que fue privado de un bien por una estafa, una falsedad o una extorsión, lo recupere de inmediato, porque así lo diga específicamente la sentencia de primera o segunda instancia, o lo señale la Corte al conocer de la casación, cualquiera sea el sentido y resultado de ésta, o se declare así por el funcionario competente de primer grado, luego de concluirse tal trámite. Y de este modo debe entenderlo el tercero, a quien le queda siempre la posibilidad de accionar contra quien, con vicio tan especial e insubsanable, le transmitió la pertenencia. El ofendido ya hizo su reclamación en el proceso penal al *delincuente* y resultó triunfante. Los demás, eventualmente relacionados con éste por el camino de los negocios civiles o comerciales, deberán incoar su pertinente pretensión pero no ahroquelarse en la situación que así se ha creado, para desconocerle al ofendido con el delito, el derecho que le fuera reconocido, o hacerle más dilatada y gravosa su integral recuperación.-

La objeción de las connivencias entre procesado y ofendido, las depura el propio proceso penal, o los que de éste pueden surgir (falsa denuncia, fraude procesal, etc.).-

Con el debido comedimento.

Gustavo Gómez Velásquez

Fecha ut supra.

PRUEBA

El juez de la causa deberá rechazar por impertinentes aquellas pruebas solicitadas que no tengan relación con los hechos materia de debate.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Segunda instancia No. 7840

Contra: Carlos Julio Mejía

Delito: Prevaricato

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 135

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diez de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Carlos Julio Mejía Clavijo contra el auto calendado el 30 de junio del año en curso, mediante el cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá negó la práctica de pruebas solicitadas por el procesado.

PRUEBAS SOLICITADAS

Abierto el juicio a pruebas, el procesado Mejía Clavijo presentó memorial en el cual solicitó que se recepcionara declaración a las siguientes personas:

a) Aristóbulo Sánchez Putinico, con el fin de que aclare los puntos fundamentales sobre los cuales versa su denuncia -fecha y forma en que dice haber adquirido

la posesión sobre el inmueble- y respecto de las claras contradicciones entre su dicho y el de otros testigos.

b) Jorge Eliécer Hernández, para que aclare contradicciones entre su versión y la de otros declarantes, así como lo referente a la negociación que realizó con el lote, y el motivo por el cual calló esas transacciones cuando rindió indagatoria ante el juez procesado.

c) María Obdulia Parra Vargas, con el fin de que manifieste como anterior propietaria del inmueble que originó la denuncia, la tradición, propiedad y posesiones que transcurrieron desde la fecha en que lo adquirió, hasta la actualidad.

d) Alintar Aldana González con el fin de que aclare la negociación realizada con Hernández, la forma como adquirió la posesión del lote y cómo fue despojado de la misma.

e) Testigos del contrato de compraventa del lote, para que aclaren lo referente a su contenido y establecer si se cumplió con la entrega de la posesión del mismo.

f) Miciades León Vasallo, Pablo Urrego Cortés y Pedro Moreno, personas citadas por el denunciante como testigos de la invasión.

g) El procesado solicitó que se oficiara al DAS y al F2 con el fin de que envíen los antecedentes que puedan registrar los señores Hernández y Sánchez, para poder apreciar de acuerdo con la sana crítica la credibilidad de los testimonios rendidos por los mismos.

h) Insistir en la pruebas decretadas y que no pudieron ser practicadas por el juez comisionado.

Concluye que las pruebas solicitadas, principalmente las testimoniales, conducen a demostrar que el señor Jorge Eliécer Hernández sí había entregado la posesión real del lote materia del proceso que cursó en el Juzgado Primero Penal Municipal de Usme, al señor Alintar Aldana González, y que posteriormente invadió de manera clandestina, arbitraria, y engañosa, quedando así desvirtuados los cargos que se le formularon por el delito de prevaricato. Con la prueba documental pretende demostrar que el denunciante y su cuñado no merecen la total credibilidad que hasta el momento se les ha dado.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal niega la práctica de la pruebas solicitadas por el procesado con fundamento en las siguientes razones:

El auto que calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, se circunscribe a que para el momento en que el procesado dictó el auto mediante el

cual resolvió la situación jurídica de Jorge E. Hernández no contaba con medios de prueba militantes dentro del expediente, en las condiciones exigidas por el art. 246 del C. de P.P., que respaldaran las determinaciones que en el citado proveído adoptó.

Por consiguiente el decreto de práctica de las pruebas que peticiona el incriminado en nada conducen a probar que dentro del proceso penal que adelantó por supuesta invasión de tierras sí existían medios de prueba que lo habilitaban para proferir dicha medida de aseguramiento y demás determinaciones que allí adoptó.

El pedimento de realizar diligenciamientos faltantes de cuantos fueron ordenados en la etapa sumarial tampoco tiene fundamento por cuanto en lo esencial se evacuaron, según aparece a folios 40, 90 y 121.

El Tribunal decreta oficiosamente el aportamiento a este asunto de copia fotostática autenticada del aludido proceso penal tramitado en el Juzgado Ochenta y Uno Penal Municipal, seguido contra Jorge Eliécer Hernández por el delito de invasión, a fin de conocer mejor todos los aspectos de tramitación que al mismo le dio el aquí procesado.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

En el escrito sustentatorio del recurso, el defensor de Mejía Clavijo afirma que el procesado, dando cumplimiento al artículo 491 del decreto 50 de 1987 indicó claramente lo que pretendía acreditar con cada uno de los testimonios solicitados en relación con los hechos materia del proceso.

Agrega, que si bien es cierto que ya fueron recepcionadas las declaraciones de Aristóbulo Sánchez Patiño y Jorge Eliécer Hernández, se debe tener en cuenta que ello ocurrió antes de oír en indagatoria al procesado, luego en su sentir la prueba no ha sido controvertida dentro del proceso.

La declaración de María Obdulia Parra Vargas, sin lugar a dudas va a dar luces en este proceso y ayudará a esclarecer muchas de las dudas existentes.

Las declaraciones de Alintar Aldana González, denunciante en el proceso que originó esta investigación, y de los testigos que corroboraron los hechos denunciados, son de suma importancia para poder establecer con exactitud si se incurrió o no en el delito de prevaricato.

Se refiere a otros testimonios de personas que fueron citadas, pero que no concurrieron a declarar, para sostener que si el Tribunal consideró era necesario oírlas, mal puede ahora afirmar que esas pruebas son inconducentes.

Concluye que todas y cada una de las declaraciones solicitadas son indispensables para el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia del debate.

Solicita revocar la providencia impugnada y ordenar que se decreten y practiquen los testimonios solicitados por su defendido.

En escrito presentado ante esta corporación, el señor defensor reitera los anteriores planteamientos y agrega que como ni el sindicado ni el defensor ha tenido la oportunidad procesal para controvertir la prueba, "negarle ese derecho a contrainterrogar implicaría negarle el derecho a la defensa".

Consideraciones de la Sala

La conducencia de la prueba, es un principio de derecho probatorio exigido como requisito para su admisibilidad, el cual está expresamente consagrado tanto en el Estatuto Procedimental anterior (arts. 490, 491, 251) como en el vigente (art. 250) conforme al cual no se admitirán pruebas que no conduzcan a establecer los hechos que son materia del proceso. En la etapa del juicio el peticionario de la prueba no solamente deberá indicar clara y precisamente lo que se propone acreditar con cada una de ellas, sino también su conducencia por la relación que tenga con los hechos que son materia del debate.

De tales parámetros legales, resulta obvio que el juez de la causa deberá rechazar por impertinentes aquellas pruebas solicitadas que no tengan relación con los hechos materia del debate, rechazo que se justifica por razones de economía procesal, y por el interés de evitar que se entorpezca la actividad probatoria con la aducción de medios de convicción claramente impertinentes a los fines indicados.

Pues bien, por parte alguna aparece que las pruebas solicitadas en la fase de juzgamiento tengan la incidencia debida con el asunto en materia del proceso como pasa a verse.

La resolución de acusación se circunscribe a que el implicado para el momento en que dictó el auto por medio del cual resolvió la situación jurídica de Jorge Eliécer Hernández no contaba dentro del proceso con los medios de prueba, en las condiciones exigidas por el artículo 246 del Estatuto Procesal que respaldaran las determinaciones que adoptó en el citado proveído.

La prueba testimonial solicitada, está encaminada a demostrar que el señor Jorge Eliécer Hernández sí había entregado la posesión material del lote objeto del proceso que originó la presente investigación al señor Alintar Aldana González, y que posteriormente lo invadió de manera clandestina, arbitraria y engañosa, prueba que como acertadamente lo consideró el a quo, no conduce a demostrar que dentro del proceso que adelantaba el incriminado por la supuesta invasión de

tierras, sí existían los medios de prueba que lo habilitaban para proferir la medida de aseguramiento y demás determinaciones que allí adoptó.

A fin de conocer mejor todos los aspectos relacionados con la tramitación del proceso adelantado en el Juzgado Ochenta y Uno Penal Municipal contra Jorge Eliécer Hernández por el delito de invasión de tierras, el Tribunal en forma acertada decretó de oficio el aportamiento a este asunto de la copia fotostática completa y auténtica del mismo.

Siendo claramente inconducentes las pruebas solicitadas, deberá confirmarse la providencia recurrida en la parte que denegó su práctica.

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

RESUELVE

CONFIRMAR el auto impugnado.

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 Cortés Garnica
Secretario

NULIDAD \ DERECHO DE DEFENSA
\ ERROR DE HECHO \ ERROR DE DERECHO
\VIOLACION INDIRECTA
\ INIMPUTABILIDAD \ PRUEBA
\ RESPONSABILIDAD

La desestimación de la prueba testimonial, no es causal de nulidad y mucho menos por violación al derecho de defensa.

Desestimar o subestimar las pruebas y el desconocimiento de la presencia de una causal de justificación por errónea apreciación probatoria, deben ser atacados por violación indirecta de la ley sustancial.

Las inimputabilidades responden por sus conductas cuando ellas sean típicas y antijurídicas solo que a ellos se les impone medidas de seguridad, lo que quiere decir que en ningún momento se puede concluir sin incurrir en error protuberante, que por ser inimputable, el sujeto deja de ser responsable y en consecuencia la sentencia debe ser absolutoria.

Las fallas de valoración de la prueba constituyen error de derecho por falso juicio de convicción, luego plantearlas como error de hecho que recae sobre la apreciación de la prueba, genera una insalvable contradicción y evidencia que el demandante no tiene claridad sobre la naturaleza de su inconformidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6986

Contra: Danilo Parra y otros.

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 135

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diez de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a resolver las demandas presentadas por los defensores de los procesados Danilo Parra Ariza y William Orlando Gordillo, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la cual se modificó la dictada por el Juzgado Cuarto Especializado al cambiar la medida de seguridad impuesta al primero de los nombrados, por la pena de dos (2) años de prisión, se confirmó la sanción impuesta a los demás enjuiciados y se profirió condena de perjuicios en concreto, por el delito de extorsión en la modalidad de tentativa.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Fueron resumidos por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, así:

"En Bogotá, en abril de 1988, Hernando Medina Trujillo comenzó a recibir llamadas a su residencia en las que lo amenazaban con atentar contra su vida y la de su esposa, si no entregaba diez millones de pesos. Ante esto el señor Medina puso estos hechos en conocimiento del D.A.S. por lo que se montó un operativo para lograr la captura de sus plagiarios el día en que debía entregar la suma exigida. En el momento en que el señor Danilo Parra Ariza fue a retirar el paquete que contenía el dinero, los agentes del D.A.S. procedieron a capturarlo, quien resultó ser Cabo 1o. de la Policía Nacional, así como a William Orlando Gordillo Ortíz (Sargento 2o. de la FAC), Eduardo Fajardo Cortés (Capitán del Ejército Nacional) y Edgar Juan Eduardo Sánchez León (Teniente de Fragata de la Armada Nacional), quienes prestaban sus servicios en la Escuela de Inteligencia 'Charry Solano'.

"El proceso lo avocó desde un comienzo el Juzgado 4o. Especializado de Bogotá, después de indagar a los capturados dictó en su contra auto de detención

el 2 de mayo de 1988. Posteriormente este mismo despacho negó que la competencia radicara en la Justicia Penal Militar ya que los hechos cometidos no fueron con ocasión del servicio que prestaban los cuatro miembros de las Fuerzas Armadas. El día 15 de octubre de 1988, el Juzgado 4o. Especializado no repuso su providencia mediante la cual citó a audiencia a los cuatro procesados, la cual finalmente se celebró entre el 28 de abril y el 18 de mayo de 1989.

"El 13 de junio de 1989, se profirió fallo de primera instancia en el que se condenó a Gordillo Ortíz, Fajardo Cortés y Sánchez León a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión y le impuso a Parra Ariza internación en establecimiento psiquiátrico por un mínimo de dos años, como responsable de extorsión en el grado de tentativa.

"Interpuesto el recurso de apelación el Tribunal del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá se pronunció del fallo apelado, revocando la decisión en cuanto a la medida de seguridad impuesta a Danilo Parra Ariza y condenándolo a la pena principal de dos (2) años de prisión. Contra esta decisión se interpuso el recurso de casación siendo concedido en favor de dos procesados únicamente, por lo cual se solicitó se decretara la nulidad a partir del auto que concedió la casación únicamente a los procesados Edgar Sánchez y Danilo Parra Ariza, ante esto la Corte así procedió".

II. Demanda presentada por el defensor de William Orlando Gordillo

El demandante solicita la infirmación del fallo de segunda instancia, por estimar que "Es nulo todo lo actuado en este proceso a partir del auto de cierre de investigación, por lo que debe reabrirse en el período probatorio de la etapa instructiva".

Presenta dos reproches así:

"Nulidad constitucional": Por acción y omisión la actuación jurisdiccional adolece de un vicio de fondo que hace nugatorio el derecho de defensa, violándose los artículos 26 de la Carta de 1886 y 29 de la actual Constitución, lo que determina la existencia de la nulidad consagrada en el artículo 305-3 del decreto 050 de 1987.

Afirma el censor que el juez de primera instancia omitió la práctica de pruebas que demostraban y explicaban la presencia de Gordillo Ortíz en predios del Parque Nacional, y "la justificación de la conducta de los incriminados".

Pruebas omitidas:

1. Inspección judicial a la Escuela Charry Solano:

Con esta prueba se demostraba que, en la mencionada escuela existía la programación de un ejercicio práctico de observación y descripción dentro del

curso que los sindicados realizaban y que tenía varias fases en su desenvolvimiento y una observación particular de los predios del Parque Nacional.

Señala que de la existencia del citado ejercicio dan cuenta los testimonios de Maritza Galindo, Rubén Acero Merchán, Jesús Antonio Muñoz Soto, Oscar Alberto Sepúlveda Salazar, Danilo Parra Ariza y Edgar Sánchez León, los que fueron "desestimados por el juzgador sin ninguna fórmula de juicio".

2. No se practicó ninguna diligencia conducente a establecer la identidad, comparecencia, o captura del sujeto que según Arley Caviedes, portaba una ametralladora con la cual intimidó y amenazó a los presentes en el parque, incluido el suboficial Danilo Parra Ariza; y menos de los autores, preparadores, ordenadores que organizaron con los subalternos el grupo político, "para cometer delitos políticos y extralimitación de mando".

3. Inspección judicial a la vivienda del demandante para demostrar las mentiras de éste, en cuanto al número de teléfono, su dirección y la existencia del buzón de correo. Se pretendía demostrar que hubo falsa denuncia y con ello se destruía la frágil estructura de los cargos.

4. No se ofició a la empresa de teléfonos para demostrar que el número 2635881 no correspondía a la dirección suministrada por el denunciante, como lugar de su domicilio y de las amenazas.

5. No se trasladaron las grabaciones al expediente, por medio de escrito certificado por el juez y tampoco se posesionó al perito expertógrafo Libin Alfonso Peñuela. Esta prueba se negó en auto de diciembre 76 de 1988 sin ninguna justificación legal. Se tuvo en cuenta en la sentencia de primera instancia "prueba oculta". La prueba era necesaria para demostrar que las voces obrantes no correspondían a ninguno de los uniformados retenidos.

6. Aduce que la sentencia recoge sin beneficio de inventario las afirmaciones del a quo, sobre la existencia de cartas amenazantes y sobre ese supuesto se articulan los fallos condenatorios, sin que nunca se aportaran las cartas o documentos aludidos por el demandante.

7. En diligencia de reconocimiento en fila de personas, estando presentes todos los retenidos, el denunciante no pudo identificar a ninguno de los que supuestamente ayudó a capturar. Este hecho de relieve absoluto, para demostrar la responsabilidad por la presencia de Gordillo en el parque, no mereció ni una referencia en el análisis de la prueba.

8. No se tomó declaración bajo la gravedad del juramento al indagado Danilo Parra Ariza, para asegurar la verdad de los hechos narrados en su primera injurada, con la cual el fallo de primer grado hubiera sido absolutorio para su cliente, pues

este testimonio demostraría la inocencia en cuanto al constreñimiento y al resultado, toda vez que los procesados entendieron donación para fines políticos y no que se estuviera cometiendo delito, "pero no como dice el fallo que hubo confesión y por falta de ese testimonio viró la duda en contra de los enjuiciados".

9. "Violación del derecho de defensa en la sentencia":

Según el denunciante, el juzgador a partir de supuestos, de conjeturas, de generalidades, de interpretaciones subjetivas, de una equivocada y peculiar exégesis, convierte sus omisiones deliberadas en indicios y pruebas, como el indicio de presencia que el juzgador convierte en flagrancia en la sentencia condenatoria.

Considera que se hace necesario establecer la relación de causalidad de el indicio con todos los actos preparatorios o preliminares del delito; en el caso de la extorsión con el constreñimiento en cualquiera de sus modalidades, las circunstancias de tiempo y espacio de su ocurrencia, "elementos tipificantes omitidos por la investigación que negó, desestimó las pruebas que explicaban la presencia de William Gordillo en el parque nacional y que además desvirtuaban en forma categórica la responsabilidad de este uniformado en todos los actos preparatorios o consumativos de ilícito alguno, pruebas que modificaban radicalmente la objetable sentencia, confirmada por la segunda instancia. Y que por el contrario demostraban como mínimo que se estaba en presencia de una causal de justificación en los términos del artículo 29-1 del decreto 100 de 1980, todo lo cual ha debido declararlo la sentencia del ad quem, si se hubiera dado vigencia al precepto constitucional del artículo 26 que salvaguarda la intangibilidad de la inocencia de todo ciudadano".

III. Demanda presentada por el defensor de Dante Parra Ariza

El demandante solicita la información de los fallos de primera y segunda instancia, y se declare la inocencia de Parra Ariza.

Primer cargo:

Alega violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, consistente en apreciación errónea de los dictámenes periciales aportados por el médico psiquiatra de Medicina Legal, sobre el estado psíquico de Parra Ariza.

Sostiene el censor que el Tribunal violó indirectamente los artículos 31, 2o., 5o. y 40 del numeral 2 del decreto 100 de 1980.

Concreta el error del fallador, en que dio un alcance diferente al dictamen psiquiátrico, desfigurando su significado al declarar que la enfermedad, caracte-

rísticas y secuelas de la misma no son coetáneos al acto delictuoso, cuando lo cierto es que el sindicado Danilo Parra "obró sin culpa; con insuperable coacción ajena, puesto que su enfermedad fue el mejor caldo de cultivo que pudieron encontrar los verdaderos culpables. La conducta denunciada es típica, antijurídica, pero no culpable por parte de Parra Ariza, porque su estado mental no le permitió obrar deliberadamente en forma dolosa; "su comportamiento es acorde con su enfermedad y por lo tanto es inimputable".

Segundo cargo:

Acusa violación indirecta por error de hecho consistente en que el Tribunal desfiguró el sentido de la indagatoria de Danilo Parra Ariza, violando el artículo 21 del decreto 100 de 1980.

Argumenta que erró el Tribunal al determinar que de acuerdo con la indagatoria, Parra Ariza actuó de manera voluntaria dentro del hecho punible, considerando que la credibilidad de la versión es ninguna y descartando la posibilidad de la excusa por el sindicado que no tuvo otra alternativa que aceptar su comportamiento.

Afirma que la interpretación de la indagatoria es errada, porque se planteó que Parra actuó voluntariamente y que tuvo que aceptar el hecho, lo cual no es cierto, porque no confesó el sindicado su actuación en esa forma que no tuviera otra salida posible. Al decir que no se le debe dar ninguna credibilidad a su versión, descarta entonces responsabilizar a los otros enjuiciados con fundamento en tal versión.

Concluye que Danilo Parra no admite que estuviera cometiendo un delito, por el contrario da a entender su ingenuidad. El Tribunal olvida que debe aplicar el principio de causalidad, porque la prueba principal base de la condena, "primera indagatoria", demuestra que el sujeto no obró en ninguna forma para cometer el delito de extorsión, y si éste se cometió fue por otros menos por él, pues no existe ninguna prueba que lo comprometa en las diferentes etapas del delito. Al "utilizar improcedentemente la indagatoria" se le condenó siendo que ninguno de los hechos aceptados es punible.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

1) Respecto a la demanda presentada a nombre de William Gordillo, entiende la Delegada que se plantean dos cargos, los cuales analiza en forma separada así:

a) Nulidad constitucional: Sostiene que en el desarrollo de esta censura el demandante hace planteamientos en los cuales entremezcla la nulidad con la violación indirecta de la ley.

Luego de transcribir un aparte de la demanda, afirma que si en concepto del libelista los testimonios allí mencionados fueron desestimados, esto es, fueron desconocidos, tal planteamiento "no es válido hacerlo a nivel de la causal de nulidad y mucho menos por violación del derecho de defensa; lo que debió argumentar fue la violación indirecta de la ley sustancial, por configurarse un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión".

Agrega que además el libelista hace afirmaciones que nada tienen que ver con el cargo, puesto que si la violación al derecho de defensa se presenta porque se dejaron de practicar pruebas fundamentales, no se puede a la vez hacer manifestación como la que trascribe a continuación:

"6) La sentencia de segunda instancia, recoge sin beneficio de inventario, la afirmación del a quo sobre la existencia de cartas amenazantes y sobre este supuesto articulan, primera y segunda instancia el fallo de condena. Pero nunca se aportaron las cartas o documentos aludidos por el denunciante en los cuales se contenían las amenazas".

Señala que si el censor considera que nunca fueron aportadas a los autos las cartas amenazantes y a pesar de ello se aceptan como ciertas, debió alegar un falso juicio de existencia por suposición, porque en últimas el Tribunal supuso que existían unas cartas que nunca fueron aportadas como elementos probatorios al expediente. Por otra parte la Delegada no entiende en qué medida existe vulneración al derecho de defensa, porque se acepte lo afirmado por unos declarantes, cuando esto hace parte del proceso de valoración que realiza el juez y en ninguna medida es constitutivo de nulidad.

Expresa que si el demandante considera que se desconoció la diligencia de reconocimiento en fila de personas, se debió alegar un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, además si cree que esta prueba no fue valorada por el juez en forma adecuada, conviene aclarar que el proceso de valoración no es atacable en casación, salvo que el juez desconozca o tergiverse el contenido fáctico, o simplemente suponga la existencia de un elemento probatorio. Añade el señor Procurador, que lo expuesto por el censor nada tiene que ver con la violación del derecho de defensa y mucho menos cuando el argumento principal radica en que faltó la práctica de una serie de pruebas. "Olvida que en el desarrollo de la demanda de casación no puede hacer afirmaciones de toda índole para tratar de obtener un resultado favorable a sus pretensiones porque el libelo no es un alegato de instancia, ni en él se permite cualquier tipo de argumentaciones porque la demanda como tal tiene una serie de reglas que deben ser respetadas". Transcribe pronunciamiento de esta corporación respecto de la técnica de casación en relación con la causal tercera.

Considera, que además de los yerros comentados se viola el principio de autonomía que rige las causales de casación en virtud del cual en el desarrollo del

cargo, no se podrán hacer argumentaciones correspondientes a causal distinta a la alegada, como ocurre en este caso.

Concluye que por falta de técnica en la demanda, no se puede hacer un estudio de fondo.

b) Violación del derecho a la defensa en la sentencia:

Con respecto a esta censura, estima el Delegado que es menester hacer claridad sobre ciertos puntos que trae a colación el censor a los cuales se refiere en los siguientes términos:

"Nunca se podrá hablar de violación al derecho de defensa dentro de la sentencia, porque la defensa como tal es un concepto muy amplio que implica que tanto al procesado como a su defensor se le garantice en forma efectiva su participación dentro del proceso penal presentando recurso, solicitando pruebas, participando en su práctica, alegando de conclusión, interviniendo en la audiencia pública, etc.

"La sentencia como tal es la providencia en la que el juez toma la decisión de fondo para determinar la responsabilidad de cada uno de los procesados, y allí lo que se hace es el proceso de valoración de los elementos probatorios en virtud del cual y de acuerdo con la sana crítica le exige que valore racionalmente todas y cada una de las pruebas para acorde con ésta fallar dentro del proceso. Si esto es lo que realiza el juez no entiende la Delegada en qué medida se viole el derecho a la defensa dentro de la sentencia en forma exclusiva. Si el demandante considera que viola el derecho a la defensa, porque se desconocieron algunas pruebas, este hecho como tal no es constitutivo de nulidad alguna, allí lo que se deberá alegar es una violación indirecta de la ley sustancial, por preterm isión de la prueba.

"Si en su concepto a unas pruebas no se les dio su verdadero valor, esto tampoco es un yerro de nulidad, porque esto hace parte del proceso de valoración que realiza el juzgador y en donde se deberán apreciar racionalmente las pruebas, sin que el valor que se les de a las mismas sea atacable en casación, por no estar sometidas a la tarifa legal probatoria.

"Por otra parte se alega que se desconoció la existencia de una causal de justificación que operaba en favor de su defendido. Esta afirmación además de ser general, no tiene ninguna relación con la causal alegada como es la nulidad. Por otra parte no determina cuál es la causa de la nulidad que alega, si la violación al debido proceso, al derecho a la defensa, u otra.

"En su desarrollo no cumple ninguno de los requisitos que técnicamente se exigen frente a la causal de nulidad, cuando ésta se alega.

"Los errores de fundamentación son tan evidentes, que la Delegada no ve la posibilidad para que el libelo cumpla la finalidad propuesta".

Frente a la demanda presentada a nombre de Danilo Parra Ariza, el Ministerio Público plantea las siguientes observaciones:

a) Primer cargo: Tanto los sujetos imputables como los inimputables responden por sus conductas cuando las mismas sean constitutivas de hechos punibles, solo que a los imputables se les imponen penas y a los inimputables se les imponen medidas de seguridad. En ningún momento se puede concluir que por ser inimputable el sujeto deja de ser responsable.

En relación con este aspecto, transcribe comentario del profesor Juan Fernández Carrasquilla en su obra "Derecho Penal Fundamental".

El Procurador Delegado luego de aclarar que el censor está partiendo de un presupuesto falso cuando considera que la condición de inimputable exime a su defendido de responsabilidad penal, indica que conforme a lo planteado, el defensor no tenía interés jurídico para recurrir, teniendo en cuenta que al considerarlo inimputable implicaría que se le impusiese una medida de seguridad de internación en establecimiento psiquiátrico cuyo mínimo sería de dos años e indefinida en el máximo. Y al ser considerado por el Tribunal en su condición de inimputables y habiéndosele impuesto una pena de dos años de prisión que ya cumplió, alegar su inimputabilidad implicaría que Danilo Parra "regrese a establecimiento psiquiátrico para ser privado de su libertad indefinidamente", haciéndose en consecuencia más gravosa la situación jurídica de éste.

Al respecto, transcribe concepto anterior del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y concluye que el cargo no puede prosperar.

b) Segundo cargo: Sostiene que en el desarrollo de este el demandante no determina la proposición jurídica, se limita a señalar el art. 21 del C.P., pero sin indicar cuál es el sentido de la violación -falta de aplicación o aplicación indebida-, tampoco indica el conjunto de normas procesales o probatorias que harían parte de la proposición y a pesar de que alega violación de la ley sustancial no indica cuál, quedando sin saberse en últimas en que consistió la violación ni sobre qué normatividad recayó, yerros que no pueden ser corregidos por la Corte que debe contestar la demanda de acuerdo a los parámetros que dentro de la misma fije el censor.

Agrega que el demandante confunde el error de hecho con la valoración probatoria que sobre diferentes elementos de prueba realiza el Tribunal. "La credibilidad que se le de a un determinado elemento probatorio no es atacable en casación, porque desapareció en el Código de Procedimiento Penal la tarifa legal probatoria y actualmente rige la sana crítica, que establece que será el juez el que deberá apreciar racionalmente las pruebas". Sostiene finalmente que "el casacionista termina imponiendo su personal criterio de valoración al del Tribunal y buscando de la Corte que acoja el suyo", lo cual no es viable en casación.

V. Consideraciones de la Sala

1o. Demanda presentada a nombre de William Orlando Gordillo Ortíz.

a) De los diferentes aspectos que contiene la acusación, sólo el primeramente enunciado tiene cabida dentro del tema de las nulidades, puesto que los restantes con los que se pretende demostrar el cargo como son las interpretaciones subjetivas, desestimar o subestimar las pruebas y el desconocimiento de la presencia de una causal de justificación por errónea apreciación probatoria, deben ser atacados por violación indirecta de la ley sustancial.

b) Así las cosas, se procede a analizar inicialmente el primer reproche, consistente en que se omitió la práctica de una serie de pruebas que en criterio del casacionista explicarían la presencia de Gordillo Ortíz en los predios del Parque Nacional y "la justificación de la conducta de los incriminados".

Plantea el censor que no se practicó inspección judicial a la Escuela Charry Solano tendiente a constatar que en los archivos de dicho establecimiento existía la programación de un ejercicio práctico dentro del curso que los sindicados realizaban, incluida una observación particular a los predios del Parque Nacional. A reglón seguido sostiene que de la existencia de este ejercicio dan cuenta los testimonios que cita, los cuales fueron "desestimados por el juzgador sin ninguna fórmula de juicio".

Si por negligencia o arbitrariedad del juez no decreta o practica pruebas importantes oportunamente solicitadas por la defensa o los demás sujetos procesales, puede pensarse en una nulidad, pero no es ese el caso que desarrolla el recurrente, él lo que cuestiona es que en su opinión estaba probada la razón que justifica la presencia de Gordillo Ortíz en el lugar de los hechos, con prueba testimonial que fue desestimada por el fallador.

La desestimación de la prueba testimonial, como acertadamente lo destaca el Ministerio Público, no es causal de nulidad y mucho menos por violación del derecho de defensa, lo que se debió plantear fue violación indirecta de la ley sustancial.

Cabe sin embargo anotar, que de la lectura de la sentencia se infiere con toda claridad que la condena impuesta no es porque se ignore la existencia de unos ejercicios prácticos de inteligencia, sino porque la responsabilidad de Gordillo Ortíz, se encuentra debidamente demostrada por los elementos de juicio aportados, "sin que sean de recibo sus exculpaciones que pretenden explicar su presencia en el lugar de la captura como una simple coincidencia, sin ninguna participación criminal".

c) Para alegar nulidad por violación del derecho de defensa no basta que el censor se limite a afirmar que "no se practicó ninguna diligencia" conducente a

establecer la identidad comparecencia y captura de los autores intelectuales del hecho punible; que se omitió practicar inspección judicial a la vivienda del denunciante y oficiar a la empresa de teléfonos, pruebas encaminadas a demostrar que "hubo falsa denuncia", pues la sola hipótesis de un resultado favorable no es suficiente para considerar que la prueba pudiera afectar el desenlace del juicio. El casacionista debe demostrar la trascendencia del error, esto es, que de haberse practicado las pruebas que se echan de menos, la decisión debe ser diferente por no existir otros elementos de juicio que sirvan de sustento, exigencias que no cumplió el demandante.

d) Si lo que plantea el censor es que no fueron aportadas al expediente las cartas amenazantes y pese a ello el Tribunal las dio por existentes, debió alegar violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho consistente en un falso juicio de existencia.

De otro lado, acierta el Procurador Delegado cuando hace la observación de que no es constitutivo de nulidad por violación del derecho de defensa, la aceptación de lo afirmado por unos declarantes, porque ello hace parte de la valoración que realiza el juez.

e) Si el argumento del censor es que se desconoció la diligencia de reconocimiento en fila de personas, debió alegar violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, por falso juicio de existencia al omitir el fallador dicha prueba. Pero si lo que pretende aducir es que no fue valorada adecuadamente por el fallador, conviene aclarar como lo hace la Delegada, que tal reproche nada tiene que ver con la violación del derecho de defensa y mucho menos cuando la argumentación principal del censor radica en que faltó la práctica de una serie de pruebas.

f) Aduce el demandante que el juzgador de instancia no trasladó al expediente por medio de escrito certificado, el texto del cassette que contenía las llamadas extorsivas anexado por el D.A.S. y tampoco posesionó al perito expectógrafo, prueba solicitada por la defensa y negada sin ninguna justificación legal.

Al respecto, en la sentencia atacada el Tribunal plasmó las siguientes consideraciones:

"...en las distintas intervenciones, bajo la gravedad del juramento, Hernando Medina Trujillo da cuenta de las llamadas recibidas en su casa de habitación mediante las cuales se les exigía la suma de diez millones de pesos, los cuales por conversaciones con los plagiarios, llegaron a un acuerdo final que se entregaran siete millones y medio."

"No puede ponerse en duda la versión de este declarante porque existen circunstancias que le imprimen eficacia demostrativa. En efecto, días antes de llevarse a cabo el operativo que originó la captura de los incriminados dio cuenta

de las amenazas de que estaba siendo víctima, posteriormente como permitió la ayuda de los agentes del D.A.S., estos se refieren a las amenazas; la declaración de la señora Luz Macías Rodríguez lo corrobora cuando afirma que recibió algunas llamadas intimidantes y por último, es muestra indudable de la comisión del hecho punible el mismo operativo durante el cual se dejaron instrucciones por los victimarios las cuales contienen amenazas claras contra la vida, no solo de Medina Trujillo, sino también de su familia del siguiente tenor: 'mucho cuidado *con cualquier alarma que haga*, le cueste (sic) su vida o la de sus seres queridos'.

"Son tantos y tan variados los elementos de juicio que apuntan a demostrar la comisión del hecho punible, que así no obre en el proceso transcripción de las llamadas telefónicas echadas de menos por los recurrentes, lo existente es suficiente para no dejar duda de la realización del comportamiento descrito en el artículo 355 del C.P., sin que sean compatibles los argumentos de quienes recurrieron la decisión de primera instancia por razones probatorias que se palpan sin esfuerzo".

Lo primero que salta a la vista es que el hecho al cual apuntaba el escrito certificado, estaba acreditado por otros medios de convicción, luego la prueba omitida carecía de trascendencia para modificar la decisión de condena.

g) El que no se hubiera tomado declaración bajo la gravedad del juramento al indagado Danilo Parra Ariza, no es constitutivo de irregularidad de ninguna naturaleza y mucho menos de nulidad por omisión en la práctica de un testimonio, por las siguientes razones: Tal formalidad solamente procede cuando el indagado hace una acusación concreta a una determinada persona, caso contrario al que plantea el demandante. Para "asegurar la verdad de los hechos narrados en la primera injurada" no se requiere el juramento como erradamente lo sostiene el recurrente, puesto que la credibilidad que se le de a la versión depende es del respaldo que tenga en otros elementos de juicio. Aducir que si se hubiese tomado juramento a Parra Ariza en su primera indagatoria se hubiera absuelto a Gordillo Ortíz, porque con ella se demostraría que los procesados "entendieron donación para fines políticos y no se estuviera cometiendo tremendo delito, no pasa de ser una simple apreciación personal, que además de que no es de recibo en casación, nada tiene que ver con la causal de nulidad que se invoca.

h) Sostiene el casacionista en forma totalmente desenfocada que se incurrió en "*Violación del derecho de defensa en la sentencia*", porque ante la falta de certeza, el juzgador a partir de supuestas conjeturas, de generalidades, de interpretaciones subjetivas, de una equivocada y peculiar exégesis, convierte sus omisiones deliberadas en indicios y pruebas. "Es el caso del indicio de presencia, que con la particular hermenéutica del juzgador se convierte en flagrancia en la sentencia condenatoria. En su criterio, la investigación omitió elementos tipificantes del delito, negó, desestimó o subestimó las pruebas, que desvirtúan en forma categórica la responsabilidad de Gordillo Ortíz y que por el contrario demostraban que se estaba en presencia de la causal de justificación del artículo 29-1 del decreto 100 de 1980.

El desacierto técnico es ostensible, pues el demandante en el desarrollo del cargo hace planteamientos en los cuales entremezcla la nulidad con la violación indirecta de la ley, violando el principio de autonomía que rige la casación, en virtud del cual en el desarrollo del cargo no se podrán hacer argumentaciones correspondientes a causal distinta a la alegada.

No hay duda de que en el fondo la inconformidad del recurrente no es por haberse omitido la práctica de pruebas cuya trascendencia no demostró, sino por el desconocimiento de una causal de justificación que debió ser reconocida en favor de su defendido, planteamiento que no tiene ninguna relación con la causal de nulidad invocada.

Atinada resulta la observación del Procurador Delegado en el sentido de que "olvida el demandante que en el desarrollo de la demanda de casación no puede hacer afirmaciones de toda índole para tratar de obtener un resultado favorable a sus pretensiones porque el libelo no es un alegato de instancia".

La sustentación de la demanda no se ajusta a requerimientos lógico jurídicos de la causal de nulidad que se invoca, lo cual impide la demostración del error que se le imputa a la sentencia.

El cargo propuesto será desestimado.

2o. Demanda presentada a nombre de Parra Ariza

Primer cargo: El casacionista alega violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho debido a la apreciación errónea de los dictámenes psiquiátricos aportados a los autos.

El argumento del libelista se apoya en que Danilo Parra Ariza obró sin culpabilidad, con insuperable coacción ajena, pues su enfermedad fue el mejor caldo de cultivo que pudieron encontrar los verdaderos culpables; su estado mental no le permitió obrar debidamente en forma dolosa; y "su comportamiento es acorde con su enfermedad y por lo tanto es inimputable".

Razón le asiste al Procurador Delegado, al afirmar que el censor está partiendo de un presupuesto falso, al considerar que la condición de inimputable exime a su defendido de responsabilidad penal, por lo que se hace necesario recordar que los inimputables responden por sus conductas cuando ellas sean típicas y antijurídicas, solo que a ellos se le imponen medidas de seguridad, lo que quiere decir que en ningún momento se puede concluir sin incurrir en un error protuberante, que por ser inimputable el sujeto deja de ser responsable y en consecuencia la sentencia debe ser absolutoria.

Hecha la anterior aclaración, la Sala concluye -de acuerdo con el Ministerio Público- que el defensor ha hecho un planteamiento que no favorece a su representado, como pasa a demostrarse:

Por tratarse de trastorno mental permanente, como lo predica el censor, el mínimo de internamiento en un establecimiento psiquiátrico sería de dos años, y un máximo indeterminado temporalmente.

Parra Ariza fue condenado por el Tribunal como imputable a la pena de dos años de prisión que ya cumplió, por lo que en auto de noviembre 29 de 1989 se le concedió la libertad incondicional por pena cumplida.

Alegar inimputabilidad implicaría que Parra Ariza tendría que ser nuevamente sometido a exámenes psiquiátricos para determinar su situación mental, y si estos dan como resultado que su enfermedad hace aconsejable la reclusión en un establecimiento psiquiátrico, perdería la libertad que de manera definitiva ya se le ha otorgado, posibilidad que claramente deja ver que la prosperidad del recurso vendría a desfavorecerlo.

Lo anterior no quiere decir, que siempre se pueda afirmar que una medida de seguridad resulta más gravosa que una pena de prisión, o que en forma general el defensor carezca de interés, para ello hay que tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, tales como la pena que corresponde al delito imputado y la situación jurídica actual del procesado, análisis que en el caso que nos ocupa permite concluir sin lugar a dudas, que perseguir el cambio de imputable por inimputable haría más gravosa la situación de Parra Ariza.

El censor plantea que su defendido obró bajo insuperable coacción ajena, sin embargo no demuestra la presencia de tal causal de inculpabilidad y la Sala no observa hecho alguno que permita establecer su existencia.

Lo anterior resulta suficiente para concluir que el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo: Acusa violación indirecta de la ley sustancial al interpretarse erróneamente la indagatoria del procesado Danilo Parra Ariza, violándose así el artículo 21 del Código Penal.

Desde el punto de vista técnico el cargo es formulado de manera incompleta, porque no indica las normas sustanciales supuestamente violadas, ni el sentido de la violación que en este caso por haber elegido la vía indirecta, podría ser falta de aplicación o aplicación indebida.

De la sustentación se infiere que lo que el libelista en verdad censura no es que el juzgador haya desfigurado el sentido de la indagatoria de su defendido, sino que haya llegado a conclusiones que el impugnante no comparte. Tanto es así que las

cuatro objeciones que formula al amparo del mismo cargo son: erró el Tribunal al determinar en la sentencia que de acuerdo con la indagatoria Danilo Parra Ariza actuó de manera voluntaria dentro del hecho punible; que la credibilidad de la versión es ninguna; que se descarta la posibilidad de la excusa dada por el sindicado; y, que Parra Ariza no tuvo otra alternativa que aceptar su comportamiento.

En el desarrollo del cargo se ve que el demandante se escuda en un supuesto error de hecho que nunca demuestra, para hacer una alegación propia de las instancias, cuestionando la credibilidad que el sentenciador le negó a las exculpaciones del procesado.

Tiene razón el señor Procurador cuando afirma que el censor confunde el error de hecho con la valoración probatoria que sobre la prueba realiza el Tribunal.

Como tantas veces lo ha repetido la jurisprudencia, las fallas de valoración de la prueba constituyen error de derecho por falso juicio de convicción, luego plantearlas como error de hecho que recae sobre la apreciación de la prueba, genera una insalvable contradicción y evidencia que el demandante no tiene claridad sobre la naturaleza de su inconformidad.

Para advertir la confusión del libelista basta leer el párrafo siguiente, en donde definitivamente cierra a la Sala toda posibilidad de considerar el problema de fondo. Dice:

"...el Tribunal en forma indebida adecúa la versión de Danilo Parra al comportamiento ilícito y olvida, (sic) debe aplicar el principio de causalidad, consagrado en el artículo 21 del decreto 100 de 1980, porque, precisamente, la prueba principal base de la condena, primera indagatoria, demuestra que el sujeto no obró en ninguna forma para cometer el delito de extorsión, y si este...se cometió, lo fue por otros, menos por él. No existiendo ninguna prueba que comprometa a Danilo Parra, en las diferentes etapas del delito, preparación, escritos (pruebas grafológicas) amenazas, (pruebas expectógrafo) de conocimiento o testigos directos, al utilizar improcedentemente la indagatoria se concluyó, en la aceptación de los hechos punibles y se le condenó, siendo que ninguno de los hechos aceptados es punible".

Como era de esperarse ante la incorrecta formulación del cargo, la fundamentación se convirtió es en una crítica a la valoración probatoria que realizó el sentenciador, en donde es evidente que el censor pretende que se acoja su criterio en una alegación propia de las instancias, pero totalmente ajena a las exigencias del recurso de casación y a la realidad procesal.

De las consideraciones anteriores resulta obvio que el fallo en cuanto a las demandas analizadas será desestimatorio.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, 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 Cortés Gurnica
Secretario

PRUEBA \ SANA CRITICA
\ IRA E INTENSO DOLOR

Dentro del sistema de la sana crítica que impera en el procedimiento penal colombiano, el juez disfruta de una amplia autonomía en la apreciación de la prueba, que sin extenderse tanto que llegue a arbitrariedad, le permita estimar con libertad dentro de los límites de la lógica, la razón y la experiencia, los diversos elementos de prueba y darles el valor que se merezcan para establecer la verdad de lo acaecido y estructurar la fase fáctica de la sentencia para la posterior aplicación del derecho.

El estado de justa ira solo morigera a la penalidad establecida para la infracción cuando la alteración anímica haya sido causada por un comportamiento ajeno grave e injusto; "son los valores calificantes de la ira los que determinan o conforman la denominada excusa de la provocación...".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6994

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 135 - Nov. 10/92

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diez de mil novecientos noventa y dos.-

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por sentencia del 25 de octubre de 1991, confirmó la que dictara el Juzgado Décimo Cuarto de la misma ciudad y que condenara a Juan de Jesús Padierna Restrepo, a la penal principal privativa de la libertad de diez años dos meses de prisión como responsable del delito de homicidio en la persona de Gildardo de Jesús Cano Torres, conforme a hechos ocurridos en la mencionada ciudad de Medellín el 26 de noviembre de 1990.-

Contra tal sentencia, interpuso el recurso extraordinario de casación el apoderado del procesado que fue concedido y declarado admisible por esta Sala, por lo cual agotado el trámite propio del recurso se procede a decidirlo.-

EPISODIO PROCESAL

De acuerdo con la sentencia impugnada, los hechos ocurrieron de la siguiente forma:

"El 26 de noviembre de 1990, en el Barrio El Salado, parte alta, llegó al hogar el señor Gildardo de Jesús Cano Torres y le dijo a su esposa: "es que estos H.P. creen que se van a seguir burlando de mí", se refirió a John Fredy Jaramillo y a la esposa de éste Clemencia Victoria Rodríguez Rivera, porque ellos se mofaban de él, le gritaban "mico y payaso" cada que lo veían porque el se dejó crecer el bozo para unirlo con las patillas.-

"Ese día el interfecto hacia las siete de la noche le propinó a John Fredy un puño en la boca y este muchacho de inmediato avisó a sus hermanos Wilson y Gustavo Adolfo lo mismo a su cuñado Leonardo de Jesús Padierna Restrepo "A. nardo"; los cuatro fueron a buscar a Giraldo a su casa, los recibió María Nubia Ayala y ella les inquirió cuando Leonardo preguntó "dónde estaba Tato, si es que ya vienen a matarlo y Leonardo le respondió: "es que tenemos que arreglar un problema con él, "veálo ahí viene" le manifestó la señora.-

"Gildardo al verlos les cuestionó el por qué tienen que estar burlándose de él, si fue que le vieron micos en la cara. Ahí se alejaron unos metros los tres hermanos y se quedó el procesado. Doña Nubia le pidió que se fuera, que no la matara, sin embargo, de entre la chaqueta sacó un changón y lo disparó y a diez metros de su hogar quedó muerto don Gildardo.-"

Por estos hechos fueron llamados a responder en juicio penal Bernardo de Jesús Padierna, como autor del delito de homicidio, John Fredy Jaramillo como determinador del mismo y Gustavo Adolfo Jaramillo como cómplice del hecho ilícito.

Realizada la audiencia pública, el juzgado en la providencia que fue confirmada por el Tribunal condenó a Padierna de acuerdo al pliego de cargos y absolvió a los Jaramillo de toda responsabilidad penal.-

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un único cargo formula el casacionista a la sentencia por ser violatoria de la ley penal sustancial. Considera el censor que el Tribunal incurrió en error de hecho, por falta de apreciación de los testimonios de John Fredy Jaramillo al folio 20 del sumario y Rubiel Elgel Morales. De acuerdo con la argumentación del demandante, si el juzgador hubiese estimado esta prueba, habría tenido que reconocer a favor del acusado el atenuante del art. 60 del C.P., pues la prueba omitida pone en evidencia que los hechos tuvieron como factor determinante una agresión grave e injusta por parte del occiso.-

Sostiene el recurrente que Gildardo de Jesús Cano propinó por error y sin razón alguna, un fuerte puñetazo en la cara a Fredy Jaramillo, motivo que llenó de ira justificada a los parientes del agredido, quienes al hacerle el reclamo a Cano le ocasionaron la muerte.-

Concluye la demanda solicitando a la Corte casar la sentencia y proferir el fallo de sustitución correspondiente.-

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con acertado criterio y en abierto desacuerdo con la tesis que la demanda sustenta, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, insinúa a la Corte, desestimar la demanda, no sólo por los evidentes errores técnicos de que adolece el libelo, sino porque además en concepto de la delegada, el Tribunal y el Juzgado obraron atinadamente al no reconocer en favor del procesado el atenuante de la justa ira, debido a que los presupuestos que demanda esta figura no se dan en el caso de estudio. Para la Procuraduría, el golpe que recibiera Fredy Jaramillo y que generó los posteriores acontecimientos, no fue gratuito ni propinado por equivocación como lo pretende el recurrente, sino que fue la reacción explicable del hoy occiso a quien los integrantes de la familia Jaramillo apodaban el mico o el payaso y lo hacían víctima de permanentes burlas por su manera de llevar el bigote y la patilla.-

Concluye la Delegada afirmando que al pugnar con la realidad procesal la sustentación de la demanda, ésta no puede prosperar.-

LA CORTE CONSIDERA

Antes de entrar al análisis del cargo, debe recordarse, que dentro del sistema de la sana crítica que impera en el procedimiento penal colombiano, el juez disfruta de una amplia autonomía en la apreciación de la prueba, que sin extenderse tanto que llegue a la arbitrariedad, le permita estimar con libertad, dentro de los límites

de la lógica, la razón y la experiencia, los diversos elementos de prueba y darles el valor que merezcan, para establecer la verdad de lo ocurrido y estructurar la base fáctica de la sentencia para la posterior aplicación del derecho.

Y esa apreciación probatoria que realiza el juez dentro de los principios de la sana lógica, sólo puede ser atacada en casación, demostrando los errores de hecho o de derecho en que haya incurrido el fallador. Pero no basta cualquier error, sino uno de tal naturaleza y magnitud que pueda ser calificado de manifiesto y ostensible y ponga en evidencia la disparidad entre el juicio equivocado del juez y la verdad demostrada en el proceso.

En el caso que es objeto de estudio, no puede pregonarse ese error, porque no es exacto como lo afirma el recurrente, que el Tribunal no hubiese apreciado las declaraciones de Fredy Jaramillo y Rubiel Elger Morales. Sí las estimó, pero al hacerlo, no aceptó como veraces las explicaciones por ellos rendidas sobre las causas que llevaron al hoy occiso a golpear a Fredy en el episodio inicial, que culminó más tarde con la muerte de Cano Torres.-

Tanto el juzgado como el Tribunal, dieron mayor credibilidad a la versión que en sentido diferente ofrece el expediente. Buen número de testigos sostienen que Fredy recibió el bofetón cuando hacía objeto de burla y escarnio al hoy occiso por la forma de llevar sus barbas.-

En estas condiciones, consideraron los jueces que la posterior reacción de los hermanos Jaramillo y su cuñado, el homicida Leonardo de Jesús Padierna al buscar a Cano Torres en su propia casa para formularle airados reclamos y luego ocasionarle la muerte mediante un disparo del "changón" preparado de antemano, no fue sino la realización de un insano deseo de venganza, el ánimo de hacerse justicia por su propia mano, castigando con la muerte la anterior ofensa, modo de obrar que no puede atenuarse con la modalidad consagrada en el art. 60 del C.P.-

En estas condiciones para la Corte el caudal probatorio fue correctamente apreciado por el juzgado y bien negado el estado de justa ira, pues dicha figura jurídica sólo morigera la penalidad establecida para la infracción, cuando la alteración anímica haya sido causada por un comportamiento ajeno grave e injusto; quiere decir lo anterior, que no es suficiente el estado emocional en que el agente actúe, sino que aquél debe estar asociado en relación de efecto a causa, con una provocación grave e injusta. Sin estos factores la ira carece de los prerequisitos indispensables a su prosperidad o reconocimiento. Reiteradamente ha sostenido la Corte que "...son los valores calificantes de la ira, los que determinan o conforman la denominada excusa de la provocación...".-

Si el juzgador consideró con apoyo en los elementos de prueba, que había sido el comportamiento de Fredy Jaramillo el factor que desencadenó todo el posterior episodio criminal y que la ira en que actuó su pariente Juan de Jesús Padierna no

tuvo como causa generadora un comportamiento ajeno revestido de los caracteres de injusticia que demanda la ley, no puede predicarse del Tribunal el error ostensible y manifiesto que le atribuye la censura.-

En consecuencia, no prospera el cargo.-

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

NO CASA la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado Juan de Jesús Padierna Restrepo, 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 *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

VIOLACION DIRECTA \ VIOLACION INDIRECTA \ DEMANDA DE CASACION \ APLICACION INDEBIDA \ NO APLICACION DE LA NORMA \ INTERPRETACION ERRONEA

Cuando el casacionista acoge la vía de la violación directa, renuncia a controvertir los fundamentos probatorios del fallo impugnado, limitándose a demostrar que a la situación fáctica, tal como la entendió el juzgador, no se le aplicó la norma legal que la regulaba (exclusión evidente), o que se le aplicó un precepto que le resultaba extraño (aplicación indebida), o que, habiéndose seleccionado correctamente la norma jurídica aplicable, el juzgador se equivocó al desentrañar su sentido (interpretación errónea).

Debe advertirse que en el Nuevo Código de Procedimiento Penal permite la formulación de "cargos excluyentes", pero a condición de que se planteen "separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6879. Casación

Contra: Luis Antonio Mejía Valdeblánquez

Aprobado acta No. 135

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*

Santafé de Bogotá, D.C., diez de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Luis Antonio Mejía Valdeblánquez y su defensor, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha el 16 de septiembre de 1991, por medio de la cual confirmó la pena principal de ocho (8) años de prisión, más las accesorias de rigor, que le impuso el Juzgado Segundo Superior de esa misma ciudad, al declararlo responsable del delito de homicidio (agravado y en grado de tentativa) cometido en la persona de su cuñado José Antonio Robles Tovar, por el cual había sido llamado a responder en juicio.

I. Hechos y actuación procesal

La señora Carolina Robles Tovar, esposa legítima de Luis Antonio Mejía Valdeblánquez, decidió separarse de éste por los malos tratos que le daba y las continuas amenazas de que la hacía víctima, y se fue a vivir a la casa de su progenitora, situada en el perímetro urbano de la ciudad de Riohacha, donde frecuentemente iba Mejía Valdeblánquez, unas veces a ultrajarla y otras a llevarle serenata y a pedirle que regresara a vivir con él. Aproximadamente a las 12 y media del domingo 29 de abril de 1990, el citado Mejía penetró a la residencia de su suegra embriagado y de revólver en mano, motivo por el cual su cuñado, José Antonio Robles Tovar, le pidió que no fuera a disparar el arma. El energúmeno, como respuesta a esta súplica, propinó dos disparos a su pariente, que lo derribaron, y ya en el suelo, le incrustó un nuevo proyectil en la espalda, enfrentándose luego a la policía que prestamente había acudido al lugar, para poco después arrojar su revólver y rendirse. Como consecuencia de la agresión, José Antonio Robles Tovar sufrió "parálisis de miembros inferiores y paresia en miembro superior izquierdo" (fls.134).-

La investigación correspondió adelantarla al Juzgado Primero de Instrucción Criminal radicado en Riohacha, que entre otras varias diligencias, escuchó en indagatoria a Mejía Valdeblánquez, quien expresó no recordar nada del incidente en el cual resultó herido su cuñado (fls. 19), decretó su detención preventiva (fls. 41) y luego de clausurar la investigación, profirió en su contra resolución de acusación por el delito de homicidio, en grado de tentativa (fls.140).

Posteriormente el Juzgado Segundo Superior de la citada ciudad, haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 32 del decreto 1861 de 1989, modificó la resolución de acusación en el sentido de que en el homicidio concurría la causal primera de agravación prevista en el artículo 324 del Código Penal, por ser la víctima pariente en segundo grado de afinidad del procesado.

Rituadas todas las formalidades propias de la causa, el juzgado dictó sentencia condenatoria en virtud de la cual impuso a Mejía Valdeblánquez la pena principal de ocho (8) años de prisión, más la interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, lo mismo que la obligación de pagar todos los perjuicios

materiales y morales causados con el delito. Inconforme con esta decisión el defensor del procesado, la apeló, y el Tribunal le impartió integral confirmación, mediante fallo que es objeto del recurso de casación que ahora procede la Sala a resolver.

II. La demanda

Tres cargos formula el actor contra la sentencia impugnada.

Cargo primero.- "la sentencia es violatoria por *infracción directa* del artículo 31 del Código Penal en relación con los artículos 22, 323, y 324 ibídem".

"Los propios testigos de cargo afirman -sostiene el recurrente- que Luis Antonio Mejía Valdeblánquez, se encontraba verdaderamente enajenado por el alcohol, en el día y en la hora en que ocurrieron los hechos. Si esta circunstancia fue así mal podía condenársele como plenamente responsable de una tentativa de homicidio agravado, siendo así que de acuerdo con el artículo 31 del Código Penal, Mejía Valdeblánquez, no tenía 'capacidad para comprender su ilicitud'. En tales condiciones resulta impropia la condena pues lo indicado era disponer las medidas de seguridad que las mismas leyes establecen".

Cargo segundo.- Según el libelista, la sentencia impugnada violó los artículos 22, 323 y 324 del Código Penal "por modo indirecto y aplicación indebida a consecuencia del manifiesto error de hecho a que llegó el sentenciador, por no haber dado por demostrado sin estarlo que los testigos Carolina Paula Robles Tovar, Xania Astrid Torres Palacios y Enrique Palacios Aragón, presenciaron el acto de disparar de Luis Antonio Mejía Valdeblánquez contra José Antonio Robles Tovar y no haber dado por probado, estando plenamente, que el lugar en donde dichos testigos estaban cuando se consumaron los hechos les impedía ver directamente la forma de su consecuencia...".

En desarrollo de este cargo el actor afirma que la misma Carolina Robles sostiene que "al momento de los hechos se encontraba en la cocina con su mamá, circunstancia esta que le impedía detallar la forma de agresión de que fue víctima su hermano". Manifiesta igualmente que "la declarante Xenia Astrid Torres Palacio, ni siquiera coincide con las afirmaciones de la víctima, pues afirma que el primer tiro se lo dio en la espalda y los demás en los costados, versión esta contraria a la de la propia víctima y a los conceptos de las medidas (sic) legistas". Y en relación con el testimonio de Enrique Palacio Aragón, expresa que el propio declarante "afirma...que al momento de los hechos se encontraba fuera de la casa en donde ellos ocurrieron".

Cargo tercero.- Infracción directa del artículo 331 del C.P. y consecuencialmente infracción indirecta -enuncia el libelista-, por aplicación indebida de los artículos 22, 323 y 324 del Código Penal".

"Realmente no ha sido discutido en el plenario -continúa afirmando el actor- que Luis Antonio Mejía Valdeblánquez hubiera hecho varios disparos que ocasionaron lesiones en José Antonio Robles Tovar, sin que esté demostrado en parte alguna que Luis Antonio Mejía Valdeblánquez hubiera adelantado maniobras para quitarle la vida a José Antonio Robles Tovar, que sería esa sí la modalidad propia de una *tentativo de homicidio* que no se demostró en cuanto a sus antecedentes, el *iter criminis*, lo que sí está probado en (sic) que, el señor José Antonio Robles Tovar, recibió unas heridas de bala, que le ocasionaron unas lesiones e incapacidad, situación esta contemplada en el artículo 331 del C.P., norma que se violó en forma directa al dejarse de aplicar y consecuencialmente de esa violación se infringieron por aplicación indebida los artículos 22, 323 y 324 del C.P.".

Finaliza su escrito el recurrente pidiéndole a la Corte "que se case la sentencia recurrida y en que en sede de instancia se modifique la del Juzgado Segundo Superior de Riohacha, reduciendo la condena a la correspondiente al delito de lesiones personales, teniendo en consideración el estado de enajenación, del autor del reato, según lo ameritan los propios testigos de cargo, quienes afirman que Luis Antonio Mejía Valdeblánquez se encontraba en avanzado estado de embriaguez".

III. Respuesta del Ministerio Público

Principia el Procurador Tercero Delegado en lo Penal por advertir, que "por muchos esfuerzos que se hagan, imposible resulta aceptar que el escrito presentado por el defensor del procesado Mejía Valdeblánquez responde a las exigencias técnicas propias del recurso extraordinario de casación. Las falencias -que serán destacadas- son múltiples y revelan desconocimiento no sólo de los presupuestos formales de la impugnación, sino también de algunos conceptos de derecho penal".

En relación con el primer cargo, sostiene la Delegada que el actor "se queda en simples enunciados, toda vez que aduce violación de la ley sustancial por violación directa... sin señalar el sentido de la violación -que esta oficina no logra aún desentrañar-, lo que impondría a la Corte complementar el cargo, situación que le está vedada en virtud del principio de limitación, que es de estricta observancia en la postulación y decisión del recurso extraordinario, por cuanto es de imperativo cumplimiento para el casacionista señalar el fundamento de la censura".

Señala el Ministerio Público otro grave error de técnica en que incurre el casacionista, al controvertir "los fundamentos fácticos y las conclusiones que sobre los mismos ha asumido el fallador de instancia", olvidando que cuando se acude a la vía de la violación directa "sólo se ataca la falta de aplicación, la interpretación errónea o la aplicación indebida del precepto sustancial, mas no los yerros en que pudo haber incurrido el fallador al apreciar los hechos y los elementos de convicción obrantes en el informativo".

Consecuente con estos planteamientos, el Ministerio Público pide desechar este cargo.

Respecto del cargo segundo, el Procurador inicia su respuesta aseverando que "el recurso de casación no es una instancia, en donde las partes, y concretamente los demandantes, pueden enfrentar su propio y personal criterio con las razones de la decisión impugnada, sin observar una lógica y un rigor, en cuanto a la demostración del error trascendente y determinante que se aduzca con el propósito de invalidar el fallo".

Agrega también que el actor, en este segundo cargo, "no precisa la especie de error de hecho aunque sería dable pensar que se trata de un falso juicio de identidad, por distorsión de la prueba testimonial de cargo, pero además de ello, debía demostrar el yerro en que pudo incurrir el fallador de instancia al otorgarle a ese medio de convicción un sentido y alcance que no corresponde a su contenido fáctico, bien por defecto, ora por exceso, así como también a considerar todas las probanzas que sirvieron de base a la decisión atacada, quedándose en meros enunciados y por tanto, hace que el fallo quede incólume por aquello de que la sentencia viene precedida de acierto de legalidad, con lo cual queda el cargo sin la debida demostración".

Respalda la Delegada sus aseveraciones con la transcripción de lo pertinente de una decisión de esta Sala, y pide, consecuentemente, que este cargo también sea desechado.

Sobre el tercer cargo, expresa el Ministerio Público, que en él es aún más "patética" la falta de técnica en el recurrente, toda vez que "desconoce ostensiblemente la nítida diferencia conceptual que existe entre la violación directa y la violación indirecta de la ley sustancial, motivos enmarcados en la causal primera y que no pueden confundirse o entremezclarse, porque al obrar de tal manera se estruja la lógica jurídica, el principio de no contradicción, dado que no es dable aceptar los hechos para discutir el derecho y simultáneamente rechazarlos para buscar el mismo fin, que fue lo que precisamente hizo el censor en su libelo, al invocar el cargo como 'infracción directa del artículo 321 del Código Penal y consecuencialmente infracción indirecta por aplicación indebida de los artículos 22, 323 y 324 del Código Penal'".

Destaca, por último, la Delegada, en relación con este mismo cargo, la falta de técnica del censor, al "pretender...la infirmación del fallo por la causal primera, por cuanto lo que aduce en el fondo es un error en la denominación jurídica que, de acuerdo con lo que ha sostenido la Corte, debe postularse por la vía de la nulidad (causal 3a) y no por la primera, dado que la alta corporación al aceptar la impugnación tendría que dictar el fallo sustitutivo, siéndole por tanto imposible absolver por el ilícito reconocido y condenar por el otro que no ha sido considerado en el pliego de cargos y mucho menos controvertido por las partes".

Remata su concepto el Procurador pidiendo a la Sala "no casar la sentencia impugnada".

IV. Consideraciones de la Corte

La demanda, tal como lo considera el Ministerio Público, demuestra una ostensible falta de técnica por parte de su autor, que la confunde con un memorial de instancia, en el cual, sin ningún rigor lógico-jurídico, bien pueden plasmarse todos los planteamientos que el defensor estime que pueden favorecer los intereses que representa.

Cargo primero:

Como ya se expresó, este cargo, *"por violación directa del artículo 31 del Código Penal"*, lo hace consistir el actor en que como el procesado, según consideración del libelista, no tenía "capacidad para comprender su ilicitud" porque se "encontraba verdaderamente enajenado por el alcohol, en el día y en la hora en que ocurrieron los hechos", no podía ser condenado "como responsable de una tentativa de homicidio agravado", "pues lo indicado era disponer las medidas de seguridad que las mismas leyes establecen".

Dígase, en primer lugar, que cuando el casacionista acoge la vía de la violación directa, renuncia a controvertir los fundamentos probatorios del fallo impugnado, limitándose a demostrar que la situación fáctica, tal como la entendió el juzgador, no se le aplicó la norma legal que la regulaba (exclusión evidente), o que se le aplicó un precepto que le resultaba extraño (aplicación indebida), o que, habiéndose seleccionado correctamente la norma jurídica aplicable, el juzgador se equivocó al desentrañar su sentido (interpretación errónea).

Para que el cargo en comento prosperara, habría sido indispensable que el juzgador hubiera reconocido en la sentencia que Mejía Valdehlánquez, cuando disparó contra Robles Tovar, padecía de un trastorno mental (el casacionista habla de "enajenación") que le impedía comprender la ilicitud de su conducta o determinarse de acuerdo con dicha comprensión, y no obstante tal reconocimiento, le hubiera impuesto la pena de prisión en vez de la medida de seguridad que en tal hipótesis le sería aplicable.

Pero lo cierto es que en la sentencia jamás se puso en duda, tan siquiera, la imputabilidad del procesado, a pesar del estado de beodez en que se encontraba cuando atentó contra la vida de su cuñado. Es verdad que en su indagatoria Mejía inicialmente dijo no recordar el incidente dentro del cual resultó herido Robles Tovar, pero después amplió su injurada para dar su versión de los hechos (fls. 107). El Tribunal destacó la sanidad mental del acusado cuando para rechazar la presunta amnesia aducida inicialmente en la indagatoria, acudió al argumento de que todos "sus movimientos y actitudes fueron coordinados y coherentes".

Se desechará, pues, este cargo.

Cargo segundo:

Afirma el actor que hubo violación indirecta de la ley sustancial, por "manifiesto error de hecho a que llegó el sentenciador" en relación con los testimonios rendidos por Carolina Robles, Xenia Astrid Torres y Enrique Palacios Aragón, de quienes sostuvo que "presenciaron el acto de disparar de Luis Antonio Mejía Valdeblánquez, contra José Antonio Robles Tovar", cuando lo cierto es que, según el demandante, "el lugar en donde dichos testigos estaban cuando se consumaron los hechos les impedía ver directamente la forma de su consecuencia".

Aunque, como lo destaca la Delegada, el censor no expresa cuál es la especie de error de hecho planteado, de la demanda se desprende que se trata de un error de hecho por falso juicio de identidad, por distorsión del sentido objetivo de la prueba.

Es verdad que ni la esposa del procesado ni el testigo Enrique Palacios Aragón pudieron percibir el momento en que Mejía disparaba contra su cuñado, pero este reconocimiento que hace la Sala en modo alguno implica la casación del fallo, porque del contexto de estas declaraciones sí se llega, sin lugar a dudas, a establecer que el autor del delito fue el procesado, que era la única persona que portaba revólver cuando ingresó a la casa de su suegra, donde inmediatamente después se escucharon los disparos que hirieron a su cuñado y que consecutivamente se enfrentó a las autoridades para entregarse a ellas poco después, que es lo que atestiguan los referidos deponentes.

En cuanto a la declarante Xenia Astrid Torres debe decirse que ella sí afirma haber percibido los hechos, sin que para valorar su credibilidad hubiera sido obstáculo que no coincidiera el orden de los impactos por ella reseñado con el señalado por la víctima, aspecto este último que desborda la esfera propia del error de hecho, para pasar al de derecho por falso juicio de convicción, que no adujo el censor ni podía hacerlo, por no tratarse de una prueba con valor predeterminado en la ley.

Agréguese, por último, que este ataque quedó incompleto toda vez que el casacionista para nada se refirió al testimonio rendido por el lesionado (fls.133), quien de manera enfática señaló que el autor del atentado contra su vida no fue otro que Mejía Valdeblánquez, y cuya versión es el soporte fundamental de la condena impugnada.

Este cargo, por tanto, se desechará.

Cargo tercero:

Plena razón le asiste al Procurador cuando sostiene que en este cargo es "aún más patética" la falta de técnica del recurrente, que da al traste con su demanda.

En efecto. Basta con leer la enunciación de la censura para descubrir la gravísima e insalvable contradicción en que incurre el casacionista: "*Infracción directa* del artículo 331 del C.P. *y consecuencialmente infracción indirecta*, por aplicación indebida de los artículos 22, 323 y 324 del Código Penal" (sin subrayas en el texto).

Imposible resulta en sede de casación, por la grave violación al principio de no contradicción que ello implica, aducir simultáneamente violación directa e indirecta de la ley sustancial, pues la primera obliga a aceptar la situación fáctica que dio por demostrada el juzgador, y la segunda, es precisamente la vía que se escoge para poder controvertirla. Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, y esto es lo que pretende el casacionista con este tercer cargo, que sin embargo no desarrolla ni demuestra, en ninguno de sus extremos: ni como violación directa, ni como transgresión indirecta.

Debe advertirse que el nuevo Código de Procedimiento Penal permite la formulación de "cargos excluyentes", pero a condición de que se planteen "separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria", exigencias éstas que en el caso sub-examine no cumplió el libelista.

Por lo demás, y en esto la Sala está de acuerdo también con la Delegada, si lo que pretendía era plantear un error en la denominación jurídica de la infracción (lesiones personales y no tentativa de homicidio), ha debido acudir a la causal tercera de casación y solicitar la nulidad del proceso, pero no a la causal primera que trae como forzosa consecuencia la emisión de un fallo sustitutivo, de imposible proferimiento en esta hipótesis.

Este cargo, por tanto, también se desechará, y en consecuencia la sentencia impugnada no será objeto de casación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurado Tercero 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 — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

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

Rafael Cortés Garnica
Secretario

INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

Constituye un error de los falladores de instancia fijar la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal. El máximo imponible no puede ser superior a diez años.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6789

Contra: Modesto Rincón

Delito: Homicidio y otros

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Acta No. 136

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre once de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Procede la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia a resolver la demanda presentada por el defensor del procesado Modesto Rincón Páez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la cual confirmó la condena de dieciocho (18) años de prisión impuesta por el Juzgado Doce Superior de la misma ciudad por los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio, hurto calificado y porte ilegal de armas de defensa personal.

I. Hechos y actuación procesal

Fueron sintetizados por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal así:

"Cerca de las once de la noche del día once de mayo de mil novecientos noventa se encontraban en el almacén de víveres de propiedad del señor José Francisco Poveda Nieto, entre otros los señores José Antonio Casas Ramírez y Jairo Alberto Montoya Roncancio. El primero de los mencionados con el propósito de trasladarse hasta su residencia a ingerir su contenido, pidió en venta una botella de brandy y entregada que le fue, se dispuso a salir del establecimiento en compañía de sus amigos.

"En la puerta de la tienda fueron agredidos por una persona, quien resultó ser el sindicado Modesto Rincón Páez, sujeto éste que le propinó inicialmente un puño a Montoya Roncancio y luego le disparó en repetidas oportunidades. Acto seguido, el mismo individuo pidió a Casas Ramírez que le entregara el dinero que llevaba consigo, le disparó causándole una grave lesión y emprendió la huída del lugar, siendo posteriormente capturado por agentes de la Policía Nacional.

"El Juzgado Ciento Quince de Instrucción Criminal permanente practicó la diligencia de levantamiento del cadáver y las primeras actuaciones investigativas las que luego remitió al Juzgado Tercero de Instrucción Criminal con sede en Bogotá quien inició la investigación penal respectiva en auto del quince de mayo de mil novecientos noventa.

"Escuchado en indagatoria el acusado Rincón Páez, manifestó que ingresó a la tienda en donde sucedieron los hechos a beber unas cervezas y estando allí un señor 'empezó a fregarme la vida' y luego lo agredió a golpes, ante lo cual el indagado hubo de defenderse disparando su revólver de calibre 32 largo. Emprendió en consecuencia la fuga, pero fue herido a su turno por una persona desconocida y capturado posteriormente.

"Con auto de veintidós de mayo de mil novecientos noventa se resolvió la situación jurídica del sindicado, a través de auto de detención preventiva por el delito de homicidio en la persona de Jairo Alberto Montoya Roncancio y tentativa de homicidio en José Antonio Casas Ramírez y medida de caución por el ilícito de porte ilegal de armas de fuego.

"Luego de recopilada abundante prueba, especialmente de carácter testimonial, el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Bogotá declaró cerrada la investigación en auto que lleva fecha del dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y se procedió a la calificación del sumario en proveído del diez de septiembre siguiente en el que se determinó dictar resolución de acusación en contra del procesado Modesto Rincón Páez por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio, hurto calificado y porte ilegal de armas y se ordenó expedir las

copias correspondientes para que, por separado, se investigara el delito de lesiones personales de que fuera víctima Rincón Páez.

"Tomando como fundamento un error cometido en la fecha en que se produjo la notificación del auto de cierre de investigación al procesado, su defensor propuso luego la declaratoria de nulidad de lo actuado, que le fue negada en providencia del veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa.

"Celebrada la audiencia pública de juzgamiento, que ocupó varias sesiones, se dictó sentencia por parte del Juzgado Doce Superior que había asumido el conocimiento del asunto en la oportunidad procesal pertinente, el día trece de junio de mil novecientos noventa y uno, fallo en el que se condenó al enjuciado Modesto Rincón Páez a la pena principal de dieciocho años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio agravado, en la persona de Jairo Alberto Montoya Roncancio, tentativa de homicidio en la persona de José Antonio Casas Ramírez, hurto calificado y porte ilegal de armas de defensa personal.

"El defensor del sentenciado apeló la sentencia, cuyo recurso desató el Tribunal Superior de Bogotá en fallo que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación."

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera, el defensor plantea dentro de un solo cargo lo siguiente:

"Violación indirecta de la ley por error de hecho en la interpretación de la prueba ilegalmente aducida:"

"El falso juicio de identidad respecto a la prueba como causal de casación:"

Sostiene el censor que si se examina el arbitrario contexto de la sentencia, se llega a las siguientes conclusiones:

"-a sabiendas de que Rincón Páez solo había confesado unas lesiones personales en persona de José Antonio Casas Ramírez y el porte ilegal de armas, de contera y mientras se da con el paradero de terceros (muchachos) se le imputa a mi cliente el homicidio de Jairo Alberto Montoya Roncancio.

"-a sabiendas de que Rincón Páez solo portaba un revólver 32 largo...se le imputa el homicidio perpetrado con un 38 largo según el veredicto inapelable de Medina Legal."

Aclara el demandante que no se pretende negar el porte ilegal de armas, ni las lesiones personales proferidas a José Antonio Casas Ramírez, lo que se discute es

que se le haya endilgado a su defendido un homicidio "por el solo hecho de haber llegado (sic) en forma fraudulenta la declaración de Víctor Antonio Casas Buitrago", lo que estima constituye un evidente error de hecho en el cual no puede incurrir la Corte.

Luego de referirse al alcance de error de hecho, precisa que su ataque se orienta a demostrar que el fallador incurrió en un "falso juicio de identidad o errónea apreciación de la prueba". Agrega "Hemos escogido la tercera modalidad en forma desprevenida pero con una fe profunda en el sentido de que la H. Corte le hará justicia al detenido".

Acusa la sentencia de haberse "inspirado en una equivocada *resolución de acusación*", olvidando que el procesado había confesado el porte ilegal de armas y unas lesiones en legítima defensa y como "*premio*" a tal confesión decidieron "*encimarle*" los delitos de homicidio y hurto calificado, para neutralizar la investigación de las heridas sufridas por el implicado, "diciendo que éste con anterioridad había perpetrado un atraco dizque para quitarle el dinero a Casas Ramírez".

Afirma que las pruebas no fueron apreciadas en conjunto; insiste en que la declaración de Víctor Antonio Casas Buitrago fue recibida fraudulentamente, para sostener luego que la sentencia evaluó el citado testimonio en forma aislada; plantea que las pruebas fueron recogidas a espaldas del acusado y valoradas en la misma forma para concluir que el sentenciador no tuvo en cuenta la causa determinante de la muerte: la presencia en el lugar de los hechos de unos muchachos, "no investigados por haber salido habilidosamente de la escena".

El libelista se ocupa de la relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado, para decir que el fallador condenó injustamente por el homicidio, a sabiendas de que "solamente terceros podían cometer el delito...al ser excluido mi cliente como portador del revólver 38 largo", olvidando que en la escena de los hechos "habían (sic) más revólveres que bien pudieron desatar los resultados ya conocidos o muerte de Montoya Roncancio."

Expresa que el sentenciador ha "distorsionado o falseado el sentido de la prueba (declaración de José Antonio Casas Ramírez)" en que fundamenta la sentencia de condena, "al excluir de la escena criminal algunas causas ya conocidas...como fueron los famosos *muchachos* que tomaban cerveza en el mismo sitio de la tragedia".

Agrega que el "juicio de *idoneidad*", no tenido en cuenta por el Tribunal, no debe hacerse sobre datos abstractos o sobre las mentiras de Víctor Antonio Casas Buitrago, como tampoco en base a la fraudulenta declaración del anteriormente mencionado o en las ridículas declaraciones de Bernardo Coronado, Isaura Gómez, Abelardo Rodríguez Pérez "quienes alegremente confesaron haber estado en el lugar o sitio de los hechos por haber visto todo desde una *ventana* o una *azotea*".

En lo que denominó *"Incidencia de la violación o demostración del cargo"*, el libelista aduce aplicación indebida de los siguientes artículos del C.P.: 323, 324, 26 concurso de hechos punibles. Afirma que se infringió el contenido del artículo 21 ibidem, pues la intervención de terceros rompió el nexo de causalidad a que ha aludido; en la misma forma se vulneró el artículo 22 de la misma codificación, porque "sin la prueba de los elementos del tipo...alegre u olímpicamente el H. Tribunal condenó dizque, por tentativa de homicidio como si mi cliente hubiera atentado contra Casas Ramírez a mansalva (sic): como si le hubiera tirado por detrás...fuera de *combate*". Como consecuencia de lo anterior vino la indebida aplicación del artículo 247 del C. de P.P.

En el capítulo de las consideraciones, afirma el censor, entre otras cosas, que el sentenciador ha falseado o distorsionado el sentido de la prueba: "al *excluir* de la escena criminal y en forma gratuita a los muchachos como autores de la muerte del mencionado Montoya Roncancio.

Los falsos juicios de identidad respecto de la prueba testimonial y documental de que hizo alarde el fallador ponen en entredicho la justicia.

Se refiere a los testimonios de Julio Silva Rodríguez, Francisco Poveda Nieto y Casas Ramírez, para sostener que eran las personas más indicadas para hacerle cargos al procesado y sin embargo no lo hicieron; que la fraudulenta declaración de Víctor Antonio Casas Buitrago fue sublimada o magnificada con el propósito de desviar el rumbo del proceso y no investigar la paliza proferida a su poderdante y las heridas confesadas por el mismo, y que varios declarantes incluido Milciades Arévalo Malta "ni vieron quien mató a Jairo Alberto Montoya Roncancio, ni quien hirió a mi cliente".

Estima que el dictamen de balística fue irregularmente evaluado, pues allí se dijo que el calibre del revólver disparado era un 38 largo y se acreditó en el proceso que el utilizado por el procesado era un 32 largo y las balas del primero no podían ser utilizadas en el segundo según especialistas en criminología y balística de medicina legal.

Finalmente plantea un extenso y confuso petitum, del cual sólo se puede extractar, por deducción, que lo que pretende el casacionista es la absolución de su cliente.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima, que por mucho esfuerzo que se haga no es posible entender la demanda como un escrito armónico y coherente que desarrolle un solo cargo y que las premisas en él contenidas se hallen concatenadas de tal forma que permitan un claro entendimiento de la acusación

que se pretende hacer contra la sentencia, y de las pretensiones del recurrente, fallas protuberantes que denotan la total ausencia de técnica en el manejo del recurso extraordinario, que "determinan la improsperidad de la censura".

Advierte incongruencia en la demanda, porque se elevan dos cargos diversos contra los medios de convicción recaudados en el plenario: el primero alude a un equivocado juicio en que incurre el fallador sobre la existencia o la identidad de las probanzas ("error de hecho en la interpretación de la prueba"), en el segundo hace referencia a una contrariedad con las normas que gobiernan la aducción de las pruebas ("prueba ilegalmente aducida"), lo que revela incapacidad para escoger una u otra vía, o desconocimiento de la lógica del recurso que impide, respecto de los mismos medios, proclamar su falsa identidad y su irregular aducción.

Observa que la crítica probatoria se refirió fundamental y exclusivamente hacia el testimonio rendido por Víctor Antonio Casas Buitrago, al que califica de fraudulento y mentiroso ("pretende con ello el libelista alegar un falso juicio de convicción?) y el que fue tergiversado por el fallador; sobre esta misma prueba, dijo el censor que ella fue allegada en forma fraudulenta, con lo cual se precisa que la dicotomía planteada al comienzo no fue un accidente o un error intrascendente, "sino que obedece a un mal entendimiento y a un equivocado manejo del recurso extraordinario".

Señala que en el capítulo en donde se reseñó la actuación procesal "o pruebas de soporte" el recurrente hizo una fuerte crítica al contenido de las incidencias procesales cumplidas y afirmó, entre otras cosas, que la sentencia apreció erróneamente algunas pruebas documentales que enuncia, respecto de las cuales el memorialista en los capítulos siguientes, omitió toda alusión a su contenido, a su existencia, a su grado de convicción o a la legalidad de su aducción y dirigió su ataque únicamente hacia la prueba testimonial antes mencionada, "dejando en el vacío las aseveraciones generales que en algunos casos escribió en plural al acusar al Tribunal de haber tergiversado el contenido de 'las pruebas'".

El Delegado considera que el capítulo antes mencionado parece más corresponder a un escrito independiente que a una parte del mismo libelo impugnatorio, "el memorialista discurrió por varios terrenos, afirmando que el Tribunal dejó de valorar pruebas en su conjunto, que la confesión del procesado es de aquellas conocidas como calificadas, que la sentencia pone en boca del declarante Poveda Nieto, por ejemplo, atestaciones que él jamás ha hecho", sin entrar a demostrar sus plurales ataques, ni la incidencia de los pretendidos errores en el fallo que impugna.

Estima que existe una inconsistencia con el error de hecho invocado según el siguiente pasaje de la demanda: " 'Así se expresa el decoroso tratadista como si conociera el fraudulento contenido de la declaración de Víctor Antonio Casas

Buitrago...quien anda de prevaricato en prevaricato...de mentira en mentira...de falsedad en falsedad...*desmentido aún por la declaración o deponencia de su propio padre'* (puntos suspensivos y subrayas se hallan en el original). Aquí, lo que en verdad se dice, es que el testimonio aludido fue apreciado en forma diferente de la debida, pues dado el matiz que el padre del declarante dió a la versión de aquel se demuestra su mentira. Vale decir que persigue que se declare la existencia de un falso juicio de convicción, que no es propio del error de hecho que se endilga a la sentencia."

Para que no quede duda sobre su improsperidad de la censura, el señor Procurador considera pertinente traer a colación que el libelista luego de la anterior afirmación, fija su opción pretendiendo demostrar que el juzgador incurrió en error manifiesto de hecho por falso juicio de identidad, aseveración que desarrolla posteriormente asegurando que el testimonio de Casas Buitrago fue allegado en forma fraudulenta (lo que traduce un falso juicio de legalidad, error de derecho), y que tal cosa "sería cuando menos un error evidente de hecho".

Otro error de técnica casacional, radica en que el recurrente reafirma que la acusación ha de dirigirse sobre la base de falsos juicios de identidad, para sostener luego que las pruebas no fueron apreciadas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, "pues si bien en esta última aserción el libelista no es enfático ni demostrativo, deja traducir que su inconformidad apunta a señalar un falso juicio de convicción en la medida en que, tomados los medios que sirvieron a la formación del juicio como un haz indivisible, el grado de certeza del sentenciador sobre los hechos y la responsabilidad, ha debido variar el sentido en favor del procesado". El error de hecho se convierte así, en error de derecho, contrasentido lógico imposible de deslindar por la Corte. "Es que aducir que la prueba fue analizada aisladamente, no es reproche alguno en torno a su existencia o a su contenido, únicas formas de demostrar los errores de hecho que se atribuyen al sentenciador.

Agrega que el memorialista discurre por los caminos más disímiles y contradictorios, pues en principio insiste en que la no apreciación de las pruebas en conjunto constituye evidente error de hecho, para luego sostener que el sentido de la prueba se acomodó en una sola dirección: la cabeza de su poderdante, "como si aquí denunciara nuevamente un error de hecho por falso juicio de identidad a que tantas veces alude." Luego vuelve a torcer el camino cuando reclama que el testimonio de Casas Buitrago ha debido ser ratificado por otros medios de convicción, "con lo que se sitúa nuevamente en el campo del error de derecho"; a través de la afirmación de que las pruebas se practicaron a espaldas del procesado, "parece insinuar la existencia de una nulidad por violación del derecho de defensa que sería la consecuencia del ilegal procedimiento enunciado".

Considera el Ministerio Público que el recurrente en la gran extensión de su memorial que dedica al principio de causalidad, invoca pronunciamientos

doctrinarios y jurisprudenciales en los cuales busca apoyo, para sostener que el nexo de causalidad entre el resultado y la acción de su defendido fue solo por el actuar de unos terceros a quienes no se investigó, pero jamás toca siquiera los umbrales de la demostración de su aserto", le bastó afirmar la presencia de los sujetos citados, sin ligarlos a acción alguna, pretendiendo que se revise todo el acervo probatorio en busca de datos y pruebas que tiendan a ratificar sus insinuaciones, lo que no es procedente en este recurso fundamentalmente técnico, en el cual se exige al demandante planteamientos claros y precisos, que demuestren las equivocaciones de juicio o actuación en que se haya podido incurrir en las instancias.

Otra inconsistencia radica, en que el libelista predicó de la acción de su defendido el haber actuado en legítima defensa, "Empero, no se ocupó de demostrar cómo y cuales de las pruebas acreditaban esa específica justificación, y cómo y por qué ella no está contenida en la sentencia, parece contentarse, para la prosperidad del cargo con una escueta afirmación que transcribe el Delegado, para concluir que no puede convencer, en modo alguno, acerca de la violación de la ley sustancial.

A pesar de otras fallas que pueden acotarse a la demanda, el Ministerio Público estima que las ya mencionadas son suficientes para fundamentar su petición de que sea desestimado el recurso, agregando que el petitum resulta indecifrable, ya que falta concresión, claridad y precisión, pues el demandante vuelve a consignar juicios críticos subjetivos que lo apartan de su meta inicial, sin determinar cual es el destino final, de prosperar sus proposiciones.

La Delegada solicita a la Corte la declaración oficiosa de la nulidad parcial de la sentencia, por haberse proferido con detrimento de las garantías fundamentales del procesado, violando el principio de la legalidad de las penas, puesto que fijada la sanción accesoria en 18 años -tiempo de la pena principal-, se desbordaron los límites punitivos señalados en el artículo 44 del C.P. que determina para la interdicción de derechos y funciones públicas un tiempo máximo de 10 años. Los ocho años adicionales que han de aplicarse al condenado, violan el mencionado principio y atentan gravemente contra los derechos fundamentales en la medida en que se le somete a sanciones no previstas -en sus límites- por la ley.

Con base en lo anterior, sugiere a la Corte, casar parcialmente la sentencia impugnada y disponer que por el funcionario competente se reponga lo irregularmente actuado.

Consideraciones de la Sala

1o. Total razón le asiste al Ministerio Público en las críticas que formula a la demanda, pues es evidente que su actor desconoce por completo los objetivos del recurso extraordinario de casación y las exigencias técnicas que le son propias.

Las fallas en que incurre son las siguientes:

a) La demanda es confusa y carece de la precisión que corresponde observar cuando se sustenta este extraordinario recurso, lo cual impide entender cuál es la acusación que se pretende elevar contra la sentencia y cuáles son las pretensiones concretas del recurrente.

b) El censor ataca la sentencia por "*violación indirecta de la ley por error de hecho en la interpretación de la prueba ilegalmente aducida*". Salta a la vista que la presentación de la censura es ilógica y contradictoria, puesto que simultáneamente aduce error de hecho por "*falso juicio de identidad*" y error de derecho por falso juicio de legalidad contra los medios de convicción recaudados en el plenario, errores que se excluyen mutuamente, ya que el primero implica que se acepta la validez jurídica de la prueba, y en el segundo ésta se rechaza por ilegalidad en su aducción.

Tal planteamiento, como atinadamente lo señala el señor Procurador, relieva la incapacidad del censor para escoger uno u otro error, así como su desconocimiento de la lógica del recurso que impide, respecto de unos mismos medios de convicción, proclamar su falsa identidad y su irregular aducción.

c) La inaceptable contradicción en que incurre el libelista, no resulta ser fruto de circunstancial o involuntario error, toda vez que la revisión de los argumentos sobre los cuales apoya tan incoherente censura lleva a confirmar que sin ningún acierto al mismo tiempo afirma que el testimonio rendido por Víctor Antonio Casas Buitrago -al cual dirigió fundamentalmente la crítica probatoria- fue allegado al proceso en "forma fraudulenta", lo que traduce un error de derecho por falso juicio de legalidad, y que la citada declaración fue "sublimada o magnificada con el deliberado propósito de desviar el curso del proceso", para concluir que el sentenciador "*ha distorsionado o falseado*" el sentido de la prueba en que fundamenta la sentencia de condena, incurriendo en falsos juicios de identidad respecto de la prueba "*testimonial y documental*".

El desacierto del demandante radica en aseverar que "por el solo hecho de haber llegado (sic) en forma fraudulenta la declaración de Víctor Antonio Casas Buitrago...sería cuando menos un error evidente de hecho".

d) Para el colmo del desconcierto, el libelista luego de afirmar que ha escogido en forma desprevenida la tercera modalidad del error de hecho "por falso juicio de identidad", insistiendo en que la prueba se acomodó en una sola dirección: la cabeza de su poderdante, sostiene que el "fraudulento" testimonio de Casas Buitrago "quien anda de prevaricato en prevaricato...de mentira en mentira...de falsedad en falsedad" fue "*desmentido por la declaración o deponencia de su propio padre*"; agrega que el contenido del referido testimonio fue evaluado "caprichosa y subjetivamente" en forma separada del resto de testimonios y

pruebas documentales aducidas y que además "no tuvo suficiente prueba adicional para fortalecer su contenido", argumentos que permiten inferir que su inconformidad apunta a señalar un falso juicio de convicción que no es propio del error de hecho que le endilga a la sentencia.

e) Como remate de las contradicciones, afirma el memorialista que a "*espaldas*" del proceso y del procesado se practicaron "todas las pruebas" luego lo que parece insinuar es la existencia de una nulidad por violación del derecho de defensa. Sin embargo repite que el sentenciador ha distorsionado o falseado el sentido de la prueba en que fundamenta la sentencia de condena -declaración de José Antonio Casas Ramírez-, respecto a la cual considera inaceptable que "se le hrayan (sic) podido hacer producir efectos: es decir: condenar a mi cliente por el solo hecho de haber callado la verdad este deponente o heridor del mismo procesado"; que se quiso excluir de la contienda la causa excluyente o el factor determinante de la muerte de Montoya Roncancio: "los muchachos...no investigados por haber salido habilidosamente de la escena"; que el Tribunal para poder justificar la condena no podía basarse "sobre mentiras" de Casas Buitrago o en "las ridículas declaraciones" de algunos testigos que cita, afirmaciones estas que no corresponden al error de hecho por distorsión de la prueba que invoca. Como acertadamente lo señala el Ministerio Público, esta mezcla impide el cabal entendimiento de la demanda y da al traste con las pretensiones, que entre otras cosas son indecifrables, pues allí se vuelve a consignar una serie de juicios críticos subjetivos que lo apartan de la meta inicial, sin concretar cual ha de ser el destino final de la casación.

f) En la extensa demanda sostiene el libelista que el nexo de causalidad entre la acción de su defendido y el resultado fue roto por el actuar de unos terceros a quienes no se investigó, aserto que ni siquiera intentó demostrar, ya que como atinadamente lo observa el señor Delegado no entra a considerar como podría llegar a pensarse que los terceros (muchachos) actuaron eficazmente en procura de la muerte de Montoya Roncancio o de las heridas de Casas Ramírez, bastándole con afirmar la presencia de los citados sin ligarlos a acción alguna, pretendiendo que la Corte entre a revisar todo el acervo probatorio en busca de pruebas que permitan ratificar sus insinuaciones, lo que no es pertinente en el recurso extraordinario de casación, que exige al demandante que a través de planteamientos claros y precisos, demuestre los cargos que formula.

g) Sostiene el censor que los falladores "a sabiendas de que Rincón Páez sólo portaba un revólver 32 largo" le imputan el homicidio perpetrado con un 38 largo según el dictamen de medicina legal -División Criminalística-grupo balística-, prueba técnica que ataca con la simple afirmación de que fue "irregularmente evaluada", porque las balas del primero no podían ser utilizadas por el segundo", de acuerdo con los especialistas.

Observa la Sala que el libelista parte de una premisa contraria a la realidad procesal, pues no es cierto que se haya acreditado en el proceso que el revólver

utilizado por el procesado fuera un 32 largo, luego el ataque en verdad no apunta a demostrar el presunto error sobre la apreciación de la prueba de balística, sino sobre la credibilidad que se le negó a la versión del acusado, motivación que no corresponde al error de hecho alegado, y que por la vía del error de derecho tampoco hubiera tenido prosperidad, pues esas pruebas no están sujetas a tarifa legal.

Al respecto, el juzgado en el fallo de primer grado dijo lo siguiente:

"...Obra a folio 137 el estudio del proyectil extraído en la necropsia, que determina como posible arma utilizada un revólver calibre 38, como el defensor anota que según el mismo concepto de medicina legal, no es posible disparar un proyectil de dicho calibre con un revólver calibre 32, responde el despacho diciendo que ello no infirma la responsabilidad de Rincón Páez, pues en verdad el único que dice haber utilizado revólver calibre 32 es el sindicado y ya fue estimada su versión como inverosímil y mendaz. Tan solo Abelardo Rodríguez (fl. 199) se refiere al calibre del arma observada y para decir únicamente que supone era un revólver 38 largo."

El reproche no tiene respaldo procesal y está elaborado a partir de una tergiversación de los hechos que fueron objeto del proceso.

h) Predica el recurrente que el procesado actuó en legítima defensa. Empero como bien lo observa el señor Procurador, no se ocupó de demostrar cómo y cuáles fueron las pruebas que acreditaban esa situación de justificación, simplemente se limita a decir: "Observe la H. Corte que sin la prueba de los elementos del tipo...alegre u olímpicamente el H. Tribunal (condenó dizque por tentativa de homicidio como si mi cliente hubiera atentado contra Casas Ramírez a mansalva: como si hubiera tirado por detrás...fuera de *combate*". Resulta evidente que esta insular afirmación no puede convencer, en forma alguna, acerca de la violación de la ley sustancial.

Resumiendo, la demanda es antitécnica por contradictoria, por confundir alegaciones propias del error de derecho con la del error de hecho y por no demostrar los errores que enuncia.

Por las razones anotadas los cargos formulados en la demanda no están llamados a prosperar.

2o. Petición del Procurador Delegado:

Tal como lo plantea el Ministerio Público, no hay duda que desde el punto de vista legal, constituye un error de los falladores de instancia fijar la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, esto es dieciocho (18) años, pues el máximo imponible para el efecto no puede ser superior a diez (10) años de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 del Código Penal.

La sentencia está parcialmente viciada de nulidad por violación del principio de legalidad de la pena, y no queda otro camino que subsanar el error. Para el efecto la Sala de oficio casará parcialmente la sentencia y declarará que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas es de diez (10) años, de conformidad con la facultad que otorga a la Corte el art. 229 del C. de P.P.

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: CASAR parcialmente la sentencia impugnada.

Segundo: DECLARAR que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que corresponde al procesado Modesto Rincón Páez, es de diez (10) años.

Tercero: La pena de prisión de dieciocho (18) años, así como las demás determinaciones del fallo atacado, se mantienen sin ninguna modificación.

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 Cortés Garnica
Secretario

PREVARICATO \ APODERADO \ PARTE CIVIL \ PERITO \ PERJUICIO

Lo que interesa, en cuanto al prevaricato es saber primero si medió en el funcionario el conocimiento acerca de la ilicitud del acto omisivo o de retardo que cumplía, y con él la voluntad de realizarlo, cuya demostración puede surgir a través de cualquiera de los medios legales y válidos de información y pruebas judiciales.

Para la doctrina resulta insuficiente la sola objetividad de la tardanza del funcionario para llevar a inferirle responsabilidad por el delito de prevaricato omisivo.

Decidir si se admite a un abogado para actuar en nombre y representación de otra persona no demanda sino el allegamiento formal del respectivo poder, la expresión clara en él del conferimiento del mandato, la precisión sobre las facultades que se otorgan y la acreditación del delegado como abogado inscrito. La respuesta afirmativa en auto de sustanciación.

La admisibilidad de la parte civil implica la previa presentación formal del escrito respectivo y el análisis de la situación del poderdante como persona ofendida o perjudicada. La respuesta afirmativa en auto interlocutorio.

No por el hecho de haberse omitido la intervención pericial para fijar el monto de los perjuicios a resarcir podría exonerarse su fijación en la sentencia. Una vez acreditado el daño, la intervención del experto es potestativa, no así la liquidación de

los perjuicios para cuyo cumplimiento fija el artículo 107 del Código Penal "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."

Se busca con el resarcimiento del daño proveniente de la infracción que prevén los artículos 103 y siguientes del Código Penal, el restablecimiento de los derechos vulnerados con el hecho punible, principio rector del artículo 16 del Código de Procedimiento Penal que tiende a evitar para la víctima mayores dilaciones o trámites adicionales que le hagan nugatorias sus expectativas, o tornen más gravosa la posibilidad de su resarcimiento, fines marcadamente distintos de aquellos que con las penas se persiguen.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicacion No. 7201

Contra: Gisela Manrique

Delito: Prevaricato

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 135 (Noviembre 10/92)

Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el señor defensor de la acusada doctora María Gisela Manrique Betancur, impugnación que ataca la condena impuesta a su representada como Juez 68 de Instrucción Criminal de Chigorodó por el delito de prevaricato, según sentencia de diciembre 9 de 1991 emanada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Correspondió al Tribunal Superior de Medellín conocer por vía de consulta de la casación de procedimiento decretada en favor del individuo Héctor Darío Usuga Cardona, a quien se le había imputado una ofensa al patrimonio económico de su ex compañera Denís Pardo, según providencia emanada del Juzgado 68 de Instrucción Criminal con sede en Chigorodó, fechada el quince de julio de 1989.

Como al entrar a hacer su pronunciamiento, halló la respectiva Sala que el grado de consulta había desaparecido en la nueva regulación procesal penal omitió la adopción de una decisión de fondo, pero en su lugar dispuso que se investigara penalmente la conducta de la titular del Juzgado remitente doctora María Gisela Manrique Betancur, pues la Corporación halló ostensible e injustificada la demora de la funcionaria en pronunciarse sobre una demanda de constitución en parte civil formulada en mayo 10 de 1989 e insistida un mes más tarde, requerimientos que no obstaron para que en julio 15 siguiente se cesara procedimiento y luego se le denegara el recurso de alzada, precisamente con el argumento de no constar para el representante del interés privado su reconocimiento como parte.

2.- Repartidas las copias pertinentes, el Magistrado sustanciador en el Tribunal de Medellín dispuso la práctica de diligencias preliminares consiguiendo en ellas escuchar la versión del abogado Nelson Ospina como suscriptor de demanda no resuelta, verificar diligencia de inspección sobre el proceso seguido a Darío Usuga y escuchar la versión de la quejosa Denís Pardo, elementos que sirvieron como base para proferir auto cabeza de proceso.

Ya dentro de la instrucción se escucharon versiones testimoniales provenientes del personal del Juzgado a cargo de la indagada, se vinculó mediante injurada a la doctora Manrique, se allegó en copia la actuación procesal dentro de la cual se acusan las omisiones, se demostró documentalmente el desempeño de la doctora María Gisela como titular del Juzgado 68 de Instrucción Criminal para la época de los sucesos y se escuchó la versión de los abogados Luis Humberto Mejía, Luz Helena Vélez y Darío Trujillo relacionada con el manejo de los procedimientos a cargo del Despacho de la sumariada, pasando finalmente el expediente una vez inició su funcionamiento, al Tribunal Superior de Antioquia, por competencia.

Cerrada allí la investigación, luego que un primer auto de clausura fuera revocado para atender solicitud adicional de pruebas suscrita por el defensor en mérito de las diligencias se calificó en providencia de julio 11 de 1991 que concluyó en la acusación formal de la procesada por el delito de prevaricato dentro de la modalidad que define y sanciona el artículo 150 del Código Penal, medida adicionada con la de aseguramiento de caución.

Para la etapa probatoria de la causa se solicitó de nuevo por la defensa la ampliación de varios de los testimonios recibidos, requerimiento que atendió la Sala y logró en parte satisfacer dentro de la diligencia de audiencia.

Surtido este acto público profirió el Tribunal el fallo de cuya revisión ahora se trata, que fundado en la prueba completa de los elementos externos de la infracción como en la desestimación de las excusas de la enjuiciada tras la sopesación de los diferentes medios allegados en su favor y contra de los cuales se ocupará la Sala al responder la impugnación, dedujo su responsabilidad penal a título de dolo imponiéndole como penas principales las de un (1) año de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, la obligación de resarcir a las partes agraviadas en cuantía de 50 gramos oro por concepto de perjuicios morales, otorgándole la condena de ejecución condicional con un período de prueba de dos años.

Motivos del recurrente

Al sustentar el recurso de alzada, afianzó el señor defensor de la acusada su inconformidad frente al fallo adverso, sosteniendo que para el caso materia de juzgamiento se había proferido la condena muy a pesar de inexistir la prueba indicativa del proceder doloso de la acusada, pues las premisas de la decisión se limitaron a realizar una acusación meramente objetiva.

A juicio del impugnante, cuando el Juzgado a cargo de la doctora Gisela reconoció al doctor Ospina como apoderado de doña Carmen Pardo creyó haber despachado su pedimento de constitución en parte, lo que explicaría la no insistencia del abogado en la resolución de su demanda, sin que el escrito que aparece a folio 61 de la actuación del Juzgado lleve a sostener lo contrario, pues jamás se probó que esa solicitud hubiese ingresado efectivamente al Despacho de la juez, atribuyendo el defecto al cúmulo probado de trabajo y a la deficiencia de los subalternos.

Agrega que la solución del proceso seguido contra Usuga fue normal e imparcial la decisión de su favorecimiento, y que ello prueba la buena fe que animaba a la imputada, hallando que los intereses de la señora Pardo habían quedado debidamente garantizados en la parte resolutiva cuando la funcionaria previno al procesado que no podría disponer de los ganados hasta tanto se conociera una decisión de la jurisdicción civil.

Por ello estima que la conducta de la acusada a lo sumo pudo constituir acto negligente, pero jamás doloso, y que si el delito de prevaricato requiere para su comisión de una motivación que incline la voluntad del funcionario al desconocimiento de la ley, ella jamás se dio en el caso de la doctora Manrique, cuya buena fe debe ser reconocida, entrando la Corte a revocar el fallo de condena para que en su lugar se absuelva a su defendida.

Concepto de la Procuraduría

Para el Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal el fallo de Tribunal es el reflejo exacto de la realidad que abriga el proceso, haciéndose por ello

merecedor del respaldo de la Sala. Solo dos observaciones hace la Delegada a la sentencia, una en cuanto el daño material debió ser fijado por el Tribunal, en cuyo defecto debe la Corte adicionarlo, y la otra porque en su sentir la decisión de julio 15 de 1989 proferida por la doctora Manrique en favor del procesado Usuga se apartó de la verdad procesal que le debió servir de sustento, lo que a su juicio invita a su averiguación por separado como hecho constitutivo de un prevaricato por acción.

Ningún reparo encuentra la Delegada sobre la ocurrencia material de los hechos reseñados y su adecuación al tipo de prevaricato por omisión, tampoco en cuanto a la nocividad de la conducta frente a la Administración Pública, y como las excusas de la doctora Gisela no se corresponden con la realidad, su actuar doloso queda al descubierto, particularmente cuando vanamente pretendió atribuir los autos proferidos en el caso Usuga a su personal subalterno, pues mal podría aceptarse que la responsabilidad del juez es delegable, o que no es la firma de la juez la que aparece en aquellas providencias que refirieron el pedimento sin otorgarle respuesta adecuada.

Ni el desorden del juzgado, ni el recargo de trabajo fueron factores determinantes del resultado; la demanda de constitución en parte y el escrito de insistencia se agregaron en orden dentro del proceso, y como el reconocimiento de personería y la posesión del apoderado nunca suplen el expreso pronunciamiento omitido, hechos que debía conocer la acusada, no pueden atenderse sus excusas, siendo acertada la decisión que sobre su condena se ha dispuesto en la primera instancia.

Consideraciones de la Sala

1.- No resulta correcto, según propone la defensa en la sustentación de su recurso, fragmentar los hechos atribuidos a la acusada doctora Manrique Betancur para entrar a sostener que hubo de su parte un reprochable descuido pero nunca actuar doloso que permita deducirle responsabilidad penal frente al delito de prevaricato omisivo por el cual fuera llamada a responder en esta causa.

Si se repara en los términos dentro de los cuales se halla redactado el cargo, bien se comprende que la acusación no se dirige en contra de la ex-juez de Instrucción Criminal de Chigorodó por haber acumulado una serie de actos negligentes propios del desorden de su oficina u ocurridos como consecuencia de su inexperiencia, exceso de trabajo o falta de cuidado, sino el lleno y preciso marginamiento que hizo de la parte civil que se intentó constituir dentro del proceso que adelantaba por denuncia de Denis del Carmen Pardo por un posible delito contra el patrimonio económico, actuación que resolvió cesar mediante auto que también le impidió impugnar a la parte vencida y que interpretado en su integridad como corresponde, significó la arbitraria exclusión del perjudicado de la actuación penal dentro de la cual se debatían los daños cuyo resarcimiento y cuantía debían allí mismo definirse.

Dentro de este orden de ideas corresponde resaltar que la vinculación oficial de la doctora María Gisela Manrique se acreditó debidamente mediante prueba documental oportunamente allegada, siendo de igual naturaleza la prueba de la existencia y trámite otorgado al proceso, asunto iniciado en la localidad de Carepa en contra de Héctor Darío Usuga a quien se denunció como responsable de un delito de abuso de confianza.

De estas últimas copias surge claro, sin que en este aspecto objetivo cuestione la defensa la realidad de los hechos demostrados, que el 10 de marzo de 1989 se presentó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Carepa un memorial poder suscrito por la ofendida y denunciante señora Denís Pardo, facultando al abogado Nelson Ospina Gómez para que atendiera su representación como parte civil en el sumario. Al dorso del escrito se leen constancias sobre presentación personal por los signantes, y como consecuencia el juzgado de destino facultó al mandatario para conocer de la actuación, previniéndole sobre el cumplimiento del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, relacionado con la presentación del escrito de demanda.

Remitidas las diligencias al Juzgado 68 de Instrucción Criminal con sede en Chigorodó por competencia, la ahora procesada dispuso inicialmente la ampliación de la versión rendida por la Pardo Triana, profiriendo el 10 de mayo siguiente un auto de sustanciación en que reconoció "la personería suficiente" al doctor Ospina Gómez como representante de la denunciante, dándole posesión en esa misma fecha, que es además la de recibo de la demanda de constitución en parte y reclamo de perjuicios, suscrita por el citado abogado y con nota de presentación personal, escrito que ostenta fecha de ingreso al despacho de la juez aquel mismo día (10 de mayo).

Sin solución de continuidad en la foliación del respectivo expediente, se agregaron a continuación varias comunicaciones de contenido diverso entre las cuales se descubre -folio 61- una firmada por el doctor Ospina Gómez en que reclama porque hacía más de un mes había presentado su escrito de demanda sin obtener respuesta alguna; pero ahora como entonces, ningún pronunciamiento hizo el juzgado a cargo de la doctora Gisela, que en julio 14 de 1989, luego de oír la ampliación de denuncia avoca el conocimiento del asunto, y al día siguiente emite un auto decretando la cesación de procedimiento por "inexistencia del delito".

De allí en adelante la secuencia indica que el señor apoderado de la denunciante no aceptó la notificación personal de esa providencia, pero por escrito que aparece al folio 71 de la actuación del juzgado reclamó de nuevo ante la omisión de un pronunciamiento sobre su demanda que para entonces llevaba ya tres meses frente al silencio del juzgado, interponiendo y sustentando el recurso de apelación.

A esta impugnación contestó primero el despacho con providencia de julio 31 que no se pronunciaría sobre ella hasta tanto no concluyeran las notificaciones del auto de cesación, pero cuando éstas terminaron y el asunto ingresó al despacho de

la funcionaria acusada, en nuevo auto de agosto 15 denegó el trámite de la alzada argumentando textualmente que

"Hasta el momento procesal este despacho no ha admitido la constitución de Parte Civil, por lo tanto dicho apoderado carece de derechos suficientes para interponer recursos de alzadas" (sic).

Objetivamente, entonces, ninguna duda sobre la presencia de los elementos externos que conforman el delito de prevaricato omisivo que describe en su artículo 150 el Código Penal se da en el plenario, pues acreditado el desempeño de la doctora María Gisela Manrique como juez 68 de Instrucción Criminal de Chigorodó, con él quedó probado el abuso funcional de su renuencia a pronunciarse sobre la demanda de resarcimiento de perjuicios porque ni en tiempo ni fuera de él la admitió, rechazó o devolvió por defectos formales, desatendiendo de manera evidente la obligación que le imponía el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal. Pero además e ignorando con ello los propósitos del legislador de permitir que dentro del proceso penal intervenga como parte la persona perjudicada u ofendida, desestimando esa calidad a la señora Pardo Triana le obstruyó toda la gama de posibilidades probatorias, impugnatorias, de denuncia de bienes, embargo y alegaciones que le facultaba el artículo 46 del Código de Procedimiento Penal para entonces aplicable, y particularmente la oportunidad de apelar el auto de cesación de procedimiento con el cual se frustraban sus pretensiones.

Como bien lo dedujeron el Tribunal a quo y la Procuraduría Delegada, con el comportamiento de la acusada se dio para la administración pública aquel perjuicio constituido por el trastorno efectivo de los fines del Estado, que en el caso particular significó la frustración de la prestación recta y cumplida de justicia que invocaba la ofendida frente a la conducta endilgada a su ex-compañero Héctor Usuga, exceso funcional que conduce a la responsabilidad de la enjuiciada.

2.- Frente a estas evidencias ha propuesto el impugnante toda una serie de alternativas orientadas a minimizar la gravedad de la conducta para restarle su entidad dañosa, pero particularmente inclinadas a desvirtuar el dolo, sugiriendo que el resultado pudo estar motivado en la inexperiencia de la funcionaria y su descuido, en el volumen de trabajo que debía evacuar, la negligencia de su personal subalterno que no le ingresó oportunamente los pedidos del abogado y en la falta de un móvil capaz de explicar la voluntad torcida de la acusada.

a.- Partiendo de aquella primera objeción bajo la cual se sostiene que al admitir la doctora Manrique personería al abogado Ospina como apoderado de la denunciante, podía entenderle reconocido como parte civil, o cuando menos abonable el equívoco a la acusada, debe responderse que cuando la doctora María Gisela hizo pronunciamiento y aún posesionó sin necesidad alguna al apoderado, no había surgido para ella el deber de pronunciarse sobre la constitución en parte,

porque todavía no obraba en autos la demanda -agregada minutos más tarde-, pero ante todo se distanciaba ese pronunciamiento por su naturaleza, de aquel relacionado con la legitimidad para constituirse en parte dentro de la actuación sumaria.

Las diferencias entre los requisitos que demanda el reconocimiento de un apoderado y aquellos que se refieren a la admisión de su representado como parte no podían ser más relevantes:

Decidir si se admite a un abogado para actuar en nombre y representación de otra persona no demanda sino el allegamiento formal del respectivo poder, la expresión clara en él del conferimiento del mandato, la precisión sobre las facultades que se otorgan y la acreditación del delegado como abogado inscrito, siendo la respuesta afirmativa de personería un auto de simple sustanciación o impulso procesal.

Pronunciarse, en cambio, sobre la admisibilidad de la demanda de parte civil implica la previa presentación formal del escrito respectivo y el análisis de la situación del poderdante como persona ofendida o perjudicada, conteniéndose la respuesta afirmativa de un auto interlocutorio.

Las consecuencias, a su vez, de uno y otro pronunciamiento difieren, pues reconocido el apoderado podrá comenzar su actuación en este caso con la revisión del expediente y la presentación de la demanda, mientras que la aceptación como parte implica demostrar la personería sustantiva, habilitándose desde allí para pedir pruebas e intervenir en ellas, denunciar bienes y pedir su embargo, interponer recursos y adelantar todas las demás gestiones atinentes con el reconocimiento de los derechos de la representada, actuación toda que en el caso seguido contra Héctor Usuga le fue imposibilitada a la parte ofendida.

Por estas claras diferencias, en el caso imputado a la doctora Manrique se torna imposible aceptar la tesis de su confusión sobre la naturaleza del reconocimiento de apoderado y el de la parte civil, con mayor razón si cuando se aceptó como mandatario al doctor Ospina -se insiste- ni siquiera se había presentado la demanda, sin que puedan alegarse equívocos cuando al denegar la apelación se dijo de manera escueta y terminante en auto que firma la acusada, que si el recurso de apelación no se admitía, la única razón que había era que para entonces el juzgado no había admitido aún a la denunciante señora Pardo como parte civil.

b.- Tampoco pueden servir como argumento defensivo la falta de conocimientos ni de experiencia de la doctora Manrique Betancur:

Si lo primero, ha sido la propia enjuiciada la encargada de enterar que cuando asumió como Juez de Instrucción en Chigorodó había culminado sus estudios de derecho, valga decir que contaba con la preparación necesaria para el ejercicio de la función de juez. Y si se excusa la inexperiencia tampoco se cabe su aceptación,

pues también por información de la acusada se conoce que desde hacía dos años la doctora Gisela venía desempeñándose en cargos como juez.

Tratábase además, de resolver una solicitud que no ofrecía dificultades ni profundos o especializados conocimientos, pues bastaba consultar la regulación contenida en el Código de Procedimiento Penal y cotejarla con el contenido del escrito de demanda aportado por el doctor Ospina para saber si mediaba aquel interés de parte en la actora que llevaba a su reconocimiento, y si resultaba todavía oportuno ese pronunciamiento judicial.

c.- Sostiene también el recurrente haciendo en ello eco a su cliente, que el Juzgado de Instrucción de Chigorodó era sumamente recargado de trabajo; que no quedó constancia del ingreso efectivo del escrito de insistencia del doctor Ospina al despacho de la doctora Gisela, y que no hay motivo para desatender las excusas de la enjuiciada sobre su buena fe, cuando la cesación de procedimiento constituyó una respuesta justa y de equilibrio para dirimir el debate que tenía a su conocimiento.

Iniciando en este caso la respuesta por el último de los planteamientos vistos, no puede menos que recordar la Sala el criterio de la Delegada cuando encuentra que a tal grado resultó desproporcionado el favorecimiento del señor Usuga, que como complemento de este fallo tendrá que disponerse la expedición de copias orientadas a la investigación de un prevaricato activo.

Sin entrar al estudio del contenido de aquella providencia por no constituir motivo del debate presente, y sí materia en cambio de la nueva averiguación que se demanda, bastará con evocar los motivos que orientan la postura de la delegada para inferir que ni siquiera la vocación de imparcialidad y acierto puede tenerse como hecho indicativo de bondad en la solución del caso llegado de Carepa, de donde tenga que distanciarse la Corte del planteamiento defensivo, pues asiste razón al Ministerio Público cuando en su crítica a la decisión que cesó procedimiento y donde todo análisis probatorio se sustituye por la fuerza de las afirmaciones, conceptúa que,

"Su motivación no solo es vacilante sino contradictoria. No ve acreditada la propiedad de las reses en cabeza de la denunciante. Tampoco en la del sindicado Héctor Darío Usuga, y sin embargo, declara que no existe el delito de hurto denunciado y se le prohibe a éste la enajenación del ganado "hasta tanto la jurisdicción civil no decida lo pertinente".

Tampoco en el recargo de trabajo se muestra radicar el fundamento de lo omitido: Como bien se evocó de la resolución acusatoria, la imputación se concretó al inexcusable e inmodificable silencio del despacho para pronunciarse sobre la insistente demanda de resarcimiento y constitución en parte, observándose que pese a que la acusada se tomó su tiempo para decidir si avocaba el conocimiento del expediente llegado de Carepa, en tanto oyó la ampliación de la denunciante

según lo había dispuesto, definiendo que la competencia era suya, las oportunidades para adoptar el pronunciamiento omitido se repitieron y se prolongaron aún después de haber proferido la cesación de procedimiento, haciendo más que inocultable su deliberada voluntad de omitir toda respuesta.

Por eso carece de aceptable explicación tan destacada renuencia, pues de haber querido cumplir con sus deberes oficiales, bastábale a la funcionaria con saber que se hallaba pendiente de notificación el auto sobre cesación de procedimiento para adoptar la determinación que sobre la demanda concerniera, actuación que hubiese facilitado dentro de un equilibrado reconocimiento de los derechos de las partes al menos la posibilidad final de interponer recursos, tratándose de la última ocasión con que contaba el ofendido para buscar la efectividad de sus pretensiones.

Y es esa misma determinación de extrañar el interés de la parte civil del aludido proceso la que hace irrelevante el pretexto de no haber sido ingresado el escrito de insistencia del abogado Ospina Gómez al despacho, pues aún suponiendo que los subalternos mintieron al afirmar (véanse las versiones de los folios 53 y ss. y 68 y ss.) que los escritos sí pasaron al escritorio de la juez, es notorio por los últimos pronunciamientos de julio 31 y agosto 15 que la doctora Gisela se enteró antes de quedar el auto sobre cesación formalmente ejecutoriado, que existía una solicitud pendiente sobre constitución en parte, siendo invariable y único el comportamiento omisivo, del cual se valdría para excusar a la hora de resolver sobre la alzada, que al recurrente no se le podía oír por cuanto no se hallaba reconocido formalmente.

d) Como último argumento de favor ha dicho la defensa que la absolución de la doctora Manrique procede por encima del fallo apelado, porque jamás se acreditó la existencia de un móvil que hubiese animado a la funcionaria a proceder en la forma como se le critica, así que inexistiendo un ánimo de prevaricar por el solo gusto de hacerlo, tendrá que inferirse la ausencia del aspecto subjetivo en la configuración del punible por el cual responde.

Así considere la Sala que todas las respuestas precedentes dadas a los planteamientos del recurrente han sentado ya como acertada y justa la determinación que se apela, halla en este punto oportunidad para reiterar que en la codificación de 1980 se privó al delito de prevaricato de aquellos ingredientes subjetivos contenidos en el Código Penal inmediatamente anterior, que exigían en la torcida omisión, la denegación o el retardo funcional, la presencia de un interés del desleal servidor público por favorecer a aquella de las partes que le merecía simpatía, o por zanjar sus malquerencias o disgusto con aquella que haría a la postre perdedora.

Si bien es cierto nada obstaría para que pudieran mostrarse esos desviados intereses, que no le son del todo ajenos a la ley cuando los tiene como una

información útil hacia la graduación de las sanciones, cuanto interesa primero es saber si medió en el funcionario el conocimiento acerca de la ilicitud del acto omisivo o de retardo que cumplía, y con él la voluntad de realizarlo, pues son esas las únicas exigencias para la configuración del dolo (artículo 36 del Código Penal), cuya demostración puede surgir a través de cualquiera de los medios legales y válidos de información y prueba judiciales.

Para el caso que se controvierte, no se discute que la tardanza en un pronunciamiento como el que se reprocha podría explicarse como consecuencia de la congestión de labores que sufría la oficina, y que imponía proceder tanto mediante la delegación riesgosa del trabajo entre los subalternos, como con la ligereza a que llevaba la celeridad en el ejercicio de sus labores por la acusada. Sin embargo, y como de todos los antecedentes vistos queda claro: no fueron una o dos las veces que el abogado solicitó la respuesta del juzgado, pues a las oportunidades en que le vieron los empleados declarantes ir a averiguar sobre la decisión que le interesaba, agregó el primer escrito del folio 61 recordando que había transcurrido un mes sin recibir respuesta a su demanda, y si todavía se aceptase que de ese memorial no conoció la juez oportunamente, ya en definitiva nada excusa la definida voluntad de omitir el pronunciamiento al cual estaba obligada cuando difiere resolver sobre el tema bajo con la explicación de estar pendientes las notificaciones de auto de cesación, porque dejar esa determinación para el momento en el que surgiría la pérdida de competencia por agotamiento de la primera instancia, solamente corrobora que en el ánimo de la doctora Gisela Manrique jamás existió la intención de despachar el pedimento del doctor Ospina Gómez, imponiendo con toda caridad sobre sus deberes oficiales y en particular aquel que le señalaba el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, su personal y arbitraria voluntad de precluir una actuación a espaldas de la parte interesada en el resarcimiento.

Como bien lo recuerda la defensa, cierto es que para la doctrina resulta insuficiente la sola objetividad de la tardanza del funcionario para llevar a inferirle responsabilidad por el delito de prevaricato omisivo. Mas, lejos se está en el caso que se estudia de afrontar a lo sumo la sola responsabilidad disciplinaria, pues el comportamiento consecutivo de la doctora Manrique Betancur mostró a las claras que bien sabía sobre su obligación de pronunciarse con relación a la demanda de constitución en parte que presentaba mediante apoderado la denunciante Pardo Triana, dejando pasar cuanta oportunidad tuvo de realizar ese proveimiento, para terminar excusando en su propia omisión la desatención del recurso interpuesto contra la decisión que marginaba definitivamente a la perjudicada del proceso, actuación que justamente corrobora el malicioso y voluntario abandono de los fines de la ley que estaba llamada a garantizar y cumplir, para darle toda primacía a la arbitrariedad de su capricho.

La sentencia de condena, era, entonces, la única alternativa que quedaba para resolver la situación final de la funcionaria acusada, cuyas penas principales a un

año de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas no le ameritan a lá Sala inconformidad alguna.

Sobre la condena al pago de perjuicios pide el Ministerio Público a la Sala que adicione los de índole material pues la cobertura que hizo el a quo se limitó a fijar el monto de los daños morales. Sobre este aspecto cabe aclarar que no por el hecho de haberse omitido la intervención pericial para fijar el monto de los perjuicios a resarcir 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 fija el artículo 107 de Código Penal "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".

Estimando con acierto que el perjuicio se dio para la señora Carmen Pardo por el pago infructuoso de honorarios profesionales al abogado Ospina Gómez, monto al cual se suman los costos de sus consecutivos transportes de Carepa a Chigorodó para indagar sobre el estado de su asunto, se hace conveniente y justo fijar en 50 gramos más de oro la suma a resarcir, sentido en el cual se adicionará la sentencia recurrida, atendiéndose con ello los artículos 50, 186-7 y 187 del Código de Procedimiento Penal, para cuya solución se halla facultada la Sala por el artículo 538 ibídem, medida que habrá de comunicarse a la titular del derecho con miras a su efectividad.

Esta decisión en nada perjudica el principio de no agravación previsto en el artículo 31 constitucional para la pena, (lo que sí sucedería en el caso de desestimar, por vía de ejemplo el subrogado concedido), pues como ya ha tenido ocasión de consignarlo esta Sala, se busca con el resarcimiento del daño proveniente de la infracción, que prevén los artículos 103 y siguientes del Código Penal, el restablecimiento de los derechos vulnerados con el hecho punible, principio rector del artículo 16 del Código de Procedimiento Penal que tiende a evitar para la víctima mayores dilaciones o trámites adicionales que le hagan nugatorias sus expectativas, o tornen más gravosa la posibilidad de su resarcimiento, fines marcadamente distintos de aquellos que con las penas se persiguen.

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: Adicionar el fallo motivo de alzada para imponer en concreto a la acusada María Gisela Manrique Betancur la obligación de cancelar a favor de la ofendida Denís del Carmen Pardo la cantidad de cincuenta (50) gramos oro por

concepto de perjuicios materiales, como autora y penalmente responsable del delito de prevaricato por el cual fuera llamada a responder en esta causa,

Segundo: Disponer la expedición de las copias que solicita el Ministerio Público encaminadas a la investigación del posible delito de prevaricato por acción, y

Tercero: Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.

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

AUDIENCIA PUBLICA \ NULIDAD \ DEBIDO PROCESO

La audiencia pública tiene como fin el que se controvierta frente a la comunidad, en general, y a los sujetos procesales, en particular, el recaudo probatorio.

El desarrollo del debate no puede ser arbitrario. Debe guardar un orden lógico en el que se escuche primero a la parte acusadora y al apoderado de la parte civil, si le hay, y luego al procesado y a su defensor quien, después de oír los cargos, procederá a responderlos en debida forma, dando sus razones sobre su aceptación en cierto grado, o su rechazo completo.

Ello no quiere decir que, fatalmente en todos los casos en que uno de los sujetos procesales, en especial la defensa, limite su intervención a leer de viva voz el escrito que representa su pensamiento, genere un atropello al debido proceso.

Cada caso en particular ha de examinarse para establecer si este grado de participación fue suficiente para cumplir su cometido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 7267

Contra: Luis Alberto Neira

Delito: Homicidio

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

Aprobado acta No. 0136

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

VISTOS

Decide la Corte sobre la demanda de casación presentada por el defensor público de oficio del procesado Luis Alberto Neira, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, de diciembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991), confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cuarto (4o.) Superior de esa ciudad, en noviembre catorce (14) de la misma anualidad, que condenó al encartado a purgar la pena principal de diez (10) años de prisión, y las accesorias de rigor, como autor penalmente responsable de un delito de homicidio.

HECHOS

Una síntesis adecuada a la verdad procesal la presenta el Tribunal. Escúchesele:

"...En las primeras horas de la noche del 7 de diciembre de 1990, en un 'potrero' a unos diez metros de la casa de la finca 'Villa Juliana' municipio de Victoria -Caldas-, se practicó el levantamiento del cadáver de Humberto Patiño Valencia, quien había recibido heridas múltiples de arma cortopunzante, una de las cuales penetró 'a nivel de quinto espacio intercostal izquierda con línea axilar media', que 'se dirige de izquierda a derecha dañando en su recorrido piel, tejido celular subcutáneo, músculos intercostales, pleura, pulmón, pericardio y ventrículo izquierdo', que produjo anemia aguda determinante de su muerte, según y como lo aclara la necropsia visible a folio 17.

"Dentro de la misma diligencia de levantamiento, el Inspector Departamental de Policía del lugar recogió informes que señalaron como autor material a Luis Alberto Neira, vecino del occiso y ambos trabajadores en fincas adyacentes y quien pocas horas más tarde, de acuerdo con el informe de folio 1, fue capturado en casa de su progenitora, aduciendo 'que lo había matado porque constantemente lo vivía ofendiendo'. El arma homicida la entregó la madre del acusado al agente Jorge Enrique Acuña Daza, quien advierte que Neira se encontraba 'en estado de embriaguez.... tanto que se había quedado dormido, se le sentía el olor a tufo...'.

ACTUACIÓN PROCESAL.

Esta vez el resumen le pertenece a la Delegada. La Corte recoge sus palabras:

"...Con base en las diligencias adelantadas por las autoridades del Departamento de Policía de Caldas, el Juzgado Promiscuo Municipal de esa localidad...(La Victoria)...inició la correspondiente investigación penal que fue avocada, como asunto de su competencia, por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Caldas que legalizó la retención del sindicado quien posteriormente fue vinculado en dicha calidad, mediante diligencia de indagatoria en el curso de la actuación, y contra el cual el mismo despacho dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio, al resolver su situación jurídica.

Declarado precluido el término de la instrucción el referido despacho procedió a calificar el mérito del sumario, profiriendo resolución acusatoria contra Luis Alberto Neira por el punible de homicidio reconociéndole algunas causales de atenuación punitiva, pero negándole el beneficio de la libertad provisional.

Avocado el conocimiento de las diligencias por el Juzgado Cuarto Superior de Manizales, ejecutoriado el pliego procesatorio, y declarada la apertura del juicio a pruebas, se señaló fecha para la celebración de la audiencia pública, en cuyo desarrollo, el Representante del Ministerio Público una vez, descarta la legítima defensa, la causal de inculpabilidad por error sobre la mencionada justificación, y la modalidad preterintencional en cuanto a la culpabilidad por el hecho, solicitó sentencia condenatoria para el enjuiciado por el delito de homicidio voluntario, aun cuando pidió se le reconocieran las diminuentes genéricas de punibilidad previstas en los ords. 1o., 3o., y 8o. del art. 64 del C.P. La defensora del acusado, a su turno, en alegación escrita que leyó en el curso del debate, y luego de realizar un análisis probatorio y exponer algunas apreciaciones jurídicas, solicitó sentencia absolutoria en favor de su representado, por haber actuado dentro de la causal de inculpabilidad contemplada en el ord. 3o. del art. 40 del C.P. que consagra la denominada defensa putativa o subjetiva.

El Juzgado Cuarto Superior de Manizales, mediante fallo que data del 14 de noviembre de 1991, condenó al procesado en la forma y términos que quedaron expresados, habiendo sido confirmada esta determinación de segunda instancia, de la manera como se expuso en precedencia. Respecto de esta determinación salvó voto uno de los magistrados de la Sala de Decisión por considerar que el juicio se había rituado con vicio de nulidad, a partir, inclusive, de la audiencia pública, puesto que la defensora del inculpado no intervino oralmente, transgrediendo así lo dispuesto por el art. 496 del C.P.P. y dando lugar a la irregularidad anotada...".

LA DEMANDA

Con estribo en la *causal tercera* de casación, el censor formula un solo cargo. La violación del derecho de defensa es el origen de su crítica y a demostrarlo dedica

los renglones posteriores. Recuerda, entonces, la constancia que se dejó en la vista pública sobre la presentación por escrito de los alegatos de la defensa, lo que al final mereció "...poco cuidado por parte del fallador..." ya que "...gran parte de los argumentos propuestos por la defensora no fueron analizados por la sentencia...".

Como apoyo a su pretensión rememora el salvamento de voto que descalifica el mencionado proceder de la defensora. De igual manera, llama en su ayuda el artículo 496 del C. de P.P. de 1987, resaltando la "...legalidad y solemnidad..." que reviste el debate público, en el que el resumen por escrito de la alegación oral es "...una fase circunstancial marginal a la esencia del rito de fondo...", al tiempo que la intervención de viva voz es un acto "...imprescindible y obligatorio...".

Luego, advierte que en el acto público de este proceso, la procuradora judicial del inculpado pasó "...por alto su posibilidad crítica..." a la intervención fiscal al leer en la audiencia la síndéresis de sus argumentos, convirtiendo lo accidental en esencial, violando con ello el derecho de defensa de Luis Alberto Neira.

Asegura, entonces, que el orden fijado por la ley para la intervención de las partes en esta clase de actos no es fruto de la arbitrariedad. El defensor participa después del Agente del Ministerio Público y del representante de la Parte Civil para controvertir sus razonamientos "...una vez oída y sopesada la versión que del proceso aquéllos presentan...".

Finaliza el libelo indicando que, aparte de lo anterior, no se consignó en el acta de la audiencia pública la lectura del resumen, obrando sólo la constancia "...de haberse efectuado la lectura de lo que la norma llama 'resumen escrito de las razones aducidas y de las peticiones hechas', situación procesal que permite inferir, que tal escrito corresponde al resumen de algo que no aconteció en la audiencia...".

Concepto del Procurador Segundo (2o.) Delegado en lo Penal

Considera que la situación planteada por la recurrente no tiene razón de ser ya que este acto "...no tiene la virtud de generar la nulidad alegada..." y luego de recordar la jurisprudencia existente sobre la materia, analiza en forma prolija el escrito que presentó la defensora, concluyendo que en él se plasma la alegación de una posible defensa subjetiva, respondiendo con ello de manera acorde a las palabras del Fiscal, quien en la audiencia, había descartado tal figura. La sugerencia de no casar el fallo recurrido es su conclusión, luego de señalar que en las instancias sí se consideraron los planteamientos expuestos por la defensora.

La Corte

1.- La audiencia pública tiene como fin el que se controvierta frente a la comunidad, en general, y a los sujetos procesales, en particular, el recaudo

probatorio. Cada parte intervendrá, por tanto, en guarda de sus propios intereses pero sin perder de vista, junto con los demás, que sus esfuerzos han de estar encaminados, como fin último, a conseguir que el fallo sea ponderado y justo, esto es, que refleje la realidad procesal y la compagine con la normatividad.

No obstante, el desarrollo del debate no puede ser arbitrario. Debe guardar un orden lógico en el que se escuche primero a la parte acusadora y al apoderado de la Parte Civil, si la hay, y luego al procesado y a su defensor quien, después de oír los cargos, procederá a responderlos en debida forma, dando sus razones sobre su aceptación en cierto grado, o su rechazo completo.

Es por ello que a la defensa se le da el último turno pues sólo después de escuchar previamente las acusaciones puede enhebrar sus argumentos para controvertirlas o desquiciarlas. Así las cosas, no resulta eficaz el preparar de antemano por escrito las respuestas a lo que posiblemente argumentarán en su contra, limitándose a leerlas cuando le llegue su oportunidad. Nuevos razonamientos de sus oponentes pueden quedar sin contestación, provocando la orfandad de los intereses encomendados.

Ahora bien, ello no quiere decir que, fatalmente, en todos los casos en que uno de los sujetos procesales, en especial la defensa, limite su intervención a leer de viva voz el escrito que representa su pensamiento, genere un atropello al debido proceso. Cada caso en particular ha de examinarse para establecer si este grado de participación fue suficiente para cumplir su cometido, esto es, si hubo cabal respuesta tanto a la realidad probatoria como a las tesis contrarias. Recuérdese que las múltiples intervenciones de las partes en el decurso procesal van perfilando sus razonamientos, adelantado en gran medida en los alegatos, las peticiones de prebanzas, los recursos, etcétera. Si ello no fuera así, se impone la nulidad para permitir que, en una prolongación del proceso, se genere la controversia de rigor.

2.- En el caso que ocupa a la Corte, según constancia que obra en el acta que recoge la vista pública, la procuradora judicial del acusado dio "...lectura íntegra a los argumentos de su intervención contenidos en un escrito de diez folios, los cuales puso a disposición del despacho para ser agregados a la presente acta...". Para el censor, "... la exposición escrita de la defensora mereció poco cuidado por parte del fallador y gran parte de los argumentos propuestos... no fueron analizados por la sentencia...", a más de que la defensa "...pasa por alto su posibilidad crítica ..." pues "...la naturaleza acusatoria del debate implica que el defensor pase a controvertir los argumentos de la Fiscalía y de la Parte Civil...", lo que implica que "... el resumen escrito es algo facultativo, no obligatorio...", aparte de que da a entender que del resumen leído en el debate no hay constancia en el acta, sólo la de "...haberse efectuado la lectura de lo que la norma llama 'resumen escrito de las razones aducidas y de las peticiones hechas', situación procesal que permite inferir que tal escrito corresponde al resumen de algo que no aconteció en la audiencia...".

Así las cosas, el cargo esgrime tres argumentos fundamentales: la poca atención que el juez le prestó al escrito leído por la letrada actuante, la ausencia de crítica a las imputaciones hechas por sus oponentes y, finalmente, que el documento que resume razones y peticiones permitido por la normatividad no puede contener lo que sucedió en el debate, por lo que mal puede suplir la intervención misma.

Como se observa con claridad, el primer razonamiento no tiene sostén jurídico alguno pues apenas conforma una creencia subjetiva que se le endilga al funcionario por adoptar una actitud hipotética diferente frente a la oralidad en detrimento de la escritura. En lo que se refiere al tercero, tampoco la alegación es de recibo pues pretende establecer una dicotomía inaceptable, al querer levantar un linde entre la parte y el todo, esto es, entre la intervención en la audiencia pública y el resumen de ella, actuación esta última prevista con el fin de resguardar la precisión conceptual y jurídica del pensamiento del interviniente, ante una posible deficiencia del acta del debate. No tiene otro alcance.

Queda, por tanto, circunscrita la crítica a la ineficacia que tiene un escrito aportado por la defensa para responder las acusaciones orales del Fiscal y la Parte Civil. La respuesta, como es obvio, se halla en las intervenciones hechas en la audiencia y no en la presencia misma del escrito que representa la participación de la defensa.

Al respecto se advierte que el Fiscal centra su participación en demostrar que el homicidio fue voluntario, que el procesado no recibió una agresión que hiciera peligrar su vida, por lo que descarta la legítima defensa, incluso la defensa putativa, pues sólo recibió de parte del occiso un puñetazo. Tampoco, según el Fiscal, puede predicarse la preterintencionalidad dado que la víctima recibió cinco 5 puñaladas, lo que "...es indicativo de las claras intenciones de Luis Alberto Neira, como era truncar la vida de su oponente, Humberto Patiño Valencia...".

Ahora bien, el documento leído en la audiencia por la abogada defensora conforma una respuesta eficaz a los planteamientos del señor representante de la sociedad. En efecto, circunstancialmente, punto por punto, trata de desvirtuar la inmediatez del araque con arma blanca de Neira a Patiño, poniendo de resalto el previo forcejeo para deducir que la herida que le quitó la vida fue la última de las cinco, única manera de explicar el previo enfrentamiento a golpes y la persecución del interfecto al procesado cuando éste trató de huir. Y aunque admite como posible que Neira hubiera esgrimido el cuchillo, explica que ello se debió al temor por su vida. Fundamenta su aserto en las advertencias que le hicieron el día de los hechos sobre las amenazas que el obitado y Luis Díaz habían proferido en contra de Neira por haberlos hecho despedir de su trabajo.

A renglón seguido recalca en la endeble figura de su patrocinado y su adicción al guarapo para descartar su ánimo belicoso y conjetura que la discusión con Patiño "...provocó un pánico tal en mi defendido que lo impulsó a defenderse utilizando

el arma blanca, de lo que él pensaba era su última hora...". Incluso, destaca su huida pese a la posición ventajosa obtenida en el enfrentamiento, lo que indica "...que jamás pensó que había herido mortalmente a su contrincante...".

Dentro de este orden de cosas, agita la tesis de una defensa subjetiva o putativa, pues Neira "...tenía pleno convencimiento de que Patiño lo iba a atacar, ya estaba sicológicamente enfrentado a quien buscaba su muerte... Por eso al ser empujado por el occiso, reaccionó como si éste lo atacara mortalmente...salió corriendo para su casa, y le dijo a su señora madre que se previniera, porque ya venía Humberto a acabar con ellos...".

Como bien se observa, el escrito en comento plantea una serie de hipótesis con resultados jurídicos benignos a Neira, que responden cabalmente al criterio de una causal de inculpabilidad por error sobre la antijuridicidad de su comportamiento, planteamiento que la Fiscalía rechaza. El alegato es prolijo y serio, y se encuentra bien documentado, dando razones atendibles que si bien no lograron convencer a los falladores, son una muestra clara de la actividad de la defensa en el cumplimiento de su deber. Este escrito, por tanto, suple con holgura la improvisación oral y no hay razón alguna para descalificarlo.

No prospera la demanda.

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

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 Saavedra Rojas*
Juan Manuel Torres Fresneda	*Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Carrica
Secretario

REFORMATIO IN PEJUS \ PERJUICIO \ PRINCIPIO DE LEGALIDAD \ PENA

La Corte ha dejado también a salvo como principios superiores los de legalidad y los de el debido proceso, pues lejos de hallarse estos instituidos en exclusiva guarda o favor del procesado, constituyen garantía de igualdad dentro de un estado de derecho.

La legalidad de la pena no solamente constituye garantía para el procesado, sino también para el Estado.

Orientada la pena como consecuencia del poder punitivo del Estado a cumplir objetivos de retribución, protección y resocialización directamente orientados hacia el delincuente, en tanto que el resarcimiento del daño pretende restablecer el equilibrio quebrantado con el hecho punible, apuntando hacia el reconocimiento y satisfacción de los derechos del ofendido o perjudicado, cuya tutela ha encomendado la ley a las autoridades.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6906. Casación

Contra: Luis Bernardo Peña Acosta

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 136

Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Luis Bernardo Peña Acosta en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en septiembre 23 de 1991, decisión que al confirmar la de primera instancia emanada del Juzgado Segundo Superior de Palmira fijó al acusado la pena de prisión en dos (2) años en lugar de los doce (12) meses que inicialmente impuso el a quo; modificando igualmente lo relacionado con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al ofendido.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A tempranas horas del 2 de marzo de 1989, en la carretera central que de Florida conduce a la ciudad de Cali, a consecuencia de la colisión que sufriera el vehículo Renault 12 de placas NF-3882 con la volqueta marca Mercedes Benz de placas NP-5148 conducida por el procesado Luis Bernardo Peña Acosta, perdió la vida el conductor del automóvil señor Rómulo Milton Sánchez.

La instrucción del sumario fue iniciada a cargo del Juzgado Segundo Penal Municipal de Florida, recepcionando la indagatoria de Peña Acosta y remitiendo luego las diligencias al Juzgado 27 de Instrucción Criminal de Palmira, despacho que se encargó de clausurar la etapa instructiva y producir más tarde la calificación de su mérito mediante proveído de marzo 30 de 1990, decretando con la resolución de acusación medida de aseguramiento de detención preventiva con excarcelación en contra del sindicado, a quien se imputó el delito de homicidio culposo que describe y sanciona el artículo 329 del Código Penal, con pena de prisión de 2 a 6 años.

En firme el enjuiciamiento, la causa corrió a cargo del Juzgado Segundo Superior de Palmira que luego de practicar algunas pruebas solicitadas por el Ministerio Público, y una vez culminó la diligencia de audiencia pública, dictó en primera instancia la sentencia adversa de abril 23 de 1991. Pese a la claridad que en la parte motiva de la providencia se plasmó con relación al tipo de homicidio culposo y la pena aplicable (de 2 a 6 años de prisión) inexplicablemente en la parte resolutiva del fallo solamente se impuso al acusado un (1) año de prisión, multa de un mil pesos, suspensión en la profesión de motorista por el mismo término y las accesorias previstas en la ley.

Como perjuicios materiales se le impuso al sentenciado el pago de diez millones de pesos, y el equivalente a un mil gramos de oro por concepto de

perjuicios morales, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional por un período de prueba de dos años.

Inconforme con el fallo, el defensor del procesado pretendió en favor de su cliente el reconocimiento de la fuerza mayor o del caso fortuito, y para ello interpuso el recurso de apelación. Al resolverlo, el Tribunal Superior de Cali impartió confirmación al fallo recurrido, modificando sí la pena de prisión tal como se señaló en el encabezamiento de esta providencia, ajuste que hizo extensivo al valor de los perjuicios morales que fueron elevados de un mil a cuatro mil gramos oro, decisión que resulta ahora motivo del recurso extraordinario.

La demanda

Invocando el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente propone un solo cargo al estimar que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por infracción directa del artículo 31 de la Carta Política.

Acudiendo a pronunciamientos de la Corte alusivos a la imposibilidad en que se halla el juzgador ad quem para modificar agravándola -frente a la nueva norma del artículo 31 constitucional- la pena impuesta en la primera instancia, cuando el defensor o el acusado han sido apelante único, sostiene que al modificar el Tribunal de Cali la sanción impuesta a su procurado, inaplicó la garantía consagrada en el artículo 31 superior, cuando de acuerdo con el también constitucional artículo 85, se trata de una norma de aplicación inmediata. Con esa violación, añade, se desconoció a su vez el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 5o. del Código de Procedimiento Penal, que es parejamente desarrollo del artículo 29 de la Constitución Nacional, motivos por los cuales solicita de la Corte entre a revocar o modificar la sentencia impugnada, tanto en relación con la pena, como en lo referente con el pago de los perjuicios.

Concepto del Ministerio Público

Para el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

..."el Tribunal en el proveído impugnado aumentó el quantum punitivo de un (1) año de prisión a dos (2), corrigiendo acertadamente el yerro del a quo, quien no obstante considerar a lo largo de la providencia que se tipificaba el delito de homicidio culposo contemplado en el artículo 329 del Código Penal, cuya pena mínima parte de dos (2) años de prisión, sorpresivamente al momento de graduarla parte de un mínimo de un (1) año.

Así las cosas y por el imperativo de aplicación inmediata del artículo 85 de la Constitución Nacional, se impone casar parcialmente la sentencia del ad quem en

consideración a la previsión del contenido constitucional del art. 31 que prohíbe al superior agravar la pena en contra del apelante único. Aquí Luis Bernardo Peña Acosta ostenta esta calidad. Por ende, la pena impuesta debe mantenerse, así se haya incurrido en primera instancia en ostensible error al partir de su dosificación".

A manera de conclusión y acogiendo los planteamientos del actor, el señor Procurados sugiere, que al proferir su sentencia en esta sede, proceda la Corte a casar parcialmente el fallo impugnado.

ALEGACIONES DEL NO RECURRENTE

Luego de advertir que al momento de enviar su escrito de alegaciones desconocía las razones contenidas en el libelo de demanda; para el caso en que la defensa hubiese persistido en la aducida violación del artículo 31 constitucional como lo anunció al momento de la interposición de su recurso, el señor apoderado de la parte civil dice que ese vicio no se da en la sentencia para llevarla a su desaprobación, pues no hizo el ad quem en ese pronunciamiento incremento alguno sobre la sanción penal, sino que simplemente dio estricta aplicación al precepto del artículo 329 del Código Penal que el a quo había desestimado al imponer una pena que para el caso no tenía asidero.

Rectificado el yerro como correspondía, e impuesta la consiguiente pena mínima legal, mal podrá sostenerse que de alguna manera se aumentó aquella a que tenía derecho el acusado, o que de otro modo llegó a agravársele su situación de único apelante, haciéndose inadmisible la casación del fallo recurrido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es notorio que para el actor el único reparo que merece el fallo de segunda instancia radica en su antagonismo con el artículo 31 superior, pues la invocación del principio de favorabilidad no le mereció desarrollo alguno. Aquella formulación, en cambio, se muestra lógicamente encaminada bajo el amparo del artículo 226 inciso primero del Código de Procedimiento Penal que rigió el juzgamiento (violación directa), pues cuantitativamente comparadas las sanciones que como principales se impusieron en la parte resolutiva de cada una de las sentencias de instancia, a primer golpe de vista se muestra que el Tribunal elevó al doble la pena de prisión que el juzgado había fijado en tan solo un año.

Al margen de esta impresión numérica de lo sucedido, a la cual se suma el hecho probado de ser el defensor el apelante único del fallo de primera instancia, antecedentes que sirven para inclinar el criterio de la delegada en apoyo de la casación pedida, es obligado consultar, como lo insinúa en su alegación la parte civil no recurrente, si en el fallo del juzgado se había dado cumplimiento al

principio superior de la legalidad del delito y de la pena, porque teniendo también este precepto arraigo en la Carta Constitucional (artículo 29), mal podría admitirse supeditado de algún modo a otro canon de ese mismo rango, si, como tradicionalmente lo sostuvo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, inexisten dentro de la Constitución Política disposiciones entre sí opuestas o contradictorias, exigiéndose en la interpretación de unas y otras armonía.

Así, pues, si bien es cierto que la Corte de manera pacífica y reiterada ha dado aplicación inmediata al principio consagrado en el artículo 31 constitucional, regresando a la pena impuesta en la primera instancia cuando descubre la presencia de incrementos a ella decretados por el Tribunal ad quem contra la iniciativa de los procesados que han actuado como apelantes exclusivos, invariablemente ha dejado también a salvo como principios superiores los de la legalidad y del debido proceso, pues lejos de hallarse éstos instituidos en exclusiva guarda o favor del procesado, constituyen garantía de igualdad dentro de un Estado de Derecho, y a manera de columna vertebral el de legalidad se erige como amparo para el ciudadano de bien que da por cierto que no será perseguido ni penado por la comisión de hechos no descritos previamente en la ley como delitos, y para el transgresor en la certeza que solo se le procesará de conformidad con la ley preexistente, ante el juez competente y con la plenitud de las garantías y derechos, y que de llegarse a la postre a su sanción, jamás se le afectará con una medida distinta de aquellas que en clase y duración ha fijado la ley de modo expreso y antelado.

Para el caso que ocupa el estudio de la Sala, queda visto que en la sentencia de primera instancia no se partió de la invocación de una norma errada, ni medió equívoco en cuanto a la voluntad de imponer al acusado la sanción mínima legal, consultados previamente los factores atinentes a la gravedad del hecho, las circunstancias y su comisión y la personalidad del acusado, incurriéndose exclusivamente en una incongruencia entre la parte motiva y la resolutiva que bien podía armonizarse en la segunda instancia, sin alcanzar en modo alguno los presupuestos que sustentaban la decisión del juez a quo.

Puede verse así a la hoja 5 de esa decisión, que repitiendo el análisis de la resolución acusatoria se sostiene:

"El comportamiento del acusado Peña Acosta encontré adecuación típica dentro de los lineamientos trazados en el artículo 329 del Código Penal, que establece: 'El que por culpa matare a otro, incurrirá en *prisión de dos a seis años*, multa de un mil a diez mil pesos y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio de la profesión' arte u oficio'". (subrayó la Sala).

Luego, si al anunciar la graduación de la sanción se dijo en la hoja 9 de la misma providencia que

"*Los mínimos de sanción de un año de prisión*, multa de un mil pesos y suspensión de un año en el ejercicio de la profesión de motorista, *que consagra el*

artículo 329 del Código Penal, serán los que se fijarán al procesado" (nuevas subrayas de la Corte)

Cuanto ocurrió no fue otra cosa diferente a la incursión en un error meramente numérico mas no jurídico, porque anunciando rectamente la norma aplicable y la imposición del mínimo en ella previsto, la cifra final se redujo equivocadamente en la mitad, lo que traduce, se repite, en una equivocación que trasladada a la parte resolutiva terminaba sí por afectar el principio de legalidad por su distanciamiento con el cuantum de la pena que fijaba la norma positiva.

Y de frente al principio de legalidad que obligaba a no fijar penas superiores, pero tampoco inferiores a las señaladas en la norma al caso aplicable, resulta procedente recordar que armonizando los artículos 29 y 31 superiores, la doctrina de la Sala ha sentado ya su criterio en términos que sirven de respuesta al demandante tomados de caso parejo al presente:

"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 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.

Tratadista 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 inflinjida 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, Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal T.V.Buenos Aires, 1954. Trad. Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, pag.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..."(Sentencia de casación, julio 22 de 1992 Magistrado ponente Dr. Dídimo Páez Velandia).

'. De regreso una vez más al caso de controversia, tendrá que admitirse que si el Tribunal Superior de Cali se limitó al desatar el recurso de alzada interpuesto contra la sentencia de primera instancia, a rectificar esa discordancia entre la parte motiva y la resolutiva del fallo del juzgado, imponiendo al acusado "la pena mínima legal prevista en el artículo 329 del Código Penal", mal puede interpretarse su actuación como una transgresión al artículo 31 constitucional o determinante de un incremento punitivo, pues ese error contenido en la resolutiva de la decisión del juzgado, no podía generar para el recurrente derechos superiores al propio mandato constitucional de la legalidad del proceso y de la pena.

Tampoco el incremento decretado en la segunda instancia respecto del cuantum de los perjuicios morales materia de resarcimiento permite inferir la violación que del canon 31 de la Carta Política pretende la censura. No huelga sobre este aspecto recordar, y como ya con reiteración lo ha venido sosteniendo esta Sala, que si el precepto superior invocado veda con exclusividad el incremento de la pena, mal puede extenderse por simple interpretación su alcance al ámbito del restablecimiento del derecho, pues una y otra decisión tienen naturaleza bien distinta como apuntan a fines diferentes, orientada la pena como consecuencia del poder punitivo del Estado a cumplir objetivos de retribución, protección y resocialización directamente orientados hacia el delincuente, en tanto que con el resarcimiento del daño se pretende restablecer el equilibrio quebrantado con el hecho punible, apuntando hacia el reconocimiento y satisfacción de los derechos del ofendido o perjudicado, cuya tutela ha encomendado la ley a las autoridades.

El cargo propuesto no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, 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

ERROR DE HECHO

El error de hecho se da cuando el sentenciador ignora una prueba que obra en el proceso o la supone estando ausente del mismo (error de existencia), o desfigura su contenido objetivo (yerro de identidad).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6689. Casación

Contra: Ricaurte Sánchez Castro

Aprobado acta No 136

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruíz*

Santafé de Bogotá, D.C., once de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 11 de julio de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a Ricaurte Sánchez Castro a 18 años de prisión por el delito de homicidio.

ANTECEDENTES

1.- En Chaparral (Departamento del Tolima), Ricaurte Sánchez Castro vivía desde hace aproximadamente 14 años con Mariela Mendoza Ramírez, quien, al tiempo, era amante de Alfonso Corrales Murcia (llamado en el expediente "piolín"), saliendo los dos a menudo a divertirse, varias de las veces acompañados de José Arle Zarabanda Sánchez y de un primo de éste, el joven Juan Carlos Arce Briñez.

El lunes 3 de julio de 1989 (día feriado), las cuatro personas mencionadas acordaron ir a las fiestas que se celebraban en el cercano Municipio de San

Antonio, a donde llegaron en las horas de la tarde: Corrales Murcia y Zarabanda Sánchez conducían cada uno su motocicleta, llevando como pasajeros a Mariela y a Juan Carlos, respectivamente. En Chaparral, Ricaurte Sánchez Castro se enteró de este viaje.

Ya sobre la media noche, los amantes resolvieron tomar a Chaparral y pasar un rato en el apartamento de él, de donde Mariela salió alrededor de las 5 de la madrugada. Los primos Zarabanda y Arce Bríñez prefirieron quedarse otro rato en San Antonio, emprendiendo viaje hacia Chaparral más o menos a las 4 de la madrugada: media hora más tarde, vieron que venía un vehículo en sentido contrario, motivo por el cual Zarabanda Sánchez orilló la motocicleta y paró, pero el automotor, ya cerca de ellos, aceleró y los estrelló, quedando Zarabanda en el suelo debajo de la motocicleta y Arce Bríñez a varios metros de distancia. Este último se levantó rápidamente, pero sólo alcanzó a correr un trecho mínimo ya que un sujeto que se bajó del vehículo le hizo varios disparos, uno de los cuales lo impactó en el brazo derecho, cayendo nuevamente y simulando que estaba muerto. El individuo que disparó se dirigió entonces a Zarabanda Sánchez y le propinó cuatro disparos en partes vitales del cuerpo que le causaron la muerte ahí mismo.

El automotor se devolvió rumbo a Chaparral, y Arce Bríñez, luego de pedir ayuda en varias casas de la zona rural aledaña, logró arribar a San Antonio, contándole a la Policía lo sucedido y manifestando que el vehículo que los había atropellado era un campero color rojo, marca Mitsubishi. Como sólo Ricaurte Sánchez Castro y otra persona, tenían automotores de esas características, la policía se dirigió a la casa de aquél, en la que hallaron el campero tipo montero marca Mitsubishi, color rojo, de placas GD-8651, cabinado, el cual "presentaba rota la direccional delantera izquierda, abolladura en el capó, bomper delantero del lado izquierdo con abolladura, protector plástico del bomper delantero lado izquierdo roto de igual forma que el guarda choque delantero lado izquierdo de hierro color negro de tuvo (sic) presenta ligeramente pintura de color rojo, lo mismo que la sumidura al parecer de golpe contra la moto en que viajaban el occiso y el herido. Igualmente la llanta delantera del lado izquierdo donde aparece un nombre que dice 'Supremo', presenta sobre dicho nombre un color ligeramente rojo; es de anotar -continúa el informe policial- que la llanta es de color negro; igualmente hace falta la parrilla protectora de dicha direccional. Es de anotar que el occiso y el herido viajaban en una moto Yamaha 175, de pintura color roja..." (fls. 6-1).

El revólver de Ricaurte Sánchez, un Smith Wesson, calibre 38 largo, lo entregó voluntariamente a la policía Mariela Mendoza, dejándose constancia de que "la citada arma al parecer presenta características de haber sido disparada recientemente" (fls. 21).

El imputado Sánchez Castro, el automotor y el arma, fueron puestos a disposición del Juzgado 22 de Instrucción Criminal de Chaparral, junto con el proyectil que le fue extraído del brazo a Arce Bríñez.

También fue capturado Arnulfo Méndez Cerranza, quien, según la policía, "deambulaba en las horas de la noche y madrugada del día de hoy, en compañía del señor Ricaurte Sánchez".

2.- Abierta la investigación, rindieron indagatoria los aprehendidos, negando cualquier participación en el hecho. Concretamente, Sánchez Castro dijo que el campero se golpeó cuando esa madrugada -luego de compartir en varios sitios con amigos- iba a dejarlo en el garaje de su casa.

Practicadas otras pruebas, se dictó auto de detención contra la pareja de sindicados referida, por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio (fls. 88 y ss.).

Se escuchó en indagatoria a Raúl Herrera Arévalo, por aparecer que en la noche de los hechos había sido visto conduciendo el campero de Sánchez Castro. Luego, el juzgado se abstuvo de proferir en su contra medida de aseguramiento (fls. 128 y ss.).

También se dispuso vincular como sindicado a Gustavo Cerquera, por figurar como quien, ya en la madrugada del 4 de julio, se quedó en compañía de Sánchez Castro. Como no se le capturó, se emplazó y declaró persona ausente, dictándose en su contra auto de detención por los mencionados delitos (fls. 386 y ss.). Se dijo en ese auto que al momento de los hechos, él acompañaba a Ricaurte y a Arnulfo.

Mediante las experticias correspondiente se demostró que el proyectil extraído a Arce Briñez fue disparado por el revólver de Sánchez Castro (uno que se extrajo del cuerpo del occiso no sirvió para esa prueba técnica, por estar "desfigurado"); que la parte del 'stop' encontrado en el sitio de los hechos, corresponde al del campero de Sánchez Castro, que apareció roto; e igualmente, que las manchas de pintura roja que dicho automotor tenía cuando fue inspeccionado, provenían de la motocicleta del occiso Zarabanda Sánchez.

Por prueba testimonial, incluída la declaración de la misma Mariela Mendoza, se probó que ésta era la amante de Corrales Murcia y que de ello estaba enterado Sánchez Castro, como también de que Zarabanda y su primo acostumbraban a acompañar a la pareja.

3.- Clausurado el sumario, mediante auto de 17 de noviembre de 1989 (fls. 63 y ss-2) se le calificó con resolución acusatoria contra Sánchez Castro, Méndez Carranza y Gustavo Cerquera, por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio, conforme a los artículos 323 y 324-7 del Código Penal, agravados por las circunstancias de inferioridad en que se hallaban las víctimas.

Con respecto a Raúl Herrera Arévalo, se ordenó la cesación de procedimiento.

Apelado el enjuiciamiento, el Tribunal lo confirmó mediante el suyo de 19 de abril de 1990 (fls. 152 y ss.), adicionándolo en el sentido de expedir las copias del

caso para los fines previstos en el Decreto 3664 de 1986, en relación con el revólver encontrado al procesado.

Ya el proceso en el Juzgado Unico Superior de Chaparral, se realizaron algunas diligencias, se celebró audiencia y mediante sentencia de 16 de abril de 1991 (fls. 118 y ss-3), se condenó a Ricaurte Sánchez Castro, en armonía con la acusación, a la pena principal de veinte (20) años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, y al pago de los perjuicios. Los procesados Arnulfo Méndez Carranza y Gustavo Cerquera, fueron absueltos.

Apelado el fallo de condena por el defensor de Sánchez Castro, el Tribunal, por medio del suyo que recurrió aquél en casación, lo confirmó modificándolo, para imponer al procesado 18 años de prisión como pena principal (fls. 212 y ss-3).

LA DEMANDA

"Invoco como cargo único -dice el casacionista-, la causal primera de casación a que se contrae el numeral primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal en la redacción del artículo 15 del Decreto Ley No. 1861 de 1989, por error de hecho en cuanto a la apreciación y valoración de la prueba de indicios, que llevó al Juzgador a tener como cumplidos los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, para dar luego aplicación a los artículos 323 y 324 del Código Penal en contra del procesado Ricaurte Sánchez Castro" (fls.13).

Desenvuelve el cargo del siguiente modo:

1.- El lesionado (víctima de la tentativa de homicidio) Juan Carlos Arce Briñez, "en su doble condición de ofendido y único testigo, dadas las circunstancias en que los hechos tuvieron ocurrencia y especialmente por factores de sorpresa y oscuridad, 'no reconoció a los agresores', como lo destaca la sentencia recurrida (fls. 235-3) y esto llevó al Tribunal a no dar crédito a los señalamientos que hizo, especialmente en cuanto tiene que ver con el procesado Ricaurte Sánchez Castro".

2.- No obstante, afirma el actor, el Tribunal tuvo en cuenta tres indicios, respecto de los cuales anota:

a) El joven Arce Briñez fue impreciso con respecto a las características del vehículo que estrelló la motocicleta y del cual se bajó luego el sujeto que disparó, a lo cual se une la aseveración del procesado de que aproximadamente a las 4 de la madrugada guardó en su casa el campero y no lo volvió a sacar, ya que estaba muy embriagado.

Así, considera que no se le debe dar credibilidad a dicho testimonio de Arce Briñez. El "descrédito" de esa declaración, anota, "no tiene por qué ser parcial, sino total y por todos los aspectos del proceso" (fls.15).

b) "No hay manera de establecer, con las pruebas allegadas al proceso, que el proyectil que presentó la policía hubiera sido el mismo que se extrajo al lesionado, sin que se descarte que ese hubiera sido disparado por el arma que también se allegó" (fls.15).

c) La condena que se dictó respecto de Sánchez Castro por los dos delitos, presupone la participación de varias personas, "en virtud de acción conjunta con división de trabajo, pero resulta que se trata del único autor sentenciado, lo cual descarta toda autoría material, ya que, según Arce Briñez, por lo menos tres personas ocupaban el automotor y hasta el momento no se ha probado la presencia de Sánchez Castro en el sitio de los hechos, dejándose a la imaginación si prestó el carro a tercera persona y si otro tanto hizo con el revólver y si conoció previamente lo que se iba a llevar a efecto".

Concluye, pues, que esa prueba de indicios que motivó la condena, "no tiene el valor que reclaman los artículo 302 a 304 del Código de Procedimiento Penal", pidiendo que se case el fallo y se absuelva al acusado.

Concepto de la Delegada y consideraciones de la Sala

1.- Anota en primer lugar el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que, como acontece en este caso, la mayoría de las veces "las demandas olvidan qué lugar preeminente dentro del libelo lo ocupa la demostración del cargo, que no es un simple planteamiento de visiones aisladas y personales sobre los hechos o las pruebas, sino un esfuerzo dialéctico que compruebe de manera clara los errores en que incurriera el sentenciador y su trascendencia en la decisión materia de impugnación" (fls. 51 y 52).

a) Dice la Delegada que aquí el actor no menciona cuál es en su concepto el sentido de la violación de la ley sustancial, lo cual "de por sí", es suficiente para el rechazo de las pretensiones contenidas en la demanda".

b) Si pudiera pensarse -agrega- que lo que aduce es la aplicación indebida de los artículos 323 y 324 del Código Penal y la falta de aplicación del artículo 21 ibídem, "habría que admitirse que el procesado Sánchez Castro desplegó alguna conducta en relación con los hechos debatidos, mas ella no fue causa del resultado finalmente obtenido. Este postulado parece contradecir al casacionista, para quien queda abierta la posibilidad de que el procesado "no haya estado en el sitio de los hechos". No puede entonces desentrañarse -dice-, válidamente, cual es el propósito del casacionista y por tanto, imposible resulta determinar cuál es el sentido de la violación alegada.

c) Se invocaron en el libelo errores de hecho, "mas no concretó la naturaleza y alcance de los mismos, pues olvidó precisar si tales yerros provienen de falsos

juicios de existencia o identidad y determinar en qué forma ellos han podido influir en el pronunciamiento de condena que se impugna. En verdad, los cargos elevados contra los tres indicios que anota, se restringen a una enunciación de circunstancias particularmente entendidas por el libelista, de las cuales saca atrevidas conclusiones que no responden siquiera a lo inicialmente planteado".

Por esos defectos "de técnica", pide la Delegada a la Sala no casar el fallo.

En su *alegato apreciatorio* (fls. 66 y 67), el apoderado de la parte civil se apoya enteramente en el concepto fiscal anterior, insistiendo en que la demanda corresponde a "un mero alegato de instancia", que, por tanto, no demostró que las deducciones del sentenciador resulten ilógicas.

2.- Ha reiterado la jurisprudencia que el error de hecho se da cuando el sentenciador ignora una prueba que obra en el proceso o la supone estando ausente del mismo (error de existencia), o desfigura su contenido objetivo (yerro de identidad).

La falla capital que encuentra la Sala en la demanda es que por parte alguna de ésta se trata siquiera de demostrar que el Tribunal cayó en algunas de esas equivocaciones o falsos juicios, al deducir, con base en prueba indiciaria, la responsabilidad del acusado Ricaurte Sánchez Castro en los delitos por los cuales fue condenado.

Es que el libelista se limitó -y de forma por demás lacónica- a lanzar unas precarias hipótesis en cuanto a lo que "pudo" suceder con el vehículo y con el revólver del procesado, perplejidad esta que se excluye de suyo con la doble presunción de acierto y legalidad inherente al fallo; la prueba pericial resultó tan contundente en relación con ambos dichos aspectos (fue ese el campero que estrelló la moto donde iban las víctimas y fue igualmente el arma del acusado la utilizada para consumar los delitos), que el casacionista únicamente optó por conjeturar que el campero y el revólver los "prestó" Ricaurte Sánchez Castro, sin saber la manera como iban a ser utilizados. Semejante "argumentación" ni siquiera es de recibo en las instancias.

De otro lado, desoyó el actor que cuando de ataque por vía indirecta se trata (él no enunció expresamente que esta fuera la vía, pero se colige la misma del yerro que esgrimió) resulta insoslayable la referencia y análisis del resto de elementos de juicio tenidos en cuenta para la demostración de la responsabilidad. En este caso, además de los hechos indicantes aludidos por el censor, el Tribunal consideró que el procesado se contradijo y mintió en su indagatoria, y que (he aquí el móvil de los hechos), ya enterado de las relaciones sentimentales de su mujer (Mariela Mendoza Ramírez) con Alfonso Corrales Murcia, y también del viaje a San Antonio, esa tarde del 3 de julio de 1989, ideó matar no sólo a los mencionados amantes, sino a Zarabanda y su acompañante, quienes servían de alcahuetes. Así

-afirmó el sentenciador- se dio a ingerir licor hasta la madrugada, y, pensando que Mariela todavía estaba en San Antonio, se dirigió hacia allí, con los resultados ya conocidos. "El motivo entonces no es otro -dijo el juzgado de primer grado a fls. 142.3- que el comportamiento casquivano de su barragana, lo cual al parecer era ya conocido en el poblado de Chaparral y en virtud de ello existían serias diferencias entre Ricaurte y Mariela...el propósito era segar la vida de los cuatro, mas no de una sola pareja y si la primera se salvó fue, se repite, por el hecho de haber regresado a Chaparral el mismo 3 de julio..."

Encima de todo, pues, el cargo se exhibe incompleto, parcial: para nada, se insiste, el demandante se refirió al móvil de los hechos, punto cardinal para la deducción de responsabilidad y exclusivamente predicable aquí del procesado Sánchez Castro.

Estas razones y las que proporcionó la Delegada, son bastantes para que la censura no prospere.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. 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

DEMANDA DE CASACION \ VIOLACION INDIRECTA \ NULIDAD \ IRREGULARIDAD \ INEXISTENCIA

"La prosperidad de un recurso de casación a través de la violación indirecta de la ley sustancial requiere que ese error sea fundamental, vale decir, que sin su presencia la conclusión habría sido distinta y además que sea cabalmente demostrado por el actor".

Las irregularidades por inobservancia de las formalidades esenciales por la validez del acto procesal, lo hacen inexistente y acarrean de facto su desestimación, siendo esa la única consecuencia de la irregularidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6607. Casación

Contra: Jaime Luis Acosta y otros.

Delito: Falso Testimonio

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 136 (XI-11-92)

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Vistos

Previo el rito correspondiente, procede resolver el recurso de casación interpuesto y admitido en vigencia del C.P.P. de 1987 por el defensor del

coprocesado Jaime Luis Acosta contra la sentencia proferida el 11 de junio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la cual, con reforma y adición a la de primera instancia, se le condena como coautor responsable del delito de falso testimonio a la pena principal de un año de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término.

A idénticas penas en la misma providencia se condena a Julián Reinery Julio Balseiro, Celasio Cruz Guío y Frody Restrepo, por el mismo delito, y a todos se les impone solidariamente la obligación civil indemnizatoria consecuente al ilícito.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos que motivaron la investigación aparecen fielmente narrados en el fallo de segundo grado en estos términos:

"Dentro del juicio de sucesión intestada de Luis María Zubieta Gómez, entre otros bienes se adjudicó a Luisa Fernanda Zubieta Ruiz el apartamento ubicado en el interior 101 de la carrera 100 número 30-00, inmueble que durante la tramitación del proceso estuvo embargado y por el secuestre fue arrendado, siendo los últimos arrendatarios María Stella Rodríguez, Alvaro Turizo y Juan de Dios Prieto contra quienes hubo la adjudicataria de iniciar proceso de lanzamiento el que se ordenó por sentencia del 8 de septiembre de 1986 del Juzgado 2o. Civil Municipal.-

"El 10 de marzo de 1987 la Inspección comisionada para cumplir la diligencia de lanzamiento se presentó en el inmueble sin encontrar allí a los arrendatarios, sino a Julio Balseiro quien se opuso a la práctica de la diligencia alegando posesión por más de 15 años, para cuya comprobación solicitó se escuchara en declaración a Acosta López, a Cruz Guío y a Restrepo Rodríguez, así como su propio testimonio.

"A los testigos citados, quienes se hallaban presentes en la diligencia se les interrogó fundamentalmente 'si por el conocimiento que del opositor tienen les consta los hechos de modo, tiempo y lugar de la posesión' a lo cual bajo la gravedad del juramento respondieron afirmativamente, indicando cada uno de ellos los motivos por los que conocían de tal situación; por su parte Julio Balseiro alegó posesión con ánimo de señor y dueño y negó conocer a los demandados, informando, además, de las mejoras que desde 1972 habría hecho al inmueble, todo ello previa imposición de la fórmula del juramento.

"Con base en esos medios de prueba la Inspección admitió la oposición y se abstuvo de hacer cumplir el lanzamiento". (fl. 13-14 cd.Tr.).

Con fundamento en la denuncia y los documentos anexos a ella el Juzgado 58 de Instrucción Criminal de Bogotá abrió la investigación luego de practicar varias diligencias de indagación preliminar, vinculó con indagatoria a los cuatro declarantes

durante la diligencia de lanzamiento que no pudo efectuarse debido a la oposición de Julián Reinery Julio, y a todos los comprometió en juicio en resolución acusatoria, en la que les imputó el delito de falso testimonio. Así mismo, vinculó con declaratoria de personas ausentes a dos de los arrendatarios del inmueble objeto del lanzamiento, María Stella Rodríguez y Alvaro Eduardo Turizo, contra quienes libró orden de captura pese a que el auto que así lo dispuso involucraba también a Juan de Dios Prieto. Respecto de los contumaces calificó el sumario con reapertura por un año (fls. 1-65, 66, 123, 124, 252, 259, 260, 356, 400, 410 cad.ppl.1).

Del vocatorio el defensor de Jaime Luis Acosta impetró la "nulidad", o "inexistencia" según los términos empleados en el memorial respectivo, solicitud que fue resuelta adversamente en proveído contra el cual recurrió en reposición y apelación subsidiaria el mismo profesional en escrito que en los cuadernos recibidos por la Corte carece de respuesta, pero que según el acta de audiencia por referencia del mismo defensor y la sentencia de primer grado -en las que se dice que hubo desistimiento ubicándose el memorial en otro cuaderno de acuerdo a la afirmación del falládor-, no dio tránsito al conocimiento del Tribunal (fls. 422, 424-425, 426-427, 541, 556 cd.ppl.1).

Habiendo continuado el juicio contra los encausados, la audiencia pública hubo de suspenderse para resolver una petición de nulidad de otro de los defensores, y culminada que fue, se profirió el fallo de primera instancia. En este, además de las penas ya conocidas impuestas a los cuatro implicados vocados y confirmadas por el ad-quem, se dispuso, entre otras determinaciones -algunas reformadas en segundo grado- el cumplimiento del fallido lanzamiento, que también confirmó el Tribunal en su sentencia, contra la cual el defensor de Jaime Luis Acosta interpuso el recurso de casación que decide esta Corporación.

La demanda

Con invocación de las causales 3a. y 1a. de casación -cuerpo segundo- previstas en el artículo 226 del C.P.P. de 1987, el representante del procesado Acosta formula dos cargos al fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá para deprecar su rompimiento, bien sea mediante la anulación total del proceso desde su auto cabeza de proceso -caso de prosperar los argumentos de la causal 3a.-, o bien, mediante la sustitución de la condena por absolución, si tuviere éxito la argumentación al amparo de la causal 1a. Discurre así el demandante:

Cargo Primero: En el proceso se incurrió en los motivos de nulidad contemplados en los numerales 3 y 2 del artículo 305 del C.P.P. de 1987 al haberse juramentado al procesado en cuyo nombre se recurre -y a dos de sus compañeros- en la diligencia de declaración que se practicó durante la indagación preliminar y así se violaron los artículos "25" de la anterior C.N. y 33 de la actual, así como los

285 y 286 del C.P.P.; también se desconocieron "varios tratados internacionales suscritos por nuestro país y que consagran el derecho universal a no verse constreñido a declarar en materia criminal contra si mismo..." y los artículos 379 y 380 del C.P.P. que -precisa el actor- "si bien no se refieren a la versión libre y espontánea, si lo hacen a la indagatoria siendo entonces aplicables a la primera, por analogía". Así mismo se violaron las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 en lo relacionado con el derecho de defensa, porque al apremiarse al procesado bajo juramento a declarar se le conculca, este derecho, dado que se le advierte la sanción a que se arriesga en caso de faltar a la verdad.

Añade que se configuró el motivo de nulidad del numeral 2 del artículo 305 del C.P.P. y las garantías del artículo 26 de la anterior C.N. y de los 29 y 33 de la actual y que el derecho de defensa "garantiza al procesado el conocimiento e impugnación de los actos procesales, la publicidad y contradicción de los medios probatorios, la asistencia de un profesional del derecho, y la posibilidad de exponer los hechos en la forma que considere más apropiada a sus intereses", y el juramento a que se sujetó a su cliente hizo que se invirtiera la carga procesal ya que el Estado abandonó su obligación de probar el delito y lo determinó así "para que esgrimiera su defensa en determinado sentido, abandonando desde un inicio cualquiera otra posibilidad o forma de planteamiento de su defensa".

Explicando la trascendencia de la nulidad que invoca considera que el proceso debe ser invalidado en su totalidad, y que esa invalidación cobija las diligencias de versión preliminares de los tres acusados que fueron sometidos al juramento de que habla porque éstas "afectan en forma indirecta pero grave y demoledora el auto cabeza de proceso".

Estima que teniendo por apoyo la denuncia el instructor puede entrar en duda "sobre existencia, tipicidad del hecho o a la falta de autores del ilícito individualizados" y es en estos casos cuando ordena diligencias preliminares, y que al haberlas dispuesto en el caso concreto, ello significa que tuvo dudas que podían resolverse con esa indagación, dudas sobre la procedencia de apertura de investigación, y para dilucidarlas tuvo que evaluar como válidas las declaraciones "cometiendo yerro flagrante por ser éstas ostensiblemente nulas". Que las tales dudas no se despejaron legalmente, pues "practicada en su totalidad la indagación preliminar, el Juez no encontró ni pudo haber encontrado razón alguna adicional para cambiar de parecer", y concluye así reiterativamente la nulidad que plantea.

Añade que la indagación preliminar se considera "ante todo un medio de defensa" y es, cuando se lleva a cabo, "la primera y más importante oportunidad que tiene el sindicado para ejercitar ese derecho, pues a través de ella va a ser enterado de la imputación que se le hace a fin de que conociéndola, rinda sin ninguna limitación las explicaciones que considere pertinentes y solicite la práctica de pruebas conducentes a la comprobación de sus manifestaciones". Agrega que "si al sindicado se le constriñe para declarar, se le está comprometien-

do su derecho de defensa y su área de acción y aún también la actividad del propio defensor, pues toda la actividad de la defensa deberá encaminarse de acuerdo a la exposición inicial del sindicado" y que así aconteció en el caso de autos.

De la nulidad -dice- solo se salva el auto que ordenó la indagación preliminar y la denuncia con su correspondiente ampliación; reitera la extensión de la invalidación que pretende y advierte que lo que cuestiona "no es el texto mismo de la versión libre, sino la forma en que fue recibida, violatoria de las mínimas condiciones en que el poder del Estado puede sitiar al inerme ciudadano...".

A manera de comentario adicional se pregunta si a la justicia penal corresponde "corregir pretendidos yerros de los jueces civiles", cuestionando así el actor la orden de efectuar el lanzamiento fallido con la oposición ejercida a través de falsos testimonios contenida en el fallo impugnado. Sobre este particular se pregunta si se acreditó "en que terminó la actuación civil?", si se planteó la prejudicialidad civil, si en caso de darse ésta y no se suspendió la actuación penal qué consecuencias procesales se dieron, si puede la justicia penal "arrogarse" la competencia de declarar la falacia de los testimoniantes cuando ninguna autoridad civil le ha desconocido su condición de poseedor del inmueble de la litis civil al opositor.

Cargo segundo: Aparece así enunciado en la demanda: "Violación de la ley sustancial por infracción directa de la misma, cuerpo segundo, error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, al amparo de la causal primera, cuerpo segundo del art. 226 del C.P.P., falso juicio de legalidad".

Para sustentarlo el señor defensor relaciona 18 elementos probatorios de carácter documental, de los cuales afirma, "fueron observados por los falladores de instancia a pesar de haber sido aportados y agregados al expediente extemporáneamente y sin cumplir con los requisitos de publicación y contradicción...". Hace radicar la extemporancidad en el allegamiento de los documentos preanotados, de su entrega por el apoderado de la parte civil "vencida ya la etapa para pedir y aportar pruebas en el juicio" pues esta acaeció en la diligencia de audiencia pública, sin observancia de lo dispuesto en los artículos 490 y 492 del C.P.P. porque no fueron pruebas solicitadas en el término que señala el primero ni decretadas en el que prevé el segundo, vale decir, que no podían aportarse en la vista pública; además, "no fueron trasladados esos elementos a las partes interesadas, no pudiendo entonces ser controvertidos por los sindicados" y de otra parte, aunque en el expediente se dejó constancia de su recibo, el juzgado no profirió mandamiento de incorporación, impidiéndose así a las partes "ejercer su derecho de contradicción" frente a ellos.

Fuera de las pruebas documentales aportadas por la parte civil en la audiencia pública, sobre las que recaen las tachas de legalidad precedentemente referidas, también es objeto de cuestionamiento de igual naturaleza en este cargo, la apreciación del testimonio rendido por el poderdante del censor dentro de la diligencia de

lanzamiento de 10 de marzo de 1987 para la cual había sido comisionada la Inspección 9a.-C Distrital de Policía por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Fontibón y que debía cumplirse en el apartamento interior 101 de la casa de la carrera 100 número 30-00, pero que no se realizó debido a la oposición presentada por Julián Reinery Julio Balseiro con el apoyo de los testigos Jaime Luis Acosta López, Gelasio Cruz y Fredy Restrepo.

En torno a dicha prueba afirma que se practicó por la Inspección sin el lleno de los requisitos de los artículos 219, 220 y 228 del C.P.C. que entonces regía porque al declarante no se le pidió suministrar la dirección de su domicilio, tampoco se le pidió explicar la razón de su dicho, de manera que careciendo de estas formalidades, el testimonio no podía ser apreciado por la Inspectora con el alcance que le otorgó para aceptar la oposición ya que ella en ese momento cumplía funciones de Juez, y no debió admitirla "sobre pruebas que no fueron aportadas con la regularidad que la norma exigía", y entonces, "si válidamente la declaración...no podía ser observada en el proceso civil, menos lo puede ser en el penal, por elemental sustracción de materia". Estima que, "en otras palabras", la prueba no existió legalmente hablando y no podía tener eficacia en el proceso civil y "menos podría ser pilar de un eventual delito de falso testimonio".

Luego de advertir que el reparo a las pruebas de que trata la demanda se centra en la validez de las mismas, "no en su poder de convicción" y reiterar la importancia que tenía la sujeción del testimonio a las exigencias de ley, explica el alcance que tendría la aceptación de las tachas de legalidad de las pruebas aportadas en la audiencia pública por la parte civil y la de la declaración de su cliente en la diligencia de lanzamiento. Puntualiza que de acogerse la última, la sentencia quedaría totalmente sin fundamento, "pues sencillamente no habría testimonio, y sin testimonio no puede haber delito de falso testimonio", y, de acogerse las primeras, habría que establecer la incidencia de cada uno de los elementos de juicio ilegalmente aportados en la sentencia, en la medida en que con base en ellos el Tribunal dedujo diversas conclusiones, tales como que el inmueble de la litis civil tenía mejoras y servicios "antes de que lo ocupara el opositor", que sobre el bien se había celebrado una diligencia de secuestro y que para entonces ya contenía las mejoras que pretendió de su autoría el opositor, y que así mismo sobre el inmueble había una relación de arrendamiento con personas distintas de este individuo, en quien el derecho que alegaba fue desconocido gracias a esos elementos de juicio, que fueron "las piedras angulares de la sentencia".

Acogida pues, la ilegalidad de las pruebas en la forma planteada, del total del acervo probatorio solo quedarían en pie "las propias declaraciones de los procesados, quienes niegan los cargos endilgados, la denuncia y su ampliación donde en modo alguno se infiere construcción de mejoras por la parte denunciante, y como quiera que "de la declaración de la denunciante y su progenitora no se deducen las bases de la condena" y "no aparece en el expediente declaración del supuesto secuestro, de los pretendidos arrendatarios, de quienes pudieron colaborar o

presenciar directamente la construcción de obras en el inmueble", todo esto "es suficiente para concluir la viabilidad del rompimiento de la sentencia de segunda instancia y en forma sustitutiva, revocar la sentencia de primer grado, disponiendo la absolución" de Acosta López.

En el aparte destinado a consignar las normas que estima violadas, registra los artículos 1, 3, 10, 11, 12, 16, 35, 246, 247, 248, 249, 252, 253 y 254 del C.P.P. y 23, 36 y 172 del C.P. para luego de explicar en qué consistieron esas violaciones aseverar que "Las anteriores normas fueron violadas directamente por haberse dispuesto en forma contraria a ellas, y en forma indirecta la sentencia que se pretende romper violó los artículos 23, 36 y 172 del C.P., al dar por acreditados los supuestos que dichas normas establecen para la imposición de los efectos jurídicos que las mismas consagran".

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera insostenibles los cargos formulados en la demanda y sugiere su desestimación. Con relación al que se apoya en la causal tercera de casación, admite que el juzgado instructor incurrió en una irregularidad al juramentar al procesado en cuyo nombre se recurre extraordinariamente durante la versión que le tomó en las diligencias preliminares, pero observa que dicha irregularidad no tuvo trascendencia debido a que cuando compareció a rendir su indagatoria el mismo individuo ratificó las aserciones que había hecho en su versión de indagación previa, esta vez sin el apremio del juramento al cual atribuye el demandante -recibido en ésta-, suficiente fuerza conminativa como para estorbar el derecho de defensa de su cliente, y recalca que en ambas ocasiones repitió las mismas "afirmaciones mendaces que dieron origen al plenario", considerando a la vez, que el vicio "lo único que generaría es la inexistencia de dicho acto". Añade que la narración del procesado, de que habla el actor no fue invocada por los juzgadores "como fundamento de la sentencia condenatoria" y que por ende en nada incidió la irregularidad en la decisión puesto que el punto de apoyo de ésta fue la indagatoria.

Respecto al cargo sustentado en la causal primera y específicamente de las pruebas aportadas por la parte civil en la audiencia pública, advierte la inseguridad del ataque al hablar, por una parte, de error en la aducción y, en seguida, alegar que "se le negó su derecho" a controvertirlas; y estima, que si era ésta la posición del censor "debió atacarla como nulidad por violación al derecho de defensa".

Sin embargo, destaca la carencia de fundamento en el reproche partiendo de la base que, si bien es cierto en el término probatorio de la causa las partes pueden solicitar la práctica de pruebas para la audiencia pública, no resulta incorrecto afirmar que si tales pruebas son de carácter documental, pueden allegarse en sustento de los "argumentos presentados por los sujetos procesales en la audiencia

pública" y adquieren "plena validez jurídica". Rebate así mismo el argüido conculcamiento del derecho de defensa por carencia de oportunidad para cuestionar tales pruebas, pues, observa el distinguido funcionario, el acta de la audiencia revela que luego de la intervención de la parte civil -con la entrega de los documentos glosados- la defensa intervino como era su derecho, y tuvo la ocasión de contradecir la prueba, optando por guardar silencio, por lo que "no es viable que alegue ahora falta de oportunidad para controvertir esta prueba".

En relación con el testimonio de Acosta López rendido en la diligencia de lanzamiento en apoyo del opositor con el resultado conocido de frustrar la comisión, dice el señor Procurador que el ataque tampoco tiene éxito porque en materia penal la persona que se considera testigo conforme a esta preceptiva no está sujeta en su interrogatorio a "las estrictas normas de procedimiento civil que relaciona el censor en su libelo para colegir la inexistencia" de la prueba ya que tales formalidades -la precisión de su domicilio por el declarante- "en nada afectan la esencia de la falsa verdad reprochada en este caso". Puntualiza que para la existencia del testimonio en materia penal es suficiente que el deponente declare en forma concreta sobre un punto materia de controversia jurídica, y que si al testigo no se le preguntó por su domicilio, el testimonio no se afectó de legalidad en su recaudo, y el proceso deviene válido en su totalidad.

Consideraciones de la Corte

Las censuras sustentadas por el señor demandante contra el fallo de segundo grado carecen de eficacia para removerlo y en consecuencia, acogiéndose la opinión de la Procuraduría Delegada, se mantendrá en su integridad.

El primer cargo, que toma como fundamento legal la causal 3a. de casación al endilgar al proceso invalidez por haber incurrido los falladores en los motivos de nulidad previstos en los numerales 3o. y 2o. del artículo 305 del C.P.P. de 1987 pero que centra la argumentación en el primero de tales numerales al pretender que hubo violación del derecho de defensa porque el procesado en cuyo nombre se recurrió se le juramentó en la declaración que en presencia de su defensor -que fue el mismo profesional que luego en la indagatoria lo asistió según el texto de las actas que corren a los folios 116 y 143 y siguientes del cuaderno principal- se le tomó dentro del diligenciamiento preliminar, se torna inane frente a la circunstancia destacada por el Ministerio Público: el deponente, cuando ya libre del apremio del juramento acudió a rendir su injurada, lo que hizo fue confirmar incidente a incidente el relato de su primera exposición jurada (que a su vez fue reiteración de todo cuanto había dicho en la diligencia de secuestro en respaldo del opositor), vale decir, que para efectos de su defensa y en la diligencia que se ha tenido en la práctica como la más caracterizada oportunidad de ejercerla, cual es la indagatoria, optó por confirmar el relato cuya falacia puso en conocimiento la denunciante con los documentos correspondientes, manteniendo así el acusado la línea de conducta

determinante del resultado condenatorio por su definitivo contraste frente al nutrido y contundente haz probatorio en contrario.

Pero además resulta relevante tener en cuenta que el Tribunal no hizo eco de la indagatoria de Acosta López para responsabilizarlo del delito por el cual se le condena, sino que prefirió como sustancial elemento de juicio en su contra la misma exposición que él rindió en la diligencia de lanzamiento del 10 de marzo de 1987, de la que textualmente tomó el aparte: "me consta la posesión de él sobre el inmueble o apartamento..." (fl. 19 cd.T), consignada en el acta al folio 35 del cuaderno principal uno, y de la misma tomó las demás referencias a las aserciones falsas hechas por tal procesado.

Así la situación, el reparo es doblemente ineficaz, pues no habiéndose juramentado en indagatoria y no teniéndose en cuenta ésta en la sentencia, suponiéndose por el actor condicionada indebidamente por el juramento tomado a su prohijado en la declaración preliminar, ningún desmedro sufrió su derecho de defensa.

La cuestión planteada por el recurrente permite a la Sala recordar, en primer término, que las irregularidades por inobservancia de las formalidades esenciales para la validez del acto procesal -y el recaudo de su testimonio lo es- lo hacen inexistente y acarrean de facto su desestimación, siendo esa la única consecuencia de la irregularidad en el testimonio previo; así lo preveía el artículo 310 del C.P.P. bajo cuyo imperio se surtieron las instancias de este proceso, y en segundo término, que es deber del demandante demostrar la trascendencia de la irregularidad que aduce en perjuicio de los sujetos procesales o de las bases mismas de la administración de justicia. Tal lo exige hoy el artículo 308-2 del nuevo C.P.P. en armonía con la reiterada posición jurisprudencial.

La demandada olvidó la limitada consecuencia de la irregularidad en la prueba preliminar y la no injerencia de la misma y aún de la indagatoria en el fallo, y omitió demostrar de qué forma tal irregularidad afectó las garantías procesales, como era su deber en esta sede de casación.

De otra parte, tampoco el debido proceso que parece entender afectado el casacionista con la mención del numeral 2o. del artículo 305 del C.P.P. y el argumento de que el juramento cuestionado afectó "en forma indirecta pero grave y demoledora el auto cabeza de proceso", sufrió quebranto. Obsérvase que uno de los elementos fundamentales del auto cabeza de proceso fue el aporte documental anexo a la denuncia, entre el que se contaba el acta de lanzamiento contentiva del testimonio falso del señor Acosta López, de manera que el acta del testimonio indebidamente juramentado apenas sí ocupó un complementario pero no indispensable segundo lugar en el nacimiento del proceso, y para nada contó en su decurso.

Adicionalmente al cargo primero -en la misma forma como aparece registrado el comentario de la demanda-, respecto del restablecimiento del derecho que

contiene el fallo acusado al confirmar el de la primera instancia que así lo dispuso ordenando la realización del lanzamiento fallido por la oposición sustentada en los falsos testimonios que determinaron la sentencia de condena, cumple advertir que las decisiones judiciales solo pueden recoger como elementos de fundamento el caudal probatorio del proceso y que fue a través de ellos que concluyó la falsedad de los testimonios conocidos, y que el restablecimiento del derecho es imperativo que legalmente obligaba al juez según el artículo 16 del C.P.P. de 1987 y continúa haciéndolo el 14 del actual.

El fracaso del cargo segundo, en el que el señor defensor atribuye a la sentencia, no sin ciertas imprecisiones conceptuales, la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en el aporte de unas pruebas y en la práctica de otra, se evidencia por ser contentivo de meras especulaciones.

La sola enunciación del reparo, si bien corregida al final del discurso argumentativo al hablar de las normas violadas, aseverando primero la violación "directa" de la ley sustantiva por errores de valoración de la prueba y al final la violación "indirecta" de esa clase de disposiciones, y el afirmar que las pruebas documentales allegadas en la audiencia por la parte civil lo fueron en contra de la legalidad y a renglón seguido que lo que sobrevino fue el impedimento para la defensa de controvertir esos elementos de juicio, denotan, como lo advierte la Procuraduría al aludir a la segunda de las inconsistencias, por lo menos, inseguridad en el reproche, que aunque no impiden su estudio, tampoco consultan en rigor la lógica jurídica.

Ahora bien, el censor cuestiona por irregular la introducción extemporánea al proceso de unos documentos por la parte civil en la audiencia pública, sin auto previo que ordenara la prueba o la aceptara con la consecuencia perjudicial para su poderdante, de haber sido estimada como base de la condenación.

Aún aceptando, en gracia de discusión, que la única prueba que sirvió de fundamento al fallo impugnado fuese la aportada por la parte civil en la audiencia pública, el pretendido error en la aducción no tiene existencia, pues la prueba documental allegada para demostrar la propiedad del inmueble en cabeza de la actora del fallido lanzamiento -la escritura de protocolización del sucesorio en que se le adjudicó el bien- es documento público con pleno valor probatorio y por tanto perfectamente podía ser presentado a la audiencia donde, si existía fundamento, debió ser objetado por la contraparte y en cuanto a los documentos privados arrimados en respaldo de los planteamientos orales que la parte civil realizó en la audiencia, bien pudo el defensor -el mismo que asistió al procesado desde las diligencias previas- controvertirlas ya que su intervención fue posterior a la de la parte civil, siendo por tanto inexacto que la incorporación de dichas pruebas impidió el ejercicio del derecho a contradecirlas.

Pero hay algo más muy significativo: el acta de la audiencia pública refiere que una vez la parte civil entregó la escritura de protocolización del sucesorio en

referencia con todos sus documentos anexos, entre ellos los contratos de arrendamiento a personas distintas del opositor y el acta del secuestro con la rendición de cuentas del secuestre en dicho sucesorio, los contratos fueron puestos a disposición del procesado -el opositor en el lanzamiento- por si deseaba ampliar la respuesta a uno de los interrogantes que se le formuló en la vista pública (fl. 469), esto es, la existencia de los documentos se hizo palpable para todos los intervinientes en la diligencia, y aceptados como pruebas incorporadas por la decisión tácita del juez de la causa, los afectados y sus defensores entraron en evidente posibilidad de discutirlas y tacharlas, sin que el defensor de Acosta López hubiese hecho uso de ese derecho que le asistía. La inercia del profesional no tuvo por causa obstáculo alguno emanado del Juzgado, por lo que no puede válidamente esgrimirse ahora como argumento de ilegalidad.

Ya desde otra perspectiva, abundando en razones, debe destacarse cómo el fallador para condenar tuvo en cuenta las numerosas pruebas documentales aportadas con la denuncia y tenidas como base del auto cabeza de proceso, pruebas entre las que se cuenta la mencionada escritura de protocolización del sucesorio en que se adjudicó el inmueble a la promotora del lanzamiento fallido, significando ello que para el momento de la audiencia pública era este documento prueba obrante en la actuación sin objeción alguna.

También el contrato de arrendamiento del 21 de marzo de 1973 sobre el inmueble en mención suscrito entre María Stella Rodríguez y Fernando Reina, entre otros, en el que constan las instalaciones locativas y de servicios del bien para esa fecha -contrato que regía para cuando se pretendió el lanzamiento y que el casacionista considera como prueba extemporánea- aparece inserto en el proceso desde la indagación preliminar, siendo entonces por esta nueva razón prueba igualmente inobjetable por su legalidad.

Con las pruebas estudiadas por el juez de la primera instancia, con las anexadas a la denuncia y algunas de las allegadas por la parte civil en la audiencia -varias de las cuales, como se dijo, incorporadas desde la indagación preliminar- el Tribunal concluyó acertadamente que el opositor no ocupó el inmueble con anterioridad al lanzamiento en la forma en que durante la diligencia lo afirmó; que no le hizo mejoras porque las que mencionó como tales ya estaban en el bien desde las épocas referidas en los contratos con otras personas -uno de tales, el vigente cuando el lanzamiento-, y que la propiedad del inmueble estaba en cabeza de la denunciante y a la vez demandante en el proceso de lanzamiento.

Significa lo anterior, que toda referencia del Tribunal a algunas de las pruebas llevadas por la parte civil distintas a las aportadas por la denuncia, en nada incidió en la estructuración del delito de falso testimonio, en su autoría y responsabilidad. En efecto: el secuestro del inmueble referido dentro del sucesorio junto con otros apartamentos construidos dentro de la misma casa y la constancia de que para ese entonces todos contaban con sus instalaciones, los contratos de arrendamiento

suscritos respecto de ese bien con anterioridad al que estaba vigente cuando el lanzamiento y la rendición de cuentas del secuestre nada nuevo probaban porque en este último contrato -el del 21 de marzo de 1973 anexado a la denuncia- ya existía la verificación de todas las instalaciones que el opositor pretendió en el lanzamiento haber él construido, y este documento junto con las copias también adjuntas a la denuncia del proceso de lanzamiento contra María Stella Rodríguez y otros en el que ella y Alvaro Turizo constituyeron apoderado, eran suficientes para desmentir al opositor y sus amigos declarantes falsos. Lo que con otras palabras significa que el supuesto error de derecho en la incorporación de pruebas no existió y aún remotamente aceptándolo, carecería de importancia porque los elementos de juicio tachados no tuvieron trascendencia en el fallo de condena. Fueron meramente refuerzos probatorios adicionales que, por lo mismo, eran perfectamente prescindibles en la decisión.

Más aún, si se observa que el casacionista omitió cuestionar las demás pruebas que fueron fundamento del fallo impugnado, para desvirtuar su potencial incriminante -dejándolo, por tanto, incólume-, se tendrá una razón que por sí sola sería suficiente para rechazar el cargo. Pertinente resulta recordar la ya conocida advertencia jurisprudencial referente a la importancia de los errores de apreciación probatoria frente a la determinación atacada: "La prosperidad de un recurso de casación a través de la violación indirecta de la ley sustancial requiere que ese error sea fundamental, vale decir, que sin su presencia la conclusión habría sido distinta y además que sea cabalmente demostrado por el actor" (Cas. marzo 23 de 1983 M.P. Dr. Aldana Rozo).

Finalmente, en relación con el reparo que atribuye también a error de derecho, esta vez por la apreciación de una prueba ilegalmente producida: el testimonio tildado de falso que Acosta López junto con otras personas rindió durante la diligencia de lanzamiento porque en su recepción no se observaron las formalidades previstas en los artículos 219, 220 y 228 del C.P.C. que entonces regía, débese afirmar que tampoco asiste la razón al censor, como pasa a verse:

La carencia de mérito que el casacionista atribuye a la declaración rendida por su poderdante en la diligencia de lanzamiento para respaldar al opositor y su ineficacia probatoria se hace radicar en el incumplimiento de formalidades externas en que a su juicio habría incurrido el solicitante de la prueba en esa actuación y también el inspector al decretarla y formular el interrogatorio porque no se ajustaron a todos y cada uno de los requisitos previstos en los artículos precitados del C.P.C. de entonces. Pues bien: el texto del acta de lanzamiento enseña que el apoderado del opositor solicitó la recepción de las declaraciones para probar la posesión del inmueble en cabeza de su cliente, y a través de la actuación penal se sabe que esas personas habían sido convocadas por su amigo Julio Balseiro a estar presentes en la diligencia; si el suministro de los datos de residencia y domicilio del testigo tiene por obvio objetivo poder citarlo y los testigos que irían a declarar estaban presentes, sobraba en la petición la precisión de aquellos datos,

que de todas maneras fueron satisfechos a plenitud -en cuanto a Acosta López- por él mismo como puede leerse en su exposición donde se identificó y precisó el lugar y dirección de su domicilio.

Hallándose allí, en presencia de la Inspectora que comisionada ciertamente cumplía para el acto la función de juez, lo instó a declarar: "se procede a llamar a rendir declaración al señor Jaime Luis Acosta López" dice el acta, y seguidamente lo sometió al interrogatorio en la forma prevista por el artículo 228 del C.P.C. previo juramento: es claro el contenido del acta allegada con la denuncia en lo pertinente, obrante a folios 34 y 35 del cuaderno principal número uno.

Si la evidencia procesal demuestra que la prueba se allegó como la ley lo ordenaba, solo cabe pregonar su eficacia, y siendo esta innegable, aparece irrefutable la posibilidad de ser susceptible de la falsedad que se le atribuyó porque en lo esencial lo que era motivo de la prueba, resultó contrario a la verdad. La censura pues, carece de seriedad u obedece a la desatenta lectura del acta de lanzamiento, y en cualquiera de los dos casos, es desestimable en esta sede.

Fallidos los cargos, se decidirá de conformidad.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.- En firme, devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

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

IMPEDIMENTO \ AMISTAD INTIMA

Solo el funcionario afectado por el aprecio o la animadversión, conoce la dimensión de su sentimiento, pero en materia jurídica cualquier aspecto o situación que se quiera hacer valer debe ser susceptible de valoración; por ello, es necesario que el Juez impedido aporte los elementos que permitan deducir razonablemente la existencia de la causal que invoca.

Corte Suprema de Justicia

Sala de casación Penal

Radicación No. 7958. Impedimento

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 136

Santafé de Bogotá, D.C., trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

La Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a resolver sobre el impedimento manifestado por el doctor Hernando Fajardo Vargas, Magistrado del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, para conocer del proceso que por el delito de estafa se adelanta contra Jorge Alfonso Charris Sanjuanelo.

ANTECEDENTES

El 14 de julio de 1992, el Juzgado 23 Penal del Circuito de esta ciudad decidió no decretar la cesación de procedimiento impetrada por el procesado Jorge Alfonso Charris Sanjuanelo.

El implicado solicitó la aclaración de la decisión anterior con respecto a la concesión de los recursos de reposición y apelación que había interpuesto contra

un auto de sustanciación producido por el despacho el 17 de julio del mismo año; y subsidiariamente que se tramitaran y decidieran tales recursos, o en su lugar se le expidieran copias de tales actuaciones para interponer el recurso de hecho.

Atendiendo a tales requerimientos, el Juzgado de conocimiento, por auto del 4 de agosto de 1992 resolvió negar la nulidad propuesta por el implicado; adicionar la providencia del 14 de julio de 1992 en el sentido de declarar improcedentes los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el auto de sustanciación proferido el 17 de ese mes, pero negando su reposición con respecto a la decisión de no decretar la cesación de procedimiento; y conceder el recurso de apelación interpuesto contra aquella primera determinación.

Una vez surtido en el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el trámite correspondiente a la impugnación, el Magistrado Ponente, doctor Hernando Fajardo Vargas, invocando la causal establecida en el artículo 103.5 del Código de Procedimiento Penal, se declaró impedido para conocer del asunto, por la relación de amistad que mantiene con el procesado Charris Sanjuanelo, respecto de la cual aduce "...esa amistad que el suscrito califica en el grado que el ordenamiento adjetivo eleva a la categoría de impedimento surgió desde cuando era condiscípulo del doctor Charris Sanjuanelo en la Universidad Libre, sentimiento que se prolongó y mantuvo durante el ejercicio de la profesión (en que ambos litigábamos), y que estimo no se ha deteriorado".

La Sala dual que conoció de la anterior declaración, rechazó la existencia de la causal de impedimento alegada, pues para ella no basta decir que concurre amistad en el grado que la ley eleva a la categoría de impedimento. Y exponiendo el concepto que tiene de amistad íntima, concluyó que de las manifestaciones del Magistrado Fajardo Vargas solo se vislumbra la existencia de una amistad común "producto de las reglas de la cortesía". Por lo demás, la Sala decisoria tomó en cuenta que el mismo Magistrado había actuado como ponente de la decisión que en este asunto se profirió, también por vía de apelación, sin que en tal oportunidad se hiciera manifestación alguna de la existencia de la predicada amistad.

Consideraciones

Entre las causales de impedimento o recusación establecidas en la ley de procedimiento y que privan a un funcionario judicial del conocimiento de un específico asunto, se encuentran algunas de índole objetiva que no requieren ni ameritan interpretación alguna. No obstante existen otras que por su naturaleza esencialmente subjetiva, imponen una evaluación para concluir si en un evento determinado se estructuran o no, como ocurre respecto de la causal contenida en el artículo 103.5 del C. de P. P., puesto que tratándose la amistad íntima o de la enemistad grave" entran en juego los sentimientos humanos, que por su intangibilidad, no son de fácil comprobación.

Por ello, la jurisprudencia de esta Sala tradicionalmente ha adoptado como principio de prueba la manifestación que profiere el funcionario que se declara impedido; sin que tal actitud pueda entenderse como el reconocimiento de una atribución ilimitada para quienes administran justicia.

Es verdad que solo el funcionario afectado por el aprecio o la animadversión, conoce la dimensión de su sentimiento, pero en materia jurídica cualquier aspecto o situación que se quiera hacer valer debe ser susceptible de valoración; por ello, es necesario que el juez impedido aporte los elementos que permitan deducir razonablemente la inexistencia de la causal que invoca.

Así lo viene exigiendo la Corte desde antiguo, cuando en incidentes de esta naturaleza ha expresado:

"Los nexos de amistad deben pasar del simple conocimiento y trato deferente a un campo de mayor profundidad que limite por entero toda libertad de juzgamiento. La mortificación emanada de relaciones sociales o jerárquicas no pueden alcanzar extremo tan singular. Sobre la existencia de aquella es verdad que la Corte, cuando se invoca el impedimento, no exige demostraciones calificadas, pero sí la mención de aspectos generales que den idea de la intensidad del afecto y la trascendencia del mismo, cuestión que el impedido sustituyó por la simple referencia de darse 'amistad íntima'..." (Mayo 7 de 1981, M. P. Gustavo Gómez Velásquez).

Y más cercanamente se ha reiterado que:

"...no basta, a la prosperidad del motivo impediente referido, la mera afirmación de que se tiene amistad íntima con alguna de las partes, pues ello no es sustentación de ninguna especie: el funcionario que se declara por esa vía impedido debe suministrar las circunstancias dentro de las cuales se gestó y se ha mantenido la amistad aducida; esto con el fin de que se evalúe si tales circunstancias resultan o no idóneas para exigir sobre ellas la calificación de 'íntima' que la ley exige..." (Mayo 12 de 1992, M. P. Guillermo Duque Ruíz).

En el asunto que es objeto de estudio, la Sala advierte, que el Magistrado que se declara impedido cifra el nacimiento de su amistad con el doctor Jorge Charris Sanjuanelo en el hecho de haber compartido la educación superior, luego de lo cual, afirma, se ha mantenido la amistad sin deteriorarse.

No es posible negar que una grande y profunda amistad puede nacer en los claustros universitarios, pero no es ese el factor que determina la intimidad de aquella, sino, en sí el grado de confianza entre los relacionados, la ayuda mutua que puedan haberse prestado en el decurso de sus existencias, la comunidad de intereses, el departir de distintos aspectos del diario vivir y otros aspectos que dan idea de la compenetración subjetiva entre una y otra persona; los cuales no han sido revelados por el funcionario que se declara impedido, evitando que se llegue a la conclusión que predica.

Así las cosas, no aparece demostrada la causal de impedimento alegada, por lo que se declarará infundada y se dispondrá que el Magistrado Fajardo Vargas continúe interviniendo en el trámite de este asunto.

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

RESUELVE

Declarar infundado el impedimento manifestado por el Magistrado Hernando Fajardo Vargas para conocer de este asunto, y en consecuencia, disponer que continúe interviniendo en el trámite de 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 Cortés Garnica
Secretario

ERROR DE HECHO \ ERROR DE DERECHO

Al tildar de error de hecho el grado de credibilidad conferido por el sentenciador a los testimonios y a la indagatoria, se comete grave error conceptual porque la aceptación o negación de esa cualidad a un determinado medio de prueba, ya sin la existencia de la tarifación legal pero con plena observancia de los principios de la sana crítica que hoy caracterizan en materia penal la actividad de evaluación de esa clase de prueba, no constituye error atacable en casación, sino el imperativo ejercicio del deber de plasmar su juicio el sentenciador en su condición de imparcial y equitativo definidor del debate procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6602

Contra: Luis Alberto Agudelo Yepes

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 135-X1-10/92

Santafé de Bogotá. D.C., noviembre trece de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se ocupa la Sala de decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto en vigencia del C. de P. P. de 1987 por la defensora de Luis Alberto Agudelo Yepes,

contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el 20 de junio de 1991, mediante la cual, con modificación a la de primera instancia originaria del Juzgado 1o. 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 el mismo lapso, como autor responsable del homicidio de Carlos Alberto Guerrero Neira.

Así mismo, se le impone la obligación civil indemnizatoria y se adoptan otras determinaciones pertinentes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la madrugada del 7 de enero de 1990, cuando en el parque del municipio anexo de Engativá se celebraban las festividades de reyes magos, Luis Alberto Agudelo Yepes se hallaba en compañía de su novia María Elena Rodríguez en una caseta de expendio de licores que atendía la hermana de éste, Nury Yolanda Rodríguez, un ex-novio de la primera, de nombre Humberley Guerrero, al verlos juntos, lo agredió de palabra y acción, a raíz de lo cual se produjo una gresca en la que intervinieron entre otros, el hermano de Humberley, Carlos Alberto Guerrero y el hermano de Luis Alberto, Jaime Alonso Agudelo, y en un momento en que estos últimos se hallaban enfrentados -éste portando un tizón con el pretendía golpear a su oponente-, Luis Alberto emprendió carrera hasta una venta de perros calientes cercana y se apoderó de un cuchillo con el que le asestó dos mortales heridas a Carlos Alberto Guerrero, segándole la vida.

La diligencia de levantamiento del cadáver fue practicada por el Juzgado 83 de Instrucción Criminal Permanente y ante ese Despacho fueron puestos a disposición por la Policía Metropolitana, sub-estación Engativá, los hermanos Agudelo Yepes y dos testigos presenciales - Sandra Milena Valderrama y Wilson Moreno-, quienes en esta condición fueron inmediatamente oídos en declaración bajo juramento.

El Juzgado 105 de Instrucción Criminal abrió la investigación y vinculó con indagatoria a los hermanos Agudelo Yepes, pero al resolverles la situación jurídica profirió medida de aseguramiento de detención preventiva solo contra Luis Alberto, mientras que al otro lo dejó en libertad provisional.

Llegada la oportunidad calificatoria del sumario, el mismo Despacho guardó silencio en torno al sindicado que gozaba de libertad y profirió resolución acusatoria contra Luis Alberto por homicidio simple, pero apelada que fue la decisión por el procesado, el Tribunal Superior del Distrito, encontrando que se habían violado las formas propias del juicio en relación con Jaime Alonso Agudelo, la revocó y ordenó la reposición pertinente, que efectuada, dio por resultado -confirmado en la segunda instancia-, el enjuiciamiento para Luis

Alberto en los mismos términos, y la cesación de procedimiento para su hermano. (fls. 141, 169-177, 188, 193 y ss., y 4-5 y 15 y ss. cd. T.).

En el término probatorio de la causa se practicó examen psiquiátrico al acusado por el Instituto de Medicina Legal, que dictaminó tratarse de persona imputable; cumplida la audiencia pública, dentro de la cual se oyeron algunos testimonios, se profirió la sentencia condenatoria de primera instancia con reconocimiento del atenuante de la ira conforme al artículo 60 del C.P., bajo la consideración de que "dicho homicidio ocurrió dentro de una riña propiciada por el hermano del interfecto, y que los hermanos Agudelo Yepes fueron objeto de un comportamiento ajeno, grave e injusto por parte de los Hermanos Guerrero Neira, pues sin ninguna explicación o reclamo fueron agredidos, por el solo hecho de que Luis Alberto había tenido la infortuna de haber conocido a María Elena Rodríguez, y sostener con ésta relaciones amorosas, lo cual es normal entre todas las personas ..." y que obró "obnubilado por la ira que sentía al verse agredido injustamente y el observar a su hermano herido en el rostro...". Como pena principal se le tasó entonces la de 40 meses de prisión.

Pero inconforme con el pronunciamiento así expedido, la Fiscal del Juzgado, que propugnaba por la imputación del delito sin atenuantes, interpuso el recurso de apelación que el Tribunal desató confiriéndole la razón y suprimiendo la diminuente para señalarle la pena ya conocida.

A su turno, la defensora del procesado recurrió oportunamente en casación contra la decisión de segunda instancia.

La demanda

El único cargo que se formula por la actora se fundamenta en la primera causal, segunda parte del artículo 226 del C. de P. P. de 1987, por considerar la sentencia violatoria de la ley sustancial, en forma indirecta, debido a "la interpretación errónea de la prueba obrante dentro del plenario", lo que condujo a "la aplicación indebida" de los artículos 5o., 35, 36 y 323 del C. P., y a la no aplicación del artículo 60 de la misma normatividad.

Al sustentar sus asertos afirma que el Tribunal incurrió en "evidente error de hecho" en la apreciación de los testimonios de Armando Solano, Wilson Moreno Corrales, Sandra Milena Valderrama, Humberley Guerrero, William Moreno; María Elena Rodríguez, Lury Yolanda Rodríguez y también, al apreciar la indagatoria de Luis Alberto Agudelo por no conferirle credibilidad.

Hace consistir el error en la apreciación del testimonio de Armando Solano en que, no obstante que este deponente afirmó que entre el occiso y el victimario hubo enfrentamiento, el Tribunal ignoró esa circunstancia -indicativa de que por

parte del occiso hubo provocación grave e injusta hacia el sentenciado-, y con esa omisión llegó a la conclusión condenatoria sin diminuentes.

Destaca del testimonio en mención, el aparte en que relató que "....Humberley le tiró al muchacho de camisa negra con rayas amarillas (el sentenciado) y entonces se metió a defenderlo el que hoy está muerto o sea Carlos Guerrero, y momentos después el de la camisa azul y blanco (o sea Jaime Alonso Agudelo) tenía un palo con candela y mi primo Carlos Guerrero se le enfrentó a él y momentos después el de la camisa amarilla y negra le pegó la puñalada...".

Estima la casacionista que el acusado actuó bajo el atenuante de la ira al ser agredido por Humberley por el hecho de ser él -para el día de los hechos- el novio de la misma muchacha que antes lo había sido del reclamante y encontrarse en compañía de ella, viéndose precisado a reaccionar ocasionando el resultado muerte al hermano de su rival amoroso cuando se suscitó la reyerta entre el occiso y sus amigos por una parte -que acudieron con el pretexto de defender al ex-novio-, y el procesado por la otra, que sintió temor e ira al ver a su hermano sangrando a causa de la herida que los advenedizos le habían ocasionado.

Remata sus comentarios en torno a esta prueba diciendo: "Cómo se va a desconocer que el estado emocional del procesado se encontraba ofuscado, y que si arremetió contra quien hoy es su víctima, fue porque injustamente fue provocado por los hermanos Guerrero. Cómo no va a ser grave que se vengan a atacarlo, el hermano y amigos de Humberley Guerrero, y que no actúe excusablemente".

El error en la apreciación del testimonio de Wilson Moreno Corrales lo ubica en no dar el Tribunal "importancia al enfrentamiento entre grupos que se presentó entre los hermanos Guerrero y los hermanos Agudelo Yepes y sus amigos", lo cual lo indujo a ignorar el hecho de que Luis Alberto "fue agredido injustamente y que necesariamente su estado emocional se vió afectado por el proceder de los otros, ante lo cual no le quedó más remedio que actuar en defensa de sus intereses personales", esto es, en el estado de ira que contempla el artículo 60 C. P..

Rememora que el testigo narró que "en ese momento la pelea se encontraba en pleno furor y hubo un momento en que se separaron los grupos, talvés (sic) para conseguir armas porque en el primer momento de la pelea no había armas. Luego se prendió otra vez la pelea, el finado estaba peleando con el negro más bajito y cuando estaban en eso el negro más alto se fue para una caseta donde venden perros y de ahí sacó un cuchillo....".

El error en la valoración del testimonio de Sandra Milena Valderrama se presentó, también al desconocer el Tribunal que ésta narró que cuando Luis Alberto Agudelo atacó al hoy occiso fue porque vio a su hermano - que portaba un palo encendido -peleando con éste. Comenta: "Se demuestra entonces que cuando Luis Alberto procedía a atacar con el cuchillo lo hizo porque se emocionó y sintió

al ver a su hermano enfrentado con el otro señor, de tal forma que la agresión estaba justificada por la conducta grave e injusta provocada por los hermanos Guerrero y amigos".

El error en la apreciación del testimonio de Humberley Guerrero surgió al afirmar el Tribunal "en ningún momento quedó demostrado que el occiso atacó al procesado", desconociendo la aseveración del testigo de que "Cuando yo estaba peleando con Lucho y ahí fue cuando vino mi hermano y le pegó a Lucho y ahí fue cuando apareció el hermano de Lucho y ya comenzaron a pelear estos dos, mi hermano y el hermano de él, pero mi hermano sí le pegó primero a Lucho", indicando que estos asertos corren al folio 121 del cuaderno principal; más adelante expresó que su hermano -el occiso- "se le fue y le pegó en esas venía un hermano del tal Lucho y se agarraron los dos, ese muchacho tenía un palo y le pegó con ese palo a mi hermano y en esas se vino el tal Lucho y llegó por detrás y le pegó las dos puñaladas".

Sobre la importancia de esta prueba dice la casacionista "Por qué razón entonces el Tribunal desconoce al señor Agudelo, el estado de ira cuando su ánimo había sido violentado por los hermanos Guerrero en dos ocasiones. No existe más que un fundamento para haberla inaplicado, la distorsión de la prueba al valorarla".

Estima la actora que también erró el Tribunal al apreciar el testimonio de José William Moreno al desconocer que éste relató el motivo de la pelea al referir que el occiso atacó también a Luis Alberto apoyando a su hermano Humberley.

También erró al valorar el testimonio de María Elena Rodríguez cuando dijo en el fallo que ésta "negó que hubiese existido una pelea previa", cuando ella fue clara en afirmar que vió cuando Humberley Guerrero "se levantó con una botella en la mano para ponérsela en la cara a Luis y que su hermana le cogió la mano a Humberley y le quitó la botella y le dijo dos palabras groseras Luis se paró y correspondió".

Destaca que esta declarante sí refirió que hubo disputa previa entre Humberley y Luis Alberto y que el occiso y sus amigos "persiguieron a Luis Alberto".

El error de apreciación del testimonio de Lury Yolanda Rodríguez consistió en tildarlo de "contradictorio" el Tribunal, cuando carece por completo de esa calidad negativa visto en sí mismo y comparado con el de su hermana María Elena, pues son coincidentes y se refieren esencial y contestemente a los mismos episodios indicativos del estado de ira injusta y grave, provocada por los Guerrero, que motivó la reacción defensiva del procesado.

El error respecto del dicho vertido en su indagatoria por Luis Alberto Agudelo, lo sitúa en no haberle otorgado credibilidad en cuanto "a las circunstancias que narró de haber recibido" un puño de un señor que él no conocía el cual nunca le hizo ningún reclamo sino que llegó a pegarle sin saber por qué. Posteriormente -dice-

también su cliente reconoce que "él cogió el cuchillo para defenderse y defender a su hermano de la arremetida que les hicieron Carlos Guerrero y sus amigos y que él trató de defenderse con el cuchillo porque trataron de venirse encima de él y de su hermano" y que se encontraba asustado.

Con estos planteamientos la censora estima acertada la sentencia de primer grado al reconocer a su poderdante la diminuente de la ira. De otra parte, precisa que el Tribunal incurrió en los errores glosados al desconocer los principios mínimos de la sana crítica y de la valoración conjunta de la prueba de que trata el artículo 263 del C. P. P., y que a través de la violación de "la ley de pruebas" infringió indirectamente las normas sustantivas que relacionó al comienzo de su escrito.

Como corolario, solicita la casación parcial de la sentencia del Tribunal para que en la sustitutiva, se reconozca al procesado haber actuado bajo el atenuante de la ira conforme al artículo 60 del C. P. y se le reduzca proporcionalmente la pena.

El Ministerio Público

En opinión del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal el cargo debe rechazarse porque ofrece inconsistencias técnicas y sustanciales en su formulación. Estima que al hablar de errores surgidos de la "interpretación errónea de la prueba" la casacionista incursiona por el campo de la valoración de la prueba conforme a precisos parámetros legales, que recuerda, con la desaparición de la tarifa de la ley, dejó de tener vigencia, y entonces se convierte el reclamo en una situación ajena al recurso de casación; no admite cuestionamientos al valor que conforme a los principios de la sana crítica le otorgue a las pruebas el fallador porque ellos no constituyen errores y por tanto no indican violación indirecta de la ley sustancial. Como refuerzo transcribe un aparte del fallo impugnado en que el Tribunal anuncia la credibilidad que le merecen los testimonios de Sandra Milena Valderrama, Armando Solano, Wilson y José William Moreno. Añade, que del testimonio de Armando Solano "en ningún momento se desprende que hubiese existido enfrentamiento entre occiso y procesado, de allí lo que se colige es que Carlos Guerrero se enfrentó con el hermano de Luis A. Agudelo, pero no con éste".

Destaca la afirmación de la casacionista de que el Tribunal desconoció el móvil que desencadenó los hechos que culminaron con la muerte conocida y que fue el descontento de Humberley Guerrero al ver a su antigua novia con el procesado, cuando precisamente el Tribunal tiene en cuenta esa situación en el folio 31 de su sentencia.

Volviendo sobre el tema de la valoración de la prueba pone de manifiesto el yerro conceptual de la actora al reclamar porque el Tribunal no le confirió credibilidad a la versión de María Elena Rodríguez, y recuerda que el tema de la credibilidad no es objeto de casación por no constituir error de hecho en ninguna

de sus modalidades. Similar respuesta contiene la alegación del Ministerio Público en torno a la censura de no haber otorgado credibilidad el ad-quem a lo dicho por el procesado en su declaración indagatoria.

Finalmente, observa que la profesional no prueba "la existencia de los elementos que configuran el estado de ira e intenso dolor ya que pone en el Tribunal conclusiones a las que este nunca llegó", estima que los argumentos de la recurrente no pueden atenderse porque el Tribunal sí consideró las circunstancias que ella dice fueron ignoradas, y porque ninguna de ellas tiene entidad como para desencadenar la ira con la significación y alcance de que trata el artículo 60 del C.P.

Consideraciones de la Corte

La casacionista afirma que en el fallo acusado se incurrió en error de hecho en el estudio de las declaraciones de Armando Solano, Humberley Guerrero y José William Moreno, porque al apreciarlas ignoró que estas dieron cuenta de que el occiso sí agredió al procesado y es esta la circunstancia que el Tribunal desecha como acaecida para desconocer el atenuante. También afirma que erró al no conferir credibilidad a los testimonios de María Elena y Lury Yolanda Rodríguez y a la indagatoria de Luis Alberto Agudelo Yepes, y que así mismo erró al desconocer que los testigos Sandra Milena Valderrama y Wilson Moreno reconocieron que hubo "pelea entre las partes".

No se remite a duda que al tildar de error de hecho el grado de credibilidad conferido por el sentenciador a los testimonios y a la indagatoria respecto de los cuales se pregona por la censora que fue esa la falla, se comete grave error conceptual, tal como lo afirma el Ministerio Público, porque la aceptación o negación de esa cualidad a un determinado medio de prueba, ya sin la existencia de la tarifación legal pero con plena observancia de los principios de la sana crítica que hoy caracterizan en materia penal la actividad de evaluación de esa clase de prueba, no constituye error atacable en casación, sino el imperativo ejercicio del deber de plasmar su juicio el sentenciador en su condición de imparcial y equitativo definidor del debate procesal. Objeción de tal índole, so pretexto de una supuesta violación indirecta de la ley sustancial, busca solamente oponer los juicios críticos del interesado y del fallador en detrimento de la seguridad de la decisión judicial, y no evidencia -por sustracción de materia- ni tiende a remediar errores relativos a la legalidad o a la existencia y contenido objetivo de la prueba, que son las únicas situaciones que permiten hablar de esa clase de transgresión a la ley sustancial.

Significa pues, que en cuanto atañe a los testimonios de María Elena y Lury Yolanda Rodríguez y a la indagatoria de Luis Alberto Agudelo, a los cuales el Tribunal les restó toda credibilidad por no ser dignos de ella, el cargo no prospera.

Tampoco está llamado al éxito la glosa relacionada con los testimonios de Sandra Milena Valderrama y Wilson Moreno Corrales, por carecer de supuesto

real, si se tiene en cuenta que el Tribunal no desconoció sus dichos respecto de la pelea "entre las partes", pues el fallo cuestionado advierte expresamente que esas declaraciones y las de Armando Solano y José William Moreno "merecen credibilidad" con la relevancia que otorga a algunos apartes de sus contextos vertidos en las respectivas actas. Es así como de la declaración de Sandra Milena destaca que hallándose bailando con su novio -el hoy occiso Carlos Alberto Guerrero-, alguien le comunicó a éste que a su hermano -Humberley- le estaban pegando y que entonces ella y su compañero corrieron hasta donde estaba el último y lo encontraron llorando y que luego vió al hermano del procesado blandiendo un "palo que al parecer era leña puesto que estaba prendido" y desafiando a su novio, que respondió al tal desafío; y del testimonio de Wilson Moreno recuerda que éste habló de enfrentamiento de dos grupos ya en la segunda parte del problema iniciado por Humberley Guerrero, reflexiones estas del Tribunal que sin lugar a duda señalan el haber asumido este episodio como probado, y le sustraen todo piso a la impugnación por concepto de la apreciación de los testimonios de que se trata, esto es, los de Sandra Milena Valderrama y Wilson Moreno, la que en consecuencia, como se ha dicho, debe ser desestimada.

Ahora bien, la crítica a la valoración que el Tribunal adelantó de los testimonios de Armando Solano, José William Moreno y Humberley Guerrero, consistente en que dejó de apreciar sus apartes que indicaban que el occiso sí agredió -como ya lo había hecho su hermano Humberley- al procesado, a los que efectivamente la sentencia no hace eco, pierde su consistencia en la medida en que, frente a la definición y estructura del atenuante de la ira contemplado en el artículo 60 del C. P. el suceso rechazado por el Tribunal carece de la trascendencia que debe tener el comportamiento ajeno causante de la agresión imputada a una persona, pues este debe ser grave e injusto, y es un hecho no discutible que el que asumió el occiso -enfrentar al hermano del acusado que tenía un leño en la mano- carecía de la necesaria relación de causalidad entre el hecho grave e injusto desencadenante del estado emocional -el ataque de Humberley- y la reacción bajo dicho ímpetu contra persona diferente.

En efecto, el occiso se hallaba con su novia Sandra Milena Valderrama divirtiéndose en un lugar diferente de aquel en que se encontraron los dos enamorados de María Elena Rodríguez: Humberley Guerrero, el provocador, ya como exnovio presa de los celos y Luis Alberto, el novio del día de los hechos y aquí vinculado, que desconocía a su agresor, pero contra quien reaccionó en su propia defensa. En ese momento aparece el obitado y es esperado por el hermano del procesado portando un tizón, y cuando están a punto de irse a las manos, éste va y armado de cuchillo lo hiere de muerte. El reaccionar en estas circunstancias contra persona distinta a quien lo había agredido sin motivo alguno conocido hasta ese momento, colocaba al procesado por fuera de la disminuente alegada, pues el comportamiento del occiso, determinado por el deseo de ayudar a su hermano, no podía revestir la calidad de "grave e injusto" que exige la norma invocada como dejada de aplicar (art. 60 C. P.).

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, acogido el concepto de la Procuraduría, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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 I. Cortés Garnica
Secretario

DEBIDO PROCESO \ TIPICIDAD \ NULIDAD \ DEMANDA DE CASACION

Es claro que si se acusa por concusión, correspondiendo al hecho realmente la tipicidad de cohecho, se está calificando mal la conducta y, por tanto incurriendo en causal de nulidad por ofensa al debido proceso.

Si la mala calificación del hecho derivó de una errónea apreciación de la prueba, esto último debe probarse en la demanda, este debe atender a los rigores de la impugnación extraordinaria y no contentarse con ser un mero alegato de instancia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6539. Casación

Contra: Agustín Villamil Sierra y otros.

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado acta No. 138

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de junio de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar condenó a los procesados Edgar Inocencio Lagos Mayorga y José Antonio Almanza García, a dos años de prisión por el delito de concusión.

ANTECEDENTES

1.- En Santafé de Bogotá, el 22 de junio de 1990, le fue hurtado a Alfredo Quintero su automóvil Renault 9. El 9 de julio de dicho año Carlos Ernesto Manjarrés Muñoz -al parecer un informante- se comunicó con Agustín Villamil Sierra, Agente perteneciente a la Estación Quinta de Policía y quien se hallaba en vacaciones, manifestándole conocer el lugar donde se encontraba el referido vehículo. Inmediatamente, entonces, Villamil Sierra localizó a los policías del Grupo de Antinarcóticos de la Sijin, Edgar Inocencio Lagos Mayorga y José Antonio Almanza García, procediendo estos tres Agentes, en compañía de Manjarrés Muñoz, a vigilar el automotor, que se encontraba en un parqueadero del barrio La Aurora de esta capital. Así, en la mañana del día 11 del citado mes de julio, tres individuos abordaron el vehículo, siendo entonces interceptados por el referido grupo, que procedió a identificarse como Policía Judicial y a exhibir su respectivo armamento. Las personas que se movilizaban en el vehículo hurtado resultaron ser el Agente de la Policía Nacional Juan Carlos Londoño Daza y los particulares Gerardo González y Jesús Orlando Piamba Muñoz.

Retenidos estos últimos y el automóvil, los Agentes Villamil Sierra, Lagos Mayorga y Almanza García, amenazaron a Londoño Daza con involucrarlo en el hurto del carro, insinuándole que "arreglara", para evitar la captura y la retención del automóvil. Gerardo González y Piamba Muñoz dijeron que en ese momento no tenían dinero, y entonces, los aprehendidos fueron dejados en libertad, con la condición de que al día siguiente, a las 11 de la mañana, el Agente Londoño Daza debía estar en la Iglesia del barrio 20 de julio, llevando consigo $ 400.000.00.

Dicha cita fue cumplida y Londoño Daza les insistió que él nada tenía que ver con el hurto del vehículo, recibiendo como respuesta que "arreglo es arreglo y la vida da mucha vueltas", siendo citado de nuevo para las 5 de esa tarde y en el mismo sitio.

Ante ello, Londoño Daza acudió al Grupo Contrainteligencia de la Dijin y contó lo sucedido. A la hora fijada, pues, Villamil Sierra y Manjarrés Muñoz arribaron al encuentro de Londoño Daza, siendo entonces capturados, y luego recuperado el vehículo en el lugar donde reside Villamil Sierra, quien, al dar su versión de los hechos, hizo posible la aprehensión de Lagos Mayorga y de Almanza García.

2.- Los mencionados cuatro agentes fueron puestos a disposición del Juzgado 86 de Instrucción Penal Militar y Manjarrés Muñoz quedó a órdenes de la justicia ordinaria.

En el auto de apertura de investigación (fls. 36), dicho juzgado dispuso: "como se observa que el Agente Londoño Daza Juan Carlos, dejado a disposición de este Despacho, está incurso en hechos relacionados con la denuncia No. 2838 por el delito de hurto, déjese a órdenes del Juzgado de Instrucción pertinente y dentro de este sumario escúchese en declaración, así mismo, déjese a disposición el vehículo".

Rendidas la indagatorias de los tres Agentes y practicadas otra pruebas, se dictó en su contra auto de detención por el delito de concusión previsto en el artículo 198 del Código Penal (fls. 76 y ss.).

Luego, ya el expediente ante el Juzgado de primera instancia, el Comandante de la Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, el defensor de Villamil Sierra solicitó una nulidad bajo el argumento de que ese procesado no era juzgable por la justicia militar, pues al momento de los hechos se encontraba en vacaciones. El comando, mediante auto de 31 de octubre (fls. 211 y ss.), negó esa petición, anotando al respecto:

"Efectivamente, el Agente Villamil Sierra para la época de autos se encontraba en uso de vacaciones pero no podemos desconocer que las actividades desplegadas por el policial luego de haber obtenido la información de que en un parqueadero del barrio Aurora había un carro robado, fueron propias del cargo de Agente de la policía y tanto es así que no solamente ubicó a sus compañeros de la Sijin Almanza García y Lagos Mayorga, sino que se estuvo con ellos en el lugar montando vigilancia, según él en espera de que apareciera el dueño o conductor del vehículo para poderlo aprehender y trasladar.

"...pero cumplió funciones del cargo, vale decir que aunque no estaba prestando el servicio en forma oficial, sí cumplió funciones inherentes al cargo de Agente de la Policía Nacional y en esta forma es claro que la conducta presuntamente delictuosa y que es imputada a dicho policial encaja perfectamente dentro de las previsiones del artículo 18 del Decreto 2137 de 1983, porque abusando de su condición de Agente del orden realizó en compañía de dos Agentes de la Sijin, también vinculados al proceso de constreñimiento a quien resultó ser el Agente Londoño Daza Juan Carlos y a quienes lo acompañaban..." (fls. 212).

Clausurada la investigación, se la calificó con resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra -sin intervención de Vocales-, por el mencionado delito de concusión y respecto de los tres sindicados (fls. 384 y ss.).

Celebrando dicho consejo, la Presidencia del mismo produjo fallo de 5 de abril de 1991 (fls 410 y ss.), mediante el cual, en armonía con la acusación, se condenó a los enjuiciados a la pena principal de 2 años de prisión cada uno, a la separación absoluta de la Policía Nacional, y a la interdicción de derechos y funciones públicas, negándose el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por los defensores, el Tribunal Superior Militar le impartió entera confirmación, por medio del suyo que recurrieron en casación los procesados y el defensor de Lagos Mayorga y de Almanza García.

Las demandas de casación presentadas a nombre de los mencionados procesados se declararon ajustadas a las prescripciones de ley. El recurso fue declarado

desierto respecto de Villamil Sierra, porque en relación con él no se sustentó la impugnación (fls. 10 del cuaderno de la Corte).

LAS DEMANDAS

Demanda a nombre de Edgar Inocencio Lagos Mayorga:

1.- El primer cargo de esta demanda lo basa el actor en la causal primera del artículo 442 del Código Penal Militar, violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 198 de dicho Código, que tipifica el delito de concusión, y falta de aplicación del artículo 199 ibídem, que describe el delito de cohecho, y del artículo 3o. de la misma obra, sobre la tipicidad en general.

"El recurrente considera -dice- que los sindicados no hicieron exigencias ni constreñimiento, como tampoco indujeron a ninguna persona, como lo exige el artículo 198 del C. P. M. y por lo tanto no se tipifica esta conducta y sí por el contrario la realidad procesal conduce a tipificar la conducta del artículo 199 del C. P. M." (fls.82); líneas adelante anota que al hablar el Tribunal de "arreglo y negociación, con la intervención de un intermediario, descartan la existencia del punible, ya que en esa conducta de da el constreñimiento o la inducción, como también la simple solicitud, y se adecúan por el principio de especialidad y finalidad, a lo que preceptúa el artículo 199".

Dice que "el arreglo o la negociación", a contrario de lo afirmado por el Tribunal, no tuvo por objeto el dinero (caso en el cual "se pudiera pensar en la concusión", señala), sino "el hecho mismo de seguir o no seguir adelante con el procedimiento, y que tampoco es cierto que el Agente Londoño Daza haya sido "coaccionado" por los procesados.

Bajo el título de "normas que se estiman violadas", relaciona el artículo 29 de la Constitución Nacional ("qué diremos -anota-, si se estudia con cuidado el expediente y se aprecia la forma como practicaron las primeras declaraciones por parte de la contra-inteligencia de la Policía, sin ser funcionarios competentes en materia penal y con ostensibles atropeyos -sic- a las normas procedimentales" -fls.87-), y los siguientes artículos del Código Penal Militar: 3o. (tipicidad), 293 (lealtad de las partes), 294 (in dubio pro reo), 296 (favorabilidad) y 301 ("finalidad del procedimiento").

Pide, pues, que se case parcialmente la sentencia, a fin de que se condene a los procesados por el delito de cohecho previsto en el mencionado artículo 199.

2.- El segundo cargo es de este tenor: "Censuro la sentencia con fundamento en la causal primera, inciso primero, del artículo 442 del C. P. M., violación directa de

la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 62 del C. P. M., referente a los requisitos para conceder la condena de ejecución condicional" (fls.89).

Argumenta que el delito de concusión no se encuentra cobijado por la prohibición de conceder el subrogado, a más de que ni la personalidad de los procesados, ni el hecho en sí, ofrece especiales características para que esa medida se otorgue.

Solicita, así, que se case parcialmente el fallo y se conceda el subrogado.

Demanda a nombre de José Antonio Alvanza García:

El único cargo que dirige el fallo, lo fundamenta en la causal de nulidad prevista en el artículo 442-3 ya mencionado. "En este caso -dice- sería la violación al debido proceso, juzgándose a los procesados por una norma que no correspondía de acuerdo a la realidad procesal, violándose flagrantemente el artículo 29 de nuestra carta constitucional vigente, que dice..." (fls. 101).

Menciona como violadas las ya citadas disposiciones sobre tipicidad, favorabilidad, in dubio pro reo, y el artículo 654 del mismo ordenamiento, que establece los requisitos para proferir resolución de convocatoria a Consejo de Guerra.

Se queja de que "a los testigos de cargo, sobre los pormenores que cambian la tipicidad, que es cohecho y no concusión, se les atribuye valor de verdad a (sic) todo lo que va en contra de los sindicados y no se menciona ni se considera lo que pueda favorecerlos o poner en duda aspectos que nunca pudieron exclarecerse (sic)", dedicándose luego a criticar el testimonio del Agente Londoño Daza, para anotar renglones después: "En la resolución que convocó el Consejo de Guerra y que al quedar en firme constituye el calificatorio, se violó la norma que exige sus requisitos (art.654 y 685 C. P. M.), por cuanto no se estaba frente a un testimonio que ofrecía serios motivos de credibilidad, para dar por existente el constreñimiento, la inducción o la solicitud, para la existencia de la concusión" (fls. 106).

Pide entonces que se declare la nulidad desde la resolución de convocatoria, a fin de que la dicte por el delito de cohecho.

CONCEPTO DE LA DELEGADA

El Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se refiere al cargo primero de la demanda a nombre de Lagos Mayorga (violación directa por aplicación indebida del artículo 198 del C. P. M. y falta de aplicación del artículo 199 ibídem), para decir inicialmente que no obstante el demandante afirmar que

no existió ninguno de los comportamientos tipificantes del delito de concusión, "remata la acusación aludiendo al quebrantamiento de otras disposiciones que nada tienen que ver con la pretensión inicial, confundiendo la alegación sin saberse en definitiva cuál sería el camino a seguir", con lo que no hace cosa diversa de "trasladar el ataque no sólo a causal distinta a la elegida, sino entrar en abierta contradicción interna" (fls. 120).

Más adelante advierte que "lo que sí resulta verdaderamente inadmisible es el cuestionamiento probatorio", mezcla de las violaciones directa e indirecta que, en sentir de la Delegada, impide cualquier estudio de fondo, máxime que también, y al tiempo, hizo argumentaciones propias de la nulidad, lo que conduce a desconocer "la preceptiva legal del artículo 440,3 del Código Penal Militar, que impone formular 'por separado' los cargos invocados contra la sentencia impugnada, con la obligación de que se exprese la causal alegada y 'los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara...'; esto por elementales razones de lógica en consideración a que la estructura jurídica de sustentación de cada una es distinta y que por su efecto, de prosperar una en particular, las decisiones a tomar en uno y otro caso también diferirían, siendo como resulta apenas obvio al demandante a quien incumbe de marcar ese camino sin dubitación ni confusión ninguna" (fls. 121).

Luego examina la Delegada la causal tercera, es decir, la demanda a nombre de Almanza García, para afirmar que aquí "nuevamente introduce una inusitada entremezcla de alegaciones al punto de desconocerse cuál es el verdadero fundamento de la acusación", ya que a pesar de alegar que el error consistió en condenar por concusión en vez de por cohecho (ataque que la Delegada cree debe hacerse por la vía directa), radica su argumentación en la discrepancia sobre el valor que el Tribunal otorgó a la prueba, "con lo cual el ataque no sería por la causal expresamente invocada y mucho menos por la colegida antes, sino por violación indirecta".

Empero, en seguida la Delegación dice que si bien el Tribunal utilizó en algunas partes del fallo expresiones como "arreglo o negociación", y dijo también que el Agente Londoño Daza actuaría como "intermediario" para conseguir el dinero, ello no significa que se haya desconocido la "exigencia" propia de la concusión, pues el sentenciador jamás estimó que "ese arreglo o negociación" haya partido de Londoño Daza y sus acompañantes, sino que, por el contrario, reiteró, "la iniciativa criminal en cabeza de los Agentes enjuiciados..." (fls. 123).

Este cargo, dice, tampoco puede prosperar.

3.- Sobre el cargo de errónea interpretación de la norma que prevé la condena de ejecución condicional, señala que no lo estudia, "por sustracción de materia", ya que los procesados se encuentran en libertad por pena físicamente cumplida.

Pide, pues, no casar el fallo.

SE CONSIDERA

1. De la vía a escoger cuando se alega errónea calificación de la conducta.-

El defensor de los procesados sostuvo en ambas demandas que el delito cometido por sus poderdantes es el cohecho y no el de concusión por el cual se les condenó. En el libelo a nombre de Lagos Mayorga ese planteamiento lo hizo al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero (violación directa de la ley); en la demanda a nombre de Almanza García, fundamentó dicho aserto en la causal tercera de nulidad, lo cual revela la inseguridad del demandante para escoger la vía adecuada de ataque a la sentencia.

Es bien sabido que se incurre en errónea calificación del hecho, cuando se le da al mismo una denominación jurídica que no le corresponde, entendiéndose por dicho 'nomen iuris' el que en el Código Penal identifica cada capítulo, dentro del respectivo título que consagra el bien jurídico correspondiente.

Bajo esa premisa, es claro que si se acusa por concusión, correspondiendo al hecho realmente la tipicidad de cohecho, se está calificando mal la conducta y, por tanto, incurriendo en causal de nulidad por ofensa al debido proceso. En verdad, el Juzgador está obligado, en el momento crucial de formular la acusación, y de acuerdo a unos hechos concretos de que dispone, a realizar una adecuada y precisa tipificación del comportamiento: si no atina en ello y su equivocación es de tal magnitud que cambia la denominación jurídica de ellos, emerge claro que se está atentando contra el debido proceso, al incumplirse con el mandato de ajustar los hechos al derecho, para que el procesado responda sólo por la violación jurídica causada con su conducta.

Previendo un margen de yerro en ese proceso de tipificación, el Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050) introdujo la posibilidad de "variar la calificación provisional" (art. 401) del hecho punible imputado, figura que fue, con algunas modificaciones, consagrada posteriormente en el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, vigente cuando se tramitó este proceso, aunque desapareció en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Por el principio rector de integración (art. 13), al Código Penal Militar le sería del todo aplicable la variación de calificación referida, razón por la cual el casacionista ha debido solicitar la nulidad no desde la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra, sino a partir de la audiencia pública, acto procesal en el cual se podría enmendar el error, en el evento de haber existido.

Conclusión: el casacionista debe alegar el error en la calificación jurídica del hecho, al amparo de la causal de nulidad. Repárese en que si se optara por la causal primera, la Corte terminaría dictando sentencia en desacuerdo con la acusación, lo

que atentaría contra el debido proceso y comportaría, además, un nuevo error, atacable con base en la causal segunda de casación.

Por lo dicho, resulta clara la equivocación del censor en el cargo primero de la demanda a nombre de Lagos Mayorga, al alegar el mencionado error en la calificación como violación directa de la ley.

Por esa razón, ese primer cargo de dicho libelo deviene inexaminable en el fondo.

2.- *Demanda a nombre de José Antonio Almanza García.*

Formalmente esta demanda está bien concebida, pues con fundamento en la causal de nulidad, afirma que se violó el debido proceso al calificarse el hecho como concusión, cuando debió ser por cohecho.

Dice el actor que la prueba obrante obligaba a acusar por cohecho y no por concusión.

Para la Delegada, un planteamiento tal se sale de la causal argüida para trasladarse a la violación indirecta, revelándose entonces una falta de técnica que impide el estudio del cargo. La Sala no lo cree así. En efecto: si en sentir del casacionista, la mala calificación del hecho derivó de una errónea apreciación de la prueba, esto último debe probarse en la demanda. Lo que ocurre es que ese proceso de "demostración probatoria" debe atender a los rigores de la impugnación extraordinaria y no contentarse con ser un mero alegato de instancia, o sólo una confrontación entre las apreciaciones de sentenciador y las del demandante. Es más: no puede circunscribirse el casacionista a atacar la prueba que existía cuando se dictó la acusación, sino su obligación se extiende con respecto al total del material probatorio, con base en el cual se produjo el fallo, porque si no, se estaría admitiendo un ataque probatorio contra el auto de acusación, el cual, en sí mismo, no puede ser objeto de la impugnación extraordinaria. Expresado de otro modo: frente al mérito probatorio *del fallo*, el casacionista debe en estos casos demostrar que el hecho atribuído a los procesados revela una tipificación diversa, tarea que debe desarrollar mediante una argumentación similar a la propia de la violación indirecta, dirigiendo todos sus esfuerzos a establecer que la errónea calificación tuvo origen en un error surgido por haberse ignorado una prueba existente en el proceso, o por habérsela supuesto o tergiversado, o por haberse tenido en cuenta una prueba inválida o inexistente.

Aquí el actor desatiende dichas exigencias, pues se limita a afirmar que los testigos de cargo (Juan Carlos Londoño Daza y Carlos Ernesto Manjarrés Muñoz) el sentenciador les otorgó una credibilidad que no merecían. Este reproche no es de recibo, pues en orden a la valoración de los cuestionados testimonios, el Tribunal acudió a las reglas de la sana crítica, según el artículo 535 del Código

Penal Militar. De suerte que ante la ausencia de tarifa legal para la evaluación referida, tocábale al casacionista demostrar que el fallador quebró dichas reglas y la lógica, cuando, especialmente de los citados testimonios, dedujo que existió, por parte de los procesados, la "exigencia" de dinero, y que, por tanto, incurrieron ellos en el delito de concusión.

Al concretar los presupuestos tipificantes de la concusión (art. 198 Código Penal Militar), se lee en el fallo de primera instancia: "El primer evento de los relacionados es el que corresponde al caso de autos, pues los policiales exigieron el dinero a Piamba Muñoz y González Giraldo bajo amenaza y el temor a perder su libertad..." (fls. 395). Y el Tribunal precisó acerca del mismo punto:

"No obstante la versión injurada de cada uno de los procesados, que tiende, desde luego, a la demostración de otro tipo de situación -obviamente favorable para ellos-, existe en el proceso evidencia cierta, inequívoca e indestructible sobre su comportamiento eminentemente delictivo, pues habiendo tenido conocimiento de ese reato de hurto y siéndole absolutamente obligatoria la captura y puesta a disposición de los particulares y el agente Londoño, así como el automóvil, a disposición de la autoridad competente, decidieron derivar *por la exigencia* para omitir el cumplimiento de la función policial -se subraya-.

"Así aparece demostrado, entonces, el arreglo al que finalmente pretendía llegar, desde luego de manera ilícita. Basta detenernos en el contexto del dicho que suministra Juan Carlos Londoño Daza, quien dada precisamente su condición policial iría a servir de intermediario en la 'negociación'" (fls. 559 y 560).

El casacionista alega que al sentenciador utilizar esas expresiones de "arreglo" y de "intermediario", jurídicamente confirma el cohecho y excluye la concusión. Empero, calla el demandante no sólo que en repetidas partes el fallador es claro al hablar de la exigencia del dinero, sino que -como se vio- el "arreglo" lo coloca entre comillas, para hacer ver que no usa ese término en sentido riguroso. Por otro lado, que el agente Londoño haya pretendido ser empleado por los procesados como "intermediario" para la consecución del dinero, por supuesto que dista mucho de desnaturalizar el punible de concusión, por el aspecto de tipicidad que aquí importa.

En suma, muy lejos está el actor de demostrar que el delito cometido por los policiales procesados fue el de cohecho y no el de concusión, motivo por el cual este cargo de nulidad que propone bajo ese aserto, no prospera.

3.- Sobre la condena de ejecución condicional.-

Cuando, como en este caso, todos los procesados han incumplido realmente la pena y por ello tórnase inaplicable dicho sabrogado (art. 62 C. P. M.), cuyo reconocimiento fue solicitado por el casacionista en el segundo cargo de la

demanda presentada a nombre de Lagos Mayorga, pudiéndose presentar al respecto un caso de "sustracción de materia" como dijo la Delegada, ello no obsta para que, brevemente, anote la Sala que la negatividad del subrogado no fue caprichosa ni arbitraria, sino razonada, en el sentido de que los procesados requerían de tratamiento penitenciario, pues "nadie está más obligado a respetar y hacer respetar la ley que quien la representa, y si los Agentes Villamil Sierra, Lagos Mayorga y Almanza García, equivocaron malintencionadamente su misión, con un doble perjuicio, pues con su proceder también se iría a perjudicar a quien pretendía de las autoridades el automotor hurtado, pues tenemos que colegir que no pueden ser merecedores a ese beneficio legal...", según consideró, con acierto, el Tribunal (fls. 563).

La sentencia, así, no será casada.

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

RESUELVE

No CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y 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

PRUEBA \ DERECHO DE DEFENSA \ ERROR DE DERECHO \ NULIDAD \ ERROR DE HECHO

La negativa a practicar una prueba que el Juez consideró impertinente, no puede ser motivo suficiente para alegar desconocimiento del derecho de defensa, si el Juez con juiciosos y lógicos argumentos adoptó la decisión que fue aceptada por los sujetos procesales al no interponerse contra ella recurso alguno.

La presunta ilegalidad de la prueba sería impugnable por error de derecho, en ningún caso como causal de nulidad. Para que el error de hecho pueda prosperar es necesario que sea manifiesto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6528

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 137.-Nov. 17/92.-

Santafé de Bogotá, D. C., noviembre dieciocho de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Agotada la actuación correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Fernando Ochoa Martínez, Luis Parmenio Mojano y Raúl Vargas Castellanos, contra la sentencia del cuatro de junio de 1991, proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante

la cual se confirmó sin modificaciones la de primera instancia del Juzgado Segundo Superior de Ocaña que condenó a los dos primeros a la pena principal privativa de la libertad de ocho años de prisión y al tercero de los nombrados a seis años, ocho meses de prisión, como autor y cómplices del delito de Homicidio en grado de tentativa en el ciudadano Emiro Sánchez Pérez.-

EPISODIO PROCESAL

En la sentencia de primera instancia se reseñan los hechos que originaron la investigación, así:

"Dándole completa credibilidad al ofendido Luis Emiro Sánchez Pérez, el Juzgado 21 de Instrucción Criminal radicado en Ocaña dictó resolución de acusación contra los agentes de la Policía Nacional Fernando Ochoa Martínez Luis Parmenio Molano Velásquez y Raúl Vargas Castellanos, quienes integraban la patrulla del vehículo 777 para la madrugada del día 22 de agosto de 1989.-

"Después de salir el joven Luis Emiro Sánchez Pérez del Colegio Nacional "José Eusebio Caro" de la ciudad, una vez terminada la Feria Microempresarial que allí se realizaba, y tan pronto se despidió de sus compañeros Juan Carlos Bayona Serrano y Freddy Rodríguez Urquijo, en el parque principal 29 de mayo, cerca a las instalaciones donde funciona el Banco de Bogotá, fue abordado por los agentes antes mencionados, introducido al automotor, maniatado "con las manos atrás" y trasladado hasta un sitio despoblado, quebrado y solitario de la carretera que de esta ciudad conduce al "Santuario del Agua de la Virgen", en donde lo bajaron, lo lanzaron a una hondonada, uno de ellos lo acuchilló y lo abandonaron, creyéndolo muerto. Al día siguiente, como a eso de las once a once y media de la mañana, después de haber llegado gravemente herido por sus propios medios hasta la orilla de la carretera, cerca a una alcantarilla, fue auxiliado por el Corregidor de ese lugar Paulino Rodríguez Salazar y Reynel Antonio Bayona Salazar, quienes en un jeep conducido por el último de los nombrados lo llevaron hasta el Hospital de esa localidad.-"

Dentro del trámite de la segunda instancia los Magistrados que integran la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta se declararon impedidos para conocer del proceso, razón por la cual la apelación se surtió ante una sala de decisión formada por conjueces.-

La sentencia recurrida en casación fue adoptada por mayoría de votos y en ella se confirmó sin modificaciones el fallo de primera instancia.-

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Durante el término de traslado para sustentar el recurso, dos demandas fueron presentadas para impugnar la sentencia del Tribunal. Una primera mediante

apoderado especial a nombre de Fernando Ochoa Martínez y una segunda que formula el abogado defensor a nombre de los tres procesados, pero que debe entenderse encaminada a defender los intereses de Molano Velásquez y Vargas Castellanos, por cuanto para estos fines el poder le había sido revocado por Ochoa Martínez.-

PRIMERA DEMANDA

En la demanda presentada a nombre de Ochoa Martínez, se invoca la causal tercera de casación y se afirma que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad.-

Sostiene, que el ofendido entra en abierta contradicción, cuando en su primera versión sostuvo que eran cuatro los integrantes de la patrulla para luego sostener conforme a la realidad que sólo tres agentes se hallaban en el vehículo.-

Que es increíble que el testigo pudiera observar, los diversos sitios por donde fue conducido en el carro patrulla, si se hallaba acostado sobre el platón o piso de la camioneta.-

Que es inexplicable que en la diligencia de reconocimiento en fila de detenidos, sólo hubiese identificado al agente de Policía que conducía el carro patrulla y con quien menos contacto tenía y no a los otros dos agentes, lo cual le parece una posición "insólita y sospechosa" del testigo.-

Afirma además, que si el ofendido fue capturado en las calles céntricas de la ciudad, como lo expresa en su denuncia, es inadmisible que "... nadie se hubiera percatado de tan escandaloso y sonoro hecho...".-

Concluye este cargo, poniendo de presente que el testigo incurrió en contradicción, al afirmar inicialmente ante el Corregidor de Agua de la Virgen, que había sido herido por unos muchachos para sostener más tarde que los agresores eran los integrantes de la patrulla de Policía.-

En un segundo cargo, sostiene el actor, que del análisis probatorio surgía una seria duda sobre los autores del hecho punible que ha debido ser resuelta a favor de los acusados. Que por no haber obrado así, el ad-quem "...incurrió en error de hecho por desconocimiento de la situación fáctica del art. 248 del C. de P. P....".-

Concluye su demanda, solicitando a la Corte casar la sentencia y en su lugar se decrete la libertad de los sentenciados.-

EL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que ninguna de las dos demandas está encaminada a prosperar.-

En relación con la primera demanda considera la Procuraduría, que con su argumentación el censor en el fondo plantea un error de derecho en la apreciación de la prueba, pero que ante la improcedibilidad de tal causal, ha optado por alegar un motivo de nulidad, que es inexistente en el caso de examen.-

Acepta la Delegada, que en cualquier etapa del proceso y desde el mismo instante en que surja la imputación, el derecho de defensa debe ser pleno en forma tal que permita al imputado todo cuanto convenga a sus intereses para oponerse a los cargos que en su contra haya formulado el órgano judicial del Estado.-

Pero aclará la Delegada que no quiere decir lo anterior "que pueda invocarse una causal de anulación por violación del derecho de defensa, cada vez que deje de decretarse o practicarse algún medio de prueba; tampoco que la alegación deba prosperar con afirmar escuetamente que resulta indiscutible que tales probanzas habrían cambiado la situación del condenado, si éstas hubieran resultado positivas. Es menester que se concrete de manera ostensible, cual ha sido el alcance material de la omisión y en qué medida los resultados de la prueba pueden alterar la situación contemplada en la sentencia...".-

Desarrollando estos conceptos y aplicándolos al caso en examen, considera la Delegada que no tiene razón el casacionista en su pedimento pues las pruebas que aduce como no evacuadas, son intrascendentes e imposible de practicar, frente a la realidad procesal por tratarse de testimonios de desconocidos que ni siquiera se sabe si estaban o no en el lugar de los hechos.-

Agrega la Delegada, que los resultados de dichas pruebas y su incidencia en el proceso, no pasa de ser una simple especulación del actor, sin fundamento cierto y cuya omisión no puede en modo alguno afectar la validez de la actuación.-

En relación con la diligencia de Inspección Judicial al carro de la Policía para constatar la veracidad de lo afirmado por el denunciante pone de presente la Procuraduría que dicha prueba fue solicitada al Juez del conocimiento y negada por éste con serias consideraciones por inconducente, decisión contra la cual no se interpuso recurso alguno por el abogado defensor.-

Concluye afirmando con apoyo en jurisprudencia de esta Corporación que la causal de nulidad "requiere ser manifiesta, ostensible, patente en grado sumo para que pueda prosperar... "cosa que no sucede en el caso juzgado.-

Sobre la segunda demanda, conceptúa la Procuraduría que no puede prosperar y debe desecharse por falta de técnica.-

Considera, que el actor fundamenta el quebranto de manera indirecta de la ley sustancial en errores de derecho que atribuye al Tribunal al haber otorgado credibilidad al testimonio del ofendido señor Emiro Sánchez Pérez.-

Recuerda la Delegada, cómo el error de derecho por falso juicio de convicción no puede alegarse frente a pruebas que como el testimonio no está sujeto a tarifa legal sino al principio de la sana crítica y que es impropio en sede de casación tratar de desvirtuar la valoración de la prueba, anteponiendo tan sólo el personal criterio al del juzgador.-

Sobre el segundo cargo donde se alega un error de hecho, en criterio de la Procuraduría, la censura no va dirigida contra la "Duda razonable", sino sobre el grado de certeza que le dio el Tribunal al testimonio de cargo "patentizando así un claro desconocimiento de la técnica del recurso extraordinario.-

Solicita en consecuencia, desechar la demanda.-

Expresa su extrañeza la Procuraduría por la ausencia de investigación en relación con la situación del desconocido que de acuerdo a la versión del ofendido Sánchez, era conducido en las mismas condiciones dentro del carro-patrulla y cuya suerte se desconoce. Reclama de la Corte la expedición de copias para adelantar la investigación correspondiente.-

Consideraciones de la Corte

Corresponde en primer término, de acuerdo con la lógica y el principio de prelación que gobiernan el recurso extraordinario de casación, entrar a examinar en primer lugar si en realidad se ha incurrido en la tramitación del proceso en la causal de nulidad que alega el casacionista por desconocimiento del derecho de defensa.-

Es innegable, que en Colombia de acuerdo a los principios constitucionales y legales que rigen la materia, ninguna persona puede ser condenada por atribuírsele la comisión de un hecho punible, si no se le ha permitido ejercitar el derecho de defensa o "favor defensionis". De acuerdo a esta garantía todo acusado puede defenderse personalmente y debe además estar asistido por un abogado titulado de su elección o designado de oficio que asuma su defensa técnica; y tanto el acusado como su defensor tienen derecho a que no se desconozca o impida el ejercicio de esa defensa material, ni se limite indebidamente su actividad.

No es ese el quebranto que se presenta en este proceso, en donde los acusados, dentro del sumario y la causa estuvieron asistidos por abogados titulados, que ejercitaron en debida forma su función solicitando pruebas, interponiendo recursos y alegando oportunamente en las instancias e incluso dentro de este recurso extraordinario de casación.-

El casacionista hace consistir el quebranto del derecho de defensa en que el juez oficiosamente no decretó la práctica de pruebas que revistieran de mayor

credibilidad al dicho del ofendido o avalaran la versión de los acusados que negaron cualquier participación en la comisión del delito.-

El actor se queja en el curso de su libelo de no haberse recibido los testimonios de personas inciertas que supuestamente estuvieron en condiciones de percibir los hechos, como vendedores ambulantes, transeúntes, alumnos de un colegio, celadores, etc..., sin que se identifique o individualice en la demanda a ninguno de estos posibles declarantes. Considera que el juzgador al no decretar oficiosamente la recepción de estos testimonios, desconoció el derecho de defensa.-

La Corte necesariamente debe compartir el pensamiento del Ministerio Público al respecto.-

Es innegable que dentro del sistema inquisitivo vigente para cuando se adelantó la investigación, el juez disfrutaba de plena autonomía para decretar todas aquellas pruebas que considerara pertinentes para llegar al descubrimiento de la verdad material o real de lo ocurrido, ordenando oficiosamente para cumplir los fines públicos del proceso, no sólo las pruebas que perjudicaran al acusado, sino además todas aquellas que pudieran favorecerlo.-

Y en el caso sub judice, así se procedió por el Instructor y si no se recibieron los testimonios de cuya omisión se queja el recurrente, ello obedeció a que dichos testigos ni siquiera los vislumbró el instructor, ni en forma alguna se asomaron al proceso, por tratarse de personas desconocidas, no identificadas, que nadie afirma haber visto en el lugar de los hechos, prueba que no insinuó el Ministerio Público y menos solicitó el abogado defensor si la considerase posible de practicar y pertinente.-

En estas condiciones, no puede reprochársele al Juez, la no práctica de pruebas supuestas, inciertas, que nadie insinuó ni solicitó en el proceso. Por ello, es impropio hablar de quebranto o desconocimiento del derecho de defensa.-

Argumenta el casacionista que no se ordenó la práctica de una diligencia de Inspección Judicial al vehículo oficial, para establecer si el ofendido desde el sitio donde era conducido, podía observar todo cuanto ocurría en el exterior.-

Es suficiente para responder a la censura, recordar que la práctica de esta prueba, fue solicitada en la etapa del sumario y negada por el juez por considerarla innecesaria e inconducente a los fines de la investigación, sin que sobre esta decisión se expresara incomodidad alguna, ni por los procesados ni por su acucioso defensor. En estas condiciones, la negativa a practicar una prueba que el Juez consideró impertinente, no puede ser motivo suficiente para alegar desconocimiento del derecho de defensa, si el juez con juiciosos y lógicos argumentos adoptó la decisión que fue aceptada por los sujetos procesales al no interponerse contra ella recurso alguno.-

Finalmente, dentro de esta primera demanda, se impugna la sentencia por desconocimiento del derecho de defensa con fundamento en que en la etapa de indagación preliminar, el juez practicó una diligencia de reconocimiento en fila de personas, donde asistieron los sindicados sin la presencia de su defensor.-

Debe recordarse al censor que dentro de las normas del Código de 1971, bajo cuya vigencia se practicó la diligencia, sólo se exigía la presencia del defensor en la etapa de indagación preliminar, para la recepción de la exposición libre del sindicado, considerando en cambio, inexistentes las actuaciones que se realicen en el sumario y la causa, con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor.-

Pero aún en el supuesto de que esa omisión que anota el recurrente existiera, y que el precepto del art. 165 del C. de P. P. de 1971 se aplicara también a la etapa preliminar, ello no acarrearía la nulidad del proceso, ya que la ley sólo establece como sanción en estos casos, la inexistencia del acto o diligencia. La presunta ilegalidad de la prueba sería impugnable por error de derecho, pero en ningún caso como causal de nulidad.-

Como lo expresa Florián: "el Código de Procedimiento Penal prescribe ciertas y determinadas formalidades para la validez de algunos actos y sanciona el no cumplimiento de las formalidades esenciales con la inexistencia del respectivo acto procesal. En estos casos se produce no una nulidad técnicamente hablando, ya que no se invalida el proceso en todo o en parte, lo cual supondría que la actuación en principio había nacido a la vía jurídica, sino su inexistencia, pues el acto en que las formalidades legales esenciales se omitieron no puede contabilizarse en el proceso, no produce efectos, no crea relaciones procesales, no existe sino en apariencia y por carecer de los presupuestos o requisitos jurídicos esenciales es por lo que se llama acto inexistente..." (Derecho Procesal Penal - Eugenio Florian).-

De manera que en el peor de los casos, la diligencia de reconocimiento en fila de personas impugnada por el actor y en el supuesto de que fuera válido su planteamiento, sólo acarrearía la inexistencia del acto, pero en ningún caso la nulidad del proceso y menos por quebrantamiento del derecho de defensa, aspecto que no tiene realce ni importancia procesal, porque dicha prueba no fue el único fundamento de la sentencia.-

Si bien el Tribunal en el fallo acusado se refirió a la aludida diligencia en el curso de su providencia, es lo cierto que el juzgador apoyó su decisión de manera especial en otros medios de prueba entre los cuales merecen destacarse:

a).- La denuncia juramentada del agredido Emiro Sánchez Pérez, donde refiere con lujo de detalles la forma como fue capturado por los agentes de la policía y subido al carro oficial; la manera como lo arrojaron al piso luego de atarle

las manos a la espalda; los diversos sitios que recorrieron para luego ser sacado del vehículo por uno de los agentes quien lo lanzó a un zanjón donde lo acuchilló y lo dejó abandonado creyéndolo muerto; en su versión incrimina con absoluta seguridad a los ocupantes del carro-patrulla número 777, como los autores del hecho y los individualiza por sus características morfológicas.-

b).- El testimonio del señor Paulino Rodríguez, Corregidor de la vereda "El Agua de la Virgen" quien recogió a la víctima y pudo observar las huellas de las ataduras en las manos del ofendido y constató la existencia de los lazos.-

c).- La certificación del Comandante del Distrito de Policía de Ocaña en el sentido de que quienes ocupaban el carro-patrulla distinguido con el número 777 eran los agentes Ochoa Martínez, Parmenio Molano y Vargas Castellanos.-

d).- La versión de los acusados quienes aceptan que ocupaban dicho vehículo oficial y estuvieron con él patrullando la noche de autos.-

Siendo esto así, el medio probatorio cuya validez objeta el demandante, no fue fundamento esencial y único de la sentencia que aún con prescindencia de dicha prueba mantiene su carácter y sentido.-

En estas condiciones, la nulidad del proceso que se plantea en la demanda por desconocimiento del derecho de defensa, carece de fundamento y no está llamada a prosperar.-

SEGUNDA DEMANDA

Igual suerte debe correr la demanda presentada por el defensor de los sentenciados Parmenio Molano y Vargas Castellanos, porque como bien lo anota la Procuraduría, sus deficiencias y evidentes errores técnicos conducen a su rechazo.

El autor formula dos cargos por violación indirecta de la ley sustancial. En el primero alega un error de derecho en el que presuntamente incurrió el Tribunal al apreciar y otorgar credibilidad a la declaración del ofendido Sánchez Pérez. En su segundo cargo, pregona un supuesto error de hecho por no apreciar el juzgador las pruebas que de haber sido estimadas adecuadamente hubiesen llevado a aplicar a favor de los sentenciados el principio in dubio pro reo.-

Para fundamentar los cargos, el actor revive el debate probatorio, esforzándose por restar credibilidad a la prueba incriminatoria para concluir afirmando que del examen de ella, surge al menos una duda razonable que ha debido ser resuelta a favor de los inculpados.-

Debe recordarse ante todo, que la violación indirecta de la ley sustancial se presenta cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de alguna prueba, siendo indispensable demostrar por el recurrente el error ostensible del Tribunal. Se trata en consecuencia, de la observancia de una técnica precisa establecida por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina.-

Y, reiteradamente ha sostenido la Corte, que ni la prueba testimonial ni la indiciaria, están sujetas a tarifa legal, sino al sistema de la sana crítica, de donde emana para el juez una amplia autonomía en la apreciación de estos medios probatorios.-

También de manera constante lo ha manifestado la Sala, que la diferente apreciación o el opuesto criterio conceptual que existe entre el recurrente y el juzgador sobre la credibilidad y el valor de convicción de estos medios de prueba no es suficiente para establecer y dar por probado el error in judicando.-

En el caso sub examine, los yerros probatorios endilgados al Tribunal, se fundamentan en el salvamento de voto del Magistrado que no compartió la decisión mayoritaria y se hace consistir en una simple disparidad de criterios entre el impugnador y el sentenciador respecto del grado de convicción que arrojan determinados elementos de juicio y en especial la declaración del ofendido, planteamiento impropio en sede de casación.-

En efecto: mientras el Tribunal atribuyó a los tres agentes de la Policía Nacional la autoría de ese homicidio tentado, con base en la prueba de cargo a la cual se ha hecho alusión en esta providencia, y que fue examinada crítica y razonadamente por los juzgadores de instancia, el recurrente opone su personal criterio valorativo de tales medios de convicción sin poder demostrar como es obvio, la existencia de errores manifiestos y ostensibles, ni su incidencia definitiva en las conclusiones del fallo de condena.-

El impugnante como lo hiciera en las instancias, cuestiona y resta toda credibilidad al testimonio del ofendido Sánchez Pérez, en oposición al criterio del Tribunal que lo consideró sincero y creíble y emitido sin otro interés que el de señalar ante la justicia a los verdaderos autores del hecho.-

Sus reproches se desarrollan con fundamento en apreciaciones personales y subjetivas del censor, en un conflicto de pareceres que jamás puede configurar un error de derecho y menos el error manifiesto de hecho, si se tiene en cuenta que el casacionista no señala las pruebas que no se apreciaron, ni aquellas que fueron distorsionadas en su alcance y contenido y que de haber sido estimadas hubiesen creado en la mente del juzgador una duda razonable.-

"...En forma reiterada ha sostenido esta Sala, que para que el error de hecho que se alega como motivo de casación pueda prosperar, es necesario que sea

manifiesto, esto es, ostensible y de relieves tan notorios que sea advertido sin mayores esfuerzos didácticos. No se trata simplemente de enfrentar la opinión que de la prueba tenga el juzgador, con la particular del casacionista, sino de demostrar el yerro evidente y determinante del juzgador en el análisis del caudal probatorio, que condujo de manera indirecta a la violación de la ley sustancial...".- (C. S. J., casación, febrero 28/85)

No prospera la censura.-

Como lo solicita la Procuraduría Delegada, se compulsarán copias para indagar por la suerte de la persona desconocida que era conducida en el carro-patrulla la noche de los hechos, de acuerdo al relato que rinde al respecto Emiro Sánchez Pérez, ya que puede tratarse de un comportamiento ilícito.-

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 favor de los procesados Fernando Ochoa Martínez, Luis Parmenio Molano y Raúl Vargas Castellanos, de fecha, origen y naturaleza ampliamente conocidos a través de esta providencia.-

II.- Con destino al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía de Ocaña, compúlsense las copias a que se ha hecho referencia en la parte motiva.-

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*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

DEFENSOR \ DERECHO DE DEFENSA \ SUMARIO \ DEMANDA DE CASACION \ VIOLACION INDIRECTA \ ERROR DE HECHO

Cualquiera que sea la clase de error que se atribuya en casación al fallo, el actor ha de demostrar su carácter de manifiesto.

El derecho a la asistencia profesional insoslayable era respecto de "las diligencias en que la presencia de esta sea prescrita por la ley".

Aun cuando el derecho de defensa opera respecto a la fase de procesamiento que se esté adelantando no quiere significar esto que cualquiera irregularidad pueda refutarse como violación del mismo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6427

Contra: Pedro Antonio Castaño H.

Delito: Homicidio - Hurto

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 134-XI-4/92

Santafé de Bogotá, D. C., noviembre 18 de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de abril 4 de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a Pedro Antonio Castaño Hernández a 20 años y 6 meses de prisión, por los delitos de homicidio y Hurto, sentencia dictada en cinco causas acumuladas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Aproximadamente al medio día del primero de octubre de 1985, Leopoldo Buriticá Ochoa estaba trabajando en la finca de Proceso Buriticá, en la jurisdicción del municipio tolimense de Herveo, cuando recibió varios disparos de escopeta que le causaron la muerte.

La esposa de la víctima formuló la denuncia correspondiente, y el Juzgado Promiscuo Municipal de dicha localidad abrió investigación y practicó numerosas pruebas, cumpliendo luego varias comisiones del Juzgado 1o. Superior de Honda, al cual le correspondió por reparto el expediente.

Por surgir prueba de que el autor del homicidio había sido Carlos Arturo Ochoa Castaño (cuyo padre recientemente había dejado de ser el administrador de la finca mencionada, y que además, ese día estaba trabajando en una finca cercana de propiedad de Enrique Londoño), se dispuso su captura y se le escuchó en indagatoria, designándole como apoderado al señor Flaminio Durán Cottés (fl.175-1).

Se practicaron otras pruebas, resolviéndose su situación jurídica con auto de detención por el delito de homicidio (fls.129 y ss.). Tuvo al respecto en cuenta el Juzgado: que registraba Ochoa Castaño otras sindicaciones por los delitos de homicidio y lesiones personales, que se contradijo en su indagatoria, que -contrario a lo sostenido por él- sí tiene armas, entre ellas escopetas, y las cuales "fábrica" en su casa; que propinó amenazas a la víctima, que hacía un tiempo había encontrado un cultivo de marihuana en la finca donde trabajaba la familia Ochoa, y que el día en que fue muerto Leopoldo Buriticá, Ochoa Castaño se encontraba trabajando en un predio cercano.

Realizadas otras diligencias, se cerró investigación, el procesado alegó (fl. 247), y el Juzgado 1o. Superior de Honda la calificó mediante auto de diciembre 19 de 1986 (fls. 256 y ss.), con resolución acusatoria por el delito de homicidio simple. En esencia, se tuvo en cuenta la referida prueba indiciaria.

Notificado de la acusación, el procesado manifestó no tener abogado para nombrar, ante lo cual el Juzgado le designó al doctor Juan Antonio del Portillo

Sarmiento (fl. 274), quien tomó posesión del cargo. El juicio se abrió a prueba, y el defensor de confianza solicitó la libertad de Ochoa Castaño con base en el artículo 439-5 del Código de Procedimiento Penal, la que le fue otorgada por el Juzgado (fl. 297).

2.- En el mismo municipio de Herveo, en horas de la madrugada del 7 de diciembre de 1988, el señor Mario Gallego Aguirre salió de la tienda de Hernando Quintero, siendo objeto de varios disparos que le causaron la muerte, hecho que fue denunciado por su hermano Joel, quien manifestó "sospechar" de Pedro Antonio Castaño Hernández, por una antigua enemistad que existía entre ellos.

Se practicaron abundantes pruebas en la etapa de indagación preliminar, las que informaron la posible autoría material del hecho en cabeza del ya citado Carlos Arturo Ochoa Castaño, que había matado por dinero que le pagó Castaño Hernández, de quien se informó estaba detenido por el delito de Hurto.

Allanada la residencia de Ochoa Castaño, se encontraron allí varias armas y materiales para fabricarlas, ropa de uso privativo de la Fuerza Pública y marihuana (fl. 68).

Escuchado en injurada Ochoa Castaño, se le dictó auto de detención por el delito de homicidio (fls. 78 y ss.-2) con base en que varios testigos lo señalaron como sicario pero a la gente le da temor testificar en su contra, dada su alta peligrosidad. Aquí, en concreto, se aseveró que, según se decía, quien había pagado la muerte de Gallego Aguirre había sido Castaño Hernández. También se constató mediante testimonios, que días antes el último de los nombrados había amenazado a la víctima, y que los dos mencionados además de ser primos, son amigos. Por último, varios testigos coincidieron en afirmar que momentos antes del hecho, Ochoa Castaño se asomó a la tienda donde estaba Gallego Aguirre. En fin, se estimaron los indicios de presencia, parentesco y amistad, personalidad del sindicado y la prueba de que posee armas, cosa por él negada.

Por lo que toca a los elementos hallados en su casa, se expidieron copias con destino a la entonces vigente jurisdicción de orden público.

Indagatoriado Castaño Hernández, se le dictó igualmente auto de detención por la "autoría intelectual" del homicidio. En cuanto a él se estimaron como indicios su probada enemistad con la víctima, su amistad con el autor material y la circunstancia de que el día del hecho se le vio en su compañía (fls. 127 y ss.).

A los sindicados, en su orden, se les designó como apoderados en sus indagatorias a los señores Misael Peñuela Olivera y Henry Aristizábal Salazar (fls. 73 y 116).

Cerrada la investigación, ambos sindicados alegaron (fls. 190 y ss.); por medio de auto de enero 18 de 1989 (fls. 202 y ss.) se profirió resolución acusatoria

por el delito de homicidio agravado (art. 323-7 C. P.), en los términos de participación ya mencionados atrás. "No es extraño -dijo el Juzgado 18 de I. C. de Fresno, refiriéndose a Ochoa Castaño- que este procesado pretenda desconocer ante el Despacho la amistad que lo une a Pedro Castaño, puesto que es precisamente este último quien ha sido señalado por la familia del occiso como la persona que contrató los servicios del primero para que segara la vida de Mario Gallego Aguirre, con quien tenía enemistad desde hacía varios años atrás" (209); y -entre otras consideraciones-, dijo el Juzgado en torno a Castaño Hernández, que había amenazado uno o dos días antes a la víctima, y que la enemistad con ésta se había probado suficientemente en autos." Como vemos -precisó la resolución acusatoria, fl. 210-, Pedro Castaño Hernández tenía motivos que lo llevaron a realizar su acción sino (sic) en forma personal, sí por interpuesta persona, esto es, utilizando los servicios de su primo Carlos Arturo Ochoa, a quien describen los testigos como 'un matón a sueldo'".

Se decretó la acumulación de las dos causas por homicidio (fl. 238), y se precisó que "la defensa del procesado Ochoa Castaño seguirá a cargo del Dr. Juan Antonio del Portilla Sarmiento" (fl. 239), defensor de aquél en el otro proceso. El procesado Castaño Hernández designó como defensor al doctor Hernando Javier Gómez López (fl. 257), quien se posesionó. Luego, de modo oficioso, el Juzgado ordenó la práctica de varias pruebas (fl. 263).

3.- El 4 de julio de 1989, también en jurisdicción de Herveo, le fue hurtada una novilla a José Eugenio Flores Giraldo, conducta similar de que también fueron víctimas Julio César Reyes Valencia -al día siguiente- y Oscar Ancízar, en la madrugada del 4 de septiembre de dicho año (ednos. Nos. 3, 4 y 5), semovientes que fueron hallados por la policía, el mismo cuatro de septiembre en la finca de Pedro Antonio Castaño Hernández, quien, capturado, fue indagado con apoderado de oficio (ciudadano no abogado, fls 13, 22 y 10 vto.).

En los tres casos fue acusado Castaño Hernández por el delito de hurto, procediéndose a designarle defensor de oficio, ante su manifestación de que el Juzgado procediera así. Luego, en todos estos 3 expedientes, nombró como su defensor al ya citado profesional, doctor Gómez López.

4.- Las causas por los delitos de hurto se acumularon a las del homicidio (fl. 250-2), se celebró audiencia, en la que los abogados en mención intervinieron en pro de sus poderdantes (fls. 327 y ss.); se dictó fallo en octubre 26 de 1990, por medio del cual el mencionado Juzgado Superior, en consonancia con las acusaciones, condenó a Ochoa Castaño a 24 años y 2 meses de prisión, y a Castaño Hernández a 20 años y 6 meses, condenando a ambos a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y al pago de los perjuicios (fls. 335 y ss.-2), fallo que apelado, fue confirmado enteramente por el Tribunal mediante el suyo que recurrieron en casación los procesados.

La demanda a nombre de Castaño Hernández se declaró ajustada a las preceptivas de ley, y por no haberse presentado libelo en relación con Ochoa Castaño, se declaró desierta su impugnación (fl. 42 cdno. Corte).

La demanda

Dos cargos dirige la actora al fallo, ambos con fundamentos en el artículo 15-1 -cuerpo 2o.- del Decreto 1861 de 1989 (modificatorio del 226 del C. de P. P.):

1o.- Se violó indirectamente la ley, debido a unos errores de hecho, por falso juicio de identidad al apreciar los indicios. "En este caso -dice la demanda- se manifiesta en una tergiversación que hace el fallador al darle un alcance que no tiene a los testimonios de oídas, la mayoría provenientes de parientes del occiso, recibidos en el proceso para establecer, a través de la inferencia lógica, una argumentación racional, la demostración de los hechos que indican la responsabilidad del acusado, inferencia que sólo condujo a la desviación, a la equivocación de las acusaciones que llevaron a configurar la identificación de los elementos del indicio que estipula el C. P. P." (fl. 30), y precisa: Dicho falso juicio de identidad ha dado origen a la violación indirecta de los artículos 5, 23, 323, 324-7, 349, 351-8 del C.P.; y la previa vulneración de normas de carácter probatorio, artículos 246, 247, 253, 254, 258, 295, 302, 303, 304, del C. P. P.".

Hace la casacionista algunas citas doctrinales sobre el indicio, cotejándolas con algunos apartes del fallo, y anota: "Si bien es cierto que ambas instancias identifican igual tipo de hechos indicadores que subyacen en el mismo sentido en otros tantos indicios (móvil, presencia, mentira, armas, predisposición y capacidad moral), también es cierto que la apreciación de los juzgadores fue más allá de su verdadero sentir hasta hacerle decir que se establecía la certeza de la responsabilidad del acusado; superó las fronteras de la probabilidad sin evidencia procesal y construyó, a partir de una supuesta inferencia lógica con base en la experiencia, un hecho que no es producto del razonamiento lógico, en la medida en que los distintos hechos indicadores reportados están constituidos por idénticos elementos" (fl. 34).

Así, argumenta que del parentesco entre los dos procesados no debía deducirse forzosamente una amistad entre los mismos. "La presencia, la mentira, y la capacidad delictiva -agrega-, se construyen sobre la amistad entre Castaño y Ochoa, ya que todo lo que se argumenta es que al ser parientes son amigos y al ser amigos son socios y al ser socios es evidente que el uno originó la idea y el otro la ejecutó y que no es comprensible, salvo el compromiso frente a la muerte de Gallego, que se aparta de la verdad en cuanto a su relaciones interpersonales con su pariente cercano. La predisposición, la capacidad moral, las manifestaciones y las huellas anteriores y la capacidad delictiva son estructuradas sobre elementos comunes incluyendo la enemistad entre Castaño y Gallego, la amistad entre Ochoa y Castaño, la participación conjunta en acciones delictivas y el comportamiento de

cárcel por hechos similares. La tenencia de armas no se sostiene en argumento probatorio alguno para el caso de Castaño".

Concluye entonces que la "doble naturaleza de las relaciones entre las personas tantas veces mencionadas, nada tiene que ver" con la atribución de autoría del homicidio que se le hace en el fallo.

"Otro tanto sucedió -añade- con respecto a los hechos constitutivos de los delitos de hurto agravado: la inferencia lógica comienza con la identificación de los hechos indicadores a partir de la recuperación de los semovientes en sus predios y de la explicación que dió el implicado, explicación que, sin haber sido desvirtuada, no mereció crédito alguno para el juzgador. Aquí los hechos indicados no aparecen estructurados sobre hechos indicadores. Bastó el hallazgo para orientar la racionalidad del juzgador a decir quién era el autor de los tres hechos (art. 349 y 350-8 C. P.). Aparece de nuevo el falso juicio de identidad que lleva a concluir inexorablemente que Castaño Hernández es el autor, incurriendo además en un juicio de responsabilidad objeto proscrito por el artículo 5o. del C. P. y vulnerando, en ambos casos, la necesidad de la prueba y las condiciones específicas para condenar a una persona, esto es, hallarse probada la certeza del hecho y la certeza de la responsabilidad del acusado" (fl. 36 y 36 v.).

2o.- El segundo cargo lo respalda en un error de hecho por falso juicio de existencia, por haber ignorado el sentenciador "hechos importantes que debilitan los cargos predicados contra el procesado existentes en el proceso" (fl. 36).

Dice que el procesado Castaño Hernández acudió inicialmente a declarar como mero testigo, cosa inadmisible si tuviera que ver con el homicidio de Gallego Aguirre, y lo cual no fue tenido en cuenta, como tampoco el hecho de que, en realidad, Castaño Hernández no es amigo ni "socio" del procesado Ochoa Castaño, sino de un hermano de este último, Otoniel, a quien se omitió oír en autos.

Echa de menos, igualmente, que no obstante haberse hecho referencia a que la víctima del homicidio tenía enemistad con Marco Londoño y con Griselio Galvis, "y a un tipo no identificado señalado por quien declara a folio 29", no se les vinculó como sindicados "ni se les investigó en detalle".

También trae como ignoradas por el Tribunal "las manifestaciones testimoniales de las condiciones de temperamento de Gallego Aguirre, lo cual hace posible la generación de enemigos en el mismo pueblo ..." (fl. 38).

A continuación resalta la "personalidad" del procesado, de quien dice es un campesino trabajador "iletrado", y que aparece como dueño de varios semovientes que fueron hallados en sus predios, junto con la materia de los hurtos. "Como actuó sin malicia -anota la casacionista-, consideró que había sido una buena oportunidad la inversión hecha al comprar las novillas y la vaca, por ello procedió a

imponerles la marca de su propiedad, la cual se halla debidamente registrada en la Alcaldía. El no haber indagado sobre la personalidad del vendedor, a pesar de que lo describe físicamente, le originó esta investigación..."(fl. cit.).

Luego, de nuevo en terrenos del homicidio, anota que "si la familia Gallego Aguirre afirma que es enemigo de su hermano, cómo es posible ignorar la probabilidad de un montaje por parte de ellos para que después de diez meses de sucedidos los hechos se obtuviera la vinculación de Castaño en calidad de autor intelectual" (fl. 39), agregando que antes y después del homicidio de Gallego Aguirre, se presentaron en la misma zona "roja", dice "hechos semejantes en circunstancias de tiempo, modo y lugar. Quién es entonces el responsable ?"; e insiste en que no pasan de ser "rumores" los atinentes a que su representado pagó a Ochoa Castaño la muerte del mencionado ciudadano, y añade: "A folio 15 aparecen los antecedentes del occiso, los cuales, es cierto, son de épocas bien distantes, son conductas que han podido originar la sed de venganza de sus víctimas, sobre todo por la naturaleza de los hechos: estafa e incendio".

Pide, pues, que se case el fallo y se dicte en su reemplazo el absolutorio correspondiente.

Concepto de la Delegada y consideraciones de la Corte

Primer Cargo

1.- El Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal empieza por señalar la dificultad de atacar en casación la prueba indiciaria, "pues ésta de por sí depende de una valoración subjetiva construida sobre bases objetivas, dejando muy poco espacio a los falsos juicios de identidad, que pueden revelar no la existencia de tales yerros, sino la confrontación entre la opinión del demandante y las particulares conclusiones del sentenciador".

Agrega que aquí ello se pone de presente, pues luego de la actora confrontar la valoración del material probatorio que trae el fallo, se queja de que no se observó la inferencia lógica de que trata la ley; para en seguida aducir "que los varios indicios resultaron construidos sobre un mismo hecho indicador, con lo cual ratifica su posición de que lo que estima violadas son las normas que regulan la prueba indiciaria y que por tanto, en el fondo, pretende que se declare un falso juicio de legalidad que no se atrevió a proponer a consideración de la Corte, impregnando así su libelo de inseguridad y antitecnicismo" (fl. 57), y agrega:

"Ahora bien, en su intento la demandante alega falsos juicios de identidad por cuanto se produjo tergiversación de la prueba indirecta por no haberse sopesado el conjunto de circunstancias incriminatorias con las exculpatorias, lo que condujo a basar la sentencia en meras conjeturas y especulaciones. No puede tener éxito su

ataque. Por su propia naturaleza, la prueba de indicios no arroja más que probabilidades que han de ser racionalmente analizadas y confrontadas con los demás medios de convicción que obren en el proceso, incluso las mismas pruebas indirectas sobre los mismos hechos, y cobrarán poder de convicción en la medida en que encuentren ratificación dentro del acervo probatorio o no resulten contradichas por otros medios".

Alude a "las varias opciones" que el indicio brinda al juzgador, y la libertad que éste tiene de seleccionar una u otras, "no pudiéndose, por tanto, predicar un falso juicio de identidad por el solo hecho de haberse preferido una de la varias respuestas al interrogante que plantea el hecho indicador, que no es otro que el determinar cuál de varios hechos es el indicado por el que es base de la inferencia", señalando más adelante que, así, "para que pueda predicarse una distorsión de la prueba, se tendría que tener como única conclusión posible la invocada por el demandante, pues sólo así se entendería la equivocación en torno al contenido mismo de la prueba, que es a lo que se refiere el falso juicio de identidad" (fl. 59).

"Igual sucede -continúa la Delegada- en el caso de la demanda que se estudia. En cada uno de los indicios que sirvieron de fundamento a la declaratoria de responsabilidad penal, resulta racionalmente admisibles tanto las deducciones del sentenciador como algunas de las planteadas por la libelista. Empero, todos los indicios, unidos, llevan a la conclusión de que el acusado Castaño Hernández actuó como determinador del delito de homicidio cometido en la persona de Mario Gallego Aguirre, pues la existencia de un móvil, las relaciones que determinador y autor material tenían, la capacidad moral para delinquir, la presencia de los imputados en la escena del crimen o en sitios relacionados con él, apuntan a demostrar que efectivamente los hechos ocurrieron en la forma como fueron estudiados por el juzgador de segunda instancia, resultando entonces que el ataque contiene más que un falso juicio de identidad, un inadmisible alegato de yerros en la convicción del fallador".

Por esas razones, pide el señor Procurador a la Corte que desechе este primer cargo.

2º. Aparte de lo expresado en el concepto del Ministerio Público, debe señalar la Corte, primero que todo, que cualquiera que sea la clase de error que se atribuya en casación al fallo, el actor ha de demostrar su carácter de *manifiesto*. Si bien es cierto que el nuevo Código de Procedimiento Penal (art. 220-1) no reprodujo esa exigencia, la misma se desprende de la propia naturaleza de la impugnación extraordinaria, que, de soslayarse dicha exigencia, se convertiría el recurso en una instancia más. Sábese que el fallo está cobijado por la doble presunción de legalidad y acierto, protección que sólo puede derrumbarse cuando el demandante en casación logra probar a la Corte que la equivocación del Tribunal fue tal (requisito de "ostensibilidad" del cual se habla aquí) que se impone quebrantarlo, para corregir el agravio y retornar al imperio de la legalidad.

Esto de verdad que tiene que ver en este caso con la afirmación de la Delegada de que se está en presencia de un alegato en el que la casacionista se dedica y circunscribe a oponer sus *deducciones* (no otra cosa define el indicio) a las del sentenciador, sin que por parte alguna pruebe por qué debe la Corte preferir las suyas a las del Tribunal, cosa que convierte ciertamente el libelo en un escrito de instancia.

Para que prosperara el yerro de "identidad" que se propone, tendría que probarse la *ilogicidad manifiesta* en las inferencias realizadas por el sentenciador con miras a construir los diversos indicios que finalmente lo convencieron de que se encontraba probada la responsabilidad de Castaño Hernández como determinador del homicidio de Mario Gallego Aguirre, y como autor de los 3 delitos de hurto. Desde luego que esa demostración -de por sí harto trabajosa, como lo anota la Delegada-, no se encuentra en la demanda.

El fallador, en afirmaciones no contradichas por la actora (pues ésta no combate la fuente del indicio -la prueba en sí- sino su estructuración, es decir la inferencia), dijo en la sentencia:

"Existía el móvil para que Castaño Hernández se propusiera la muerte de Gallego Aguirre: Hace varios años, dicho procesado y su hermano Gustavo hurtaron unos elementos a Gallego Aguirre, quien procedió a denunciarlos, cosa que motivó un atentado contra su vida por parte de esa pareja. Así, se vió obligado a abandonar Herveo y residenciarse temporalmente en Manizales; luego regresó, y de todos modos siguió pensando que Castaño Hernández lo iba a matar, como se lo comunicó a su hermano Griselio el mismo día en que fue ultimado.

"En cierta ocasión los dos hermanos Castaño Hernández, le propusieron que, a cambio de dinero, llevara a Gustavo Galvis Ochoa para un sitio solitario, que a base de mentiras, para ellos poderlo eliminar (fls. 369 y 370-2). Luego, efectivamente, Galvis Ochoa fue objeto de una agresión y resultó lesionado; formuló denuncia contra los hermanos en mención, y en el respectivo proceso declaró Mario Gallego Aguirre, contando la propuesta citada.

"El historial judicial que le aparece al procesado -dice otra parte el fallo- es indicativo de una personalidad dispuesta a obrar mal, luego bien puede pregonarse que tenía la capacidad moral para valerse de su primo Carlos Arturo Ochoa y determinarlo a dar muerte a Mario Gallego Aguirre, como en efecto ocurrió" (fl. 371).

"Mintió Castaño Hernández, al negar que tuviera amistad con su mencionado pariente (autor material del homicidio), y al afirmar que era amigo de la víctima, "no se explica entonces cómo el procesado Castaño Hernández pretende apartarse de la verdad, a no ser, como lo es por su grave compromiso frente a la muerte de Mario Gallego", dijo el fallador.

"Tenía en su poder los tres animales hurtados, y no dió "ninguna explicación convincente" al respecto, pues si bien dijo que los había comprado, no aportó la más mínima prueba sobre ello, ni siquiera el nombre del presunto vendedor. También se tuvo en cuenta que el procesado es una persona ya con experiencia en negocios de ganado, y que "de los predios de los que fueron hurtados los semovientes, a los de Castaño Hernández, las distancias y los caminos posibilitaban el apoderamiento y el traslado de los animales. Tampoco la capacidad de Castaño Hernández era tan boyante como para mantener en su poder las sumas de dinero que supuestamente dice que pagó en la adquisición de las reses. Su cuenta en la Caja Agraria de Herveo, no pasaba para la época de la comisión de los delitos de los cinco mil pesos" (fl. 373).

El indicio de "las armas" no se predicó desde luego de Castaño Hernández, determinador del hecho, sino del ejecutor del mismo, Ochoa Castaño; de ahí que la referencia de la demanda en ese sentido sea impertinente.

De los hechos reseñados, extrajo el fallador la certeza sobre la responsabilidad de Castaño Hernández en los delitos de homicidio y hurto. ¿Irracional, ilógica esa deducción? La demandante sostiene que sí, pero sin respaldo alguno.

El cargo, pues, no prospera.

Segundo Cargo:

1.- Sobre el error de hecho por falso juicio de existencia, dice la Delegada: "El libelo, en últimas, se limita a aseverar que el Tribunal no consideró una serie de circunstancias que favorecían al acusado en tanto que disminuyen o excluyen su responsabilidad en los delitos materia de la sentencia, circunstancias que sin embargo no tienen el alcance que la casacionista pretende darles o bien son artificiosamente construidas para tratar de dar cuerpo a la argumentación que sostiene este cargo". (fl. 60).

Así, de la presentación de Castaño Hernández al Juzgado a declarar, en cumplimiento de una citación que se le hizo en la etapa de indagación preliminar, dice la Delegada que en modo alguno significa que sea inocente del homicidio, "pues utilizando la misma lógica de la censora, se puede llegar a la conclusión -igualmente válida- de que era ésta la estrategia más productiva para los intereses del encartado, pues no rehuyendo la citación podría distraer la atención de los investigadores, quien de esta forma podría descartarlo como presunto autor de la muerte investigada".

Que dicho procesado, tuviera un trato más frecuente con Otoniel Ochoa que con el hermano de éste (el coprocesado Carlos Arturo Ochoa Castaño), "no es demostrativo tampoco de la inocencia de aquél ni resquebraja en manera alguna las consideraciones del Tribunal en cuanto a la responsabilidad penal del senten-

ciado", como tampoco el hecho de que el occiso tuviera otros enemigos diferentes de Castaño Hernández.

"Alega la libelista -dice el Procurador Delegado- como otra circunstancia que obra a favor de su defendido, el hecho de que en la misma compresión municipal de Herveo se presentaron hechos similares a los investigados, antes y después de la sindicación que por éstos se elevó contra Castaño Hernández, proposición ésta que pretende llevar al absurdo las conclusiones del Juzgado, pues nunca él dijo que el autor de todos los acontecimientos similares hubiese sido el acusado, o que solamente éste habría podido actuar en la forma como lo hizo, o que sea él el responsable de todos los actos delictivos cometidos en el municipio. Sobra cualquier otro comentario" (fl. 61).

El "contraindicio" de no haberse hecho documento sobre la negociación de las reses hurtadas, que afirma el procesado, "tampoco tiene fundamento serio, pues que se encuentra ampliamente rebatido con las circunstancias de que el incriminado jamás reveló ni la identidad ni datos ciertos que permitieran individualizar a su presunto vendedor, así como el relato que hizo de los hechos relativos a las negociaciones de los semovientes y al haberse encontrado éstos dentro de los predios de su propiedad".

Este cargo, en sentir de la Delegada, tampoco puede salir avante.

2.- El error de hecho por falso juicio de existencia que propone la actora, se daría aquí, si el fallador hubiera supuesto o ignorado pruebas obrantes en el expediente, siempre y cuando esa omisión o suposición tuvieran por efecto convertir la condena en absolución: muy lejos está la demanda de cumplir con esos presupuestos, y a que la nimiedad de la prueba que afirma no se tuvo en cuenta deviene en verdad inane frente a la parte conclusiva del fallo que se ataca, como bien lo apreció la Delegada.

Y el error en este caso es aún más grave, pues buena parte de los reparos que lo integran se salen incluso de la causal seleccionada, para desplazarse hacia la nulidad. En efecto: la casacionista dice que se ha debido vincular como sindicados al proceso a dos personas que se mencionaron como "enemigos" de la víctima Gallego Aguirre, pero que no se hizo nada al respecto. También se queja de que no haya sido escuchado Otoniel Ochoa Castaño: ambos reproches tienen que ver con la no práctica de pruebas (causal de nulidad, si las mismas poseen la virtud de poner seriamente en entredicho la responsabilidad del procesado, para el caso aquí contemplado), y no con la ignorancia sobre las mismas, que fue el cargo planteado.

En lo restante, se limita de nuevo la censora a controvertir la credibilidad que el fallador otorgó al haz probatorio, el que estimó suficiente para sustentar la sentencia de condena, y en su confrontación para nada incide (al menos de suyo) la "buena personalidad" del procesado (entre otras cosas desvirtuada en autos) ni

su "buena fe" o "falta de malicia" al "comprar" los animales hurtados. También resulta obvio que el hecho de figurar en contra de la víctima una sindicación (considerablemente antigua, por lo demás), por estafa e incendio, no debilita ni muchos menos aniquila su compromiso penal en los términos del fallo recurrido.

Salta a la vista, así, que este cargo no puede prosperar.

3. LA NULIDAD PEDIDA POR LA DELEGADA

1.- En concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, debe casarse parcialmente la sentencia, ya que en los siguientes procesos aparece violado el derecho de defensa de los procesados:

a) En el que corresponde al delito de hurto de una novilla de propiedad de Eugenio Flórez Giraldo, "el incriminado Castaño Hernández no contó con defensa adecuada durante la fase de la investigación, como quiera que nunca fue asistido por un profesional del derecho y quien le prestó tal servicio durante la diligencia de indagatoria, solamente estaba facultado extraordinariamente para hacerlo en dicha actuación, no durante el curso posterior del proceso" (fl. 62).

"Si bien el acusado alegó en su propio nombre antes del calificatorio -dice-, y el funcionario judicial adelantó la investigación sin que pueda afirmarse de su análisis objetivo que perdió su imparcialidad, se privó al procesado de los medios técnicos de defensa, contrariándose de esta forma el postulado constitucional que le garantiza el derecho de defensa".

b) "Idéntica situación" dice que se presentó con respecto al hurto en contra del patrimonio de Luis Antonio Vélez Ramírez, proceso en el cual "sin justificación alguna al mismo procesado Castaño Hernández debió enfrentar la fase investigativa sin ser asistido, como era su derecho, por un defensor que lo representara judicialmente y de lo cual da cuenta, nítidamente el expediente respectivo".

c) Igual violación predica la Delegada en el proceso contra Ochoa Castaño por el homicidio en Leopoldo Buriticá Ochoa.

Pide que en esos tres asuntos se declare la nulidad a partir del auto que clausuró la investigación, recalcando que la mencionada garantía constitucional "exige ser observada durante TODA la actuación procesal, no sólo en una parte de ella, y de manera plena para que no se vaya a privar al acusado de sus oportunidades de defensa materializadas tanto en la ocasión de discutir los contenidos probatorios, como en la presentación de los medios de convicción, la posibilidad de impugnar las decisiones que se tomen durante la actuación, el análisis de los diversos elementos y raciocinios que se produzcan en el proceso, etc." (mayúsculas del original).

2.- Para la Corte es muy claro que en ninguno de los casos apuntados por la Delegada se violó el derecho de defensa. Dígase de entrada que esa garantía ha de ser examinada a la luz del ordenamiento procesal bajo el cual se rituó la actuación, en acatamiento al mandato constitucional imperante entonces que, como es sabido al consagrar el debido proceso, no señalaba en que consistía éste, dejando tal cometido a la ley procesal.

Esa ley de procedimiento -tanto el Código de 1971 como el de 1987- consagró evidentemente el derecho de defensa en toda la actuación procesal; pero en consideración a que dicha defensa puede ser real o material y técnica o a través de abogado, el ordenamiento si bien sentó como regla la representación del procesado por su defensor 'en todos los actos del proceso' (art. 137 C. P. P.), tuvo el cuidado allí mismo de expresar en forma inequívoca que el derecho a la asistencia profesional en forma insoslayable era respecto de "las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley" y señaló como tales: la versión del imputado ante la policía judicial (art. 334.7) o ante el juez (art. 344), la apertura de correspondencia (art. 373), el emplazamiento para la vinculación (art. 378) y la propia indagatoria (art. 380), considerando la diligencia que la omita 'ipso iure' inexistente (arts. 165 y 310) o sancionando la actuación con la nulidad por afectación al derecho de defensa (arts. 305 y 307); todo lo cual después de haber habilitado al propio procesado (art. 126) y a las personas honorables aún sin ser abogados (art. 139) para el ejercicio de la defensa material.

Por el contrario, en la etapa del juicio -iniciada con la ejecutoria de la resolución acusatoria- toda actuación o diligencia debía realizarse inexorablemente con la presencia del defensor profesional, pues se trataba de la etapa donde concreta y públicamente se formalizaba la imputación para que la defensa técnica pudiera ejercer su facultad de controvertir la prueba existente o la de aducir nuevas y conducentes pruebas, todo dentro del estricto marco de la igualdad dialéctica en procura del pleno ejercicio del derecho de defensa. Esta la razón por la cual la jurisprudencia venía sosteniendo - y ha de seguir sosteniéndolo, respecto de los casos investigados en vigencia de este ordenamiento- que aun cuando el derecho de defensa opera respecto a la fase del procedimiento que se esté adelantando no quiere significar esto que cualquiera irregularidad pueda reputarse como violación al mismo. Dijo la Corte: "Durante la investigación de los hechos -sumario- el debate probatorio no se ha abierto a pesar de que se conservan los principios de publicidad y contradicción de la prueba; éstas condiciones de los medios probatorios, si bien son importantes, pueden ser ejercidas por el procesado directamente y aún por el apoderado que no es abogado titulado; solamente en la etapa del juicio el debate probatorio nace en toda su intensidad, y de ahí que durante esta fase sí sea indispensable -so pena de constituir causal de nulidad-, la asistencia de letrado para el enjuiciado; es en este evento cuando debe enfrentarse a la acusación estatal, y es aquí donde procede la infirmación real de las pruebas recogidas durante el sumario" (M. P. Dr. Edgar Saavedra Rojas, sent. oct. 29/86 G.J. No. CLXXXV, No. 2424 Pág. 448).

Ahora bien, ya en vigencia de la Constitución de 1991 que exige como materialización del derecho de defensa la asistencia de un abogado "durante la investigación y el juzgamiento", obliga esa formalidad respecto de toda diligencia procesal cumplida bajo su imperio. Empero aquellos aquellos procesos adelantados bajo la Constitución de 1886 y leyes procesales que la desarrollaron, tienen pleno valor, pues era el debido proceso imperante y dentro del cual debía desarrollarse la actuación sin que existan motivos, como afectación de derechos humanos o de garantías esenciales, que impongan su corrección. El actual artículo 29 de la Carta Política lo reafirma al sostener como derecho fundamental el juzgamiento "conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el Juez o Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Siendo el rito procesal una actividad de formalidades solemnes, resulta apenas obvio que el Estatuto Fundamental consolide lo actuado bajo el rigor de dichas reglas como necesaria manifestación de seguridad en la administración de justicia. Funesto y caótico para ésta resultaría el tener que anular los procesos que fueron instruidos por los Jueces dentro del marco procesal preestablecido y con sujeción al alcance interpretativo que del mismo había señalado la jurisprudencia de la Corte.

La irregularidad en la etapa sumarial señalada y dada en vigencia de la legislación y jurisprudencia anteriores corresponde entonces ser evaluada en cada caso concreto, a fin de establecer si la falta de asistencia profesional dejó al procesado desprotegido, al punto de que no se practicaron todas las pruebas pertinentes, ni se impugnaron decisiones desfavorables, ni se presentaron las peticiones y alegatos del caso. Para este examen, invariablemente se deberá calibrar la importancia de las pruebas dejadas de practicar (o de las deficientemente practicadas) y la naturaleza y sentido de las decisiones no impugnadas. Desde hace mucho tiempo -se repite- la jurisprudencia tiene dicho que no todo defecto, vicio o irregularidad comporta nulidad. Estas cosas (de mucha trascendencia, porque la declaratoria de nulidad también e innegablemente causa perjuicios de diferente índole) no deben ser examinadas de modo general y abstracto, sino en cada caso concreto para determinar si hubo o no real defensa.

Y tan no estuvo huérfano de ella el procesado aquí -recuérdese que en la etapa del juicio estuvo plenamente asistido de defensa técnica, y en el sumario, la defensa material fue oportuna- que el casacionista no cuestionó siquiera ese aspecto en la demanda ni el señor Procurador, no obstante su acuciosidad, logró demostrar qué tanto hubiese podido hacer un abogado en esa etapa sumarial para obtener la absolución del imputado o si se dejó de practicar prueba alguna conducente que mejorara su defensa.

Si se aceptara que el carecer el procesado de abogado en la etapa sumarial, fatalmente constituye motivo de nulidad, también lo sería el tener durante ese tramo procesal un defensor, si éste permanece inactivo. Se podría acudir a esta táctica de "no hacer nada" para conseguir semejante efecto, lo cual resulta impensable.

Paradójicamente, con los razonamientos atinados que hizo la Delegada al conceptuar sobre los cargos de la demanda, precisamente está demostrando que existe prueba suficiente y legalmente practicada para condenar a Castaño Hernández por todos los delitos objeto de la acusación. Es él mismo quien sostiene que 'el sindicado alegó en su propio nombre antes del calificatorio, y el funcionario judicial adelantó la investigación sin que se pueda afirmar de su análisis objetivo que perdió su imparcialidad' (fl. 62 c. Corte). Tocante a los delitos de Hurto, no se olvide que se dio una situación de entera flagrancia, no obstante lo cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Herveo practicó numerosas pruebas, sin que se vea cuál se echa de menos. El sindicado dijo en la indagatoria que compró las reses hurtadas a "un forastero", de quien no dio dato alguno, y el Juzgado hizo comparecer a la esposa de Castaño Hernández, quien trató de avalar el dicho de éste, repitiendo que compró los animales "a un sujeto desconocido". Por supuesto, el Juzgado, en ninguno de los tres procesos creyó esa negociación. También se recibieron las declaraciones sobre la conducta del sindicado, y las de todos los policiales que conocieron del hecho. En verdad, la Corte no ve qué hubiera podido hacer un abogado en favor de Castaño Hernández frente a estas tres imputaciones de hurto, como para suponer que, quizás, su actividad habría conseguido un fallo absolutorio por esos comportamientos: ello es lo que debía demostrar la Delegada como sustento de la anulación que solicita, más no lo hace. El hecho de no impugnar las decisiones ni tampoco alegar precalificatoriamente, por sí mismo, nada dice frente a una hipotética violación del derecho de defensa. De todos modos, ya en el juicio en los procesos de hurto, el acusado Castaño Hernández designó como su defensor al mismo abogado que lo venía asistiendo en el proceso por homicidio, quien lo defendió de todos los cargos en la audiencia.

Por lo que toca a Carlos Arturo Ochoa Castaño, en el proceso que se adelantó por el homicidio en Leopoldo Buriticá Ochoa, hay que decir que dicho procesado compareció al Juzgado a declarar como testigo a los 6 días de ocurrido el hecho (fl. 31 v. y ss.1); luego ante la prueba recaudada, se dispuso su captura para efectos de indagatoria, fue capturado y se practicó dicha diligencia (fl. 175 y ss. 1) designándose por el Juzgado de Herveo al señor Flaminio Durán Torres como apoderado y decretándose luego su detención preventiva, la cual recurrió él mismo en apelación (fl. 209), que no fue concedida por carencia de sustentación, la que bien pudo haber hecho el propio procesado quien no estaba obligado a utilizar tecnicismo alguno al respecto, como lo hizo cuando alegó en la etapa precalificatoria.

En el escrito de folio 211 el procesado solicitó que se le careara con los testigos Arcesio Londoño y Adolfo León Gutiérrez Quintero, a lo cual respondió el Juzgado oportunamente: "De conformidad con la petición presentada por el detenido Carlos Arturo Ochoa Castaño, y como quiera que en puridad de verdad, de las exposiciones rendidas por Arcesio Londoño Villa y Adolfo León Gutiérrez Quintero, resultan serias contradicciones, se dispone practicar un careo entre éstos...." (fls. 213), diligencia que se realizó rápidamente (fls. 217 y ss.): Londoño declaró que en cierta

ocasión Gutiérrez le comentó que Ochoa Castaño había sido el autor de la muerte a Leopoldo Buriticá. Gutiérrez negó, diciendo que únicamente le advirtió que "estaban atracando" y que se cuidara, pero sin mencionar a Ochoa Castaño, de quien dice "No me ha dicho absolutamente nada". El careo, pues, debía practicarse entre ellos como ocurrió y no con Ochoa Castaño. De suerte que este aspecto no es dable de censura.

Luego el acusado pide que se cite a Proceso Buriticá (propietario de la finca donde fue muerto Leopoldo Buriticá), para un careo con él (fl. 220), respondiendo el Juzgado mediante auto proferido al tercer día, que se niega esa prueba "por considerarla improcedente, toda vez que el Señor Proceso Buriticá no hace cargos directos en su contra" (fl. 220 vto.). En verdad, es cierta la afirmación del Juzgado (fls. 17 y 45 y ss.), y la diligencia estuvo bien negada.

Una vez se cerró la investigación, Ochoa Castaño alegó, en términos que no son los de persona enteramente ajena al derecho, pues se habla de la gravedad del indicio, se controvierten las consideraciones del auto de detención, como citas de disposiciones legales, solicitándose finalmente un sobreseimiento definitivo (fls. 247 y ss.).

Una vez proferida la calificación con resolución acusatoria, el Juzgado le nombró defensor a un profesional del derecho (fl. 274); Ochoa Castaño pidió practicar algunas pruebas que le fueron negadas, decretándose oficiosamente otras. Con posterioridad el procesado nombró defensor al mismo abogado designado de oficio (fl. 286), quien actuó en forma tan acuciosa que consiguió del despacho la libertad provisional, y finalmente lo defendió técnica y materialmente en la audiencia por los dos cargos de homicidio formulados en su contra.

No se ve pues, aquí tampoco que el no haber tenido apoderado en la etapa de instrucción, haya originado el desconocimiento de su derecho a defenderse. La Sala observa que en éste, como en el resto de expedientes que luego se acumularon al entrar al período del juicio, fue diligente la actividad de los juzgadores, practicándose las pruebas de cargo y de excusa, no habiendo entonces razón para decretar la nulidad impetrada.

El fallo, así, no se casará en parte alguna.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

En firme, regrese el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel
Salvo parcialmente el voto

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 M.

Rafael E. Cortés Garnica
Secretario

DERECHO DE DEFENSA (SALVAMENTO DE VOTO)

Radicación No. 6427

Delito: Homicidio - Hurto

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto expongo las razones que me llevaron a apartarme del criterio mayoritario en la providencia que resolvió el recurso extraordinario de casación sustentado por la defensora de Pedro Antonio Castaño Hernández.

1o.- Creo que el derecho a la defensa es una garantía que se debe observar con igual celo durante la instrucción y en la etapa del juicio sin que sea argumento válido pretender que su desconocimiento en la primera parte de la actuación se subsana en la causa.

No hago en este aspecto distinción entre la Constitución anterior y la nueva, porque creo que el derecho a estar asistido por un abogado es de la esencia del derecho a la defensa, y no sufrió ningún cambio, simplemente el legislador de la actual carta resolvió decirlo expresamente para evitar interpretaciones restringidas.

2o.- No comparto la cómoda posición de que la falta de defensor no genere nulidad sino se dejaron de practicar pruebas importantes o no se interpusieron recursos etc, pues por ese camino fácilmente se llegaría a aceptar como válidos procesos en los que nunca hubo intervención de un abogado. La asesoría de un profesional es indispensable independientemente de lo que por estrategia defensiva haga o deje de hacer.

3o.- La interpretación que en la providencia se da al artículo 137 del anterior Código de Procedimiento Penal me parece equivocada, pues el hecho de que allí se consagre para el defensor "el derecho de asistir al procesado en las diligencias en que la presencia de este sea prescrita por la ley" no puede inferirse que para lo demás no se necesita, ya que la norma claramente dice que "lo representará en todos los demás actos del proceso".

Basta tener en cuenta que en las diligencias en las cuales se recaudan pruebas normalmente no se requiere la presencia del procesado, pero nadie duda de la importancia que tiene la intervención de un defensor. Una cosa es un sumario manejado a su antojo por un funcionario, y otra muy diferente cuando en él interviene un profesional del derecho, así asuma una actitud pasiva.

Dejo así expuesto mi pensamiento sobre el tema.

Ricardo Calvete Rangel
Magistrado

Fecha Ut supra.

DEFENSOR (SALVAMENTO DE VOTO)

Negada la defensa técnica en el desarrollo de aquella y recaudado el acervo probatorio suficiente para fundamentar una decisión de condena, la designación de un defensor en la etapa del juicio, es tardía y prácticamente inútil, por cuanto para ese momento ya se ha estructurado y condicionado el proceso para una condena sin que la labor del abogado pudiera hacerla cambiar, habida cuenta de la densidad de la prueba recaudada a espaldas del procesado y en ausencia total de quien garantice efectivamente el derecho constitucional de la defensa.

Radicación No. 6427

Delito: Homicidio - Hurto

SALVAMENTO DE VOTO

Ante una petición de nulidad por violación al derecho de defensa, formulada por quien debe representar los intereses de la colectividad, la Sala mayoritaria comienza argumentando que todo lo relacionado con la solicitud debe resolverse "a la luz del ordenamiento procesal bajo el cual se rituó la actuación, en acatamiento al mandato constitucional imperante entonces..."; y como tuve la oportunidad de discrepar del entendimiento que dio la Sala mayoritaria al derecho constitucional de la defensa tal como estaba concebido en vigencia de la Constitución de 1886, debo reiterar los planteamientos formulados en mis salvamentos de voto, en los cuales disentí frontalmente de tal interpretación.

En vigencia de la Constitución de 1886, en contra del pensamiento de mayoría, dije:

"El artículo 1o. del Código de Procedimiento Penal, adaptación a los asuntos penales de la norma 26, inciso 1o. de la Constitución Nacional, acoge como

principio rector de la actuación procesal penal el debido proceso, así, *'Nadie podrá ser procesado* sino conforme a las leyes preexistente al hecho punible que se impute, ante juez competente previamente establecido y *observando la plenitud de las formas propias de cada procesado'* (subraya fuera de texto). De esta disposición constitucional y legal, emana la ineludible obligación que tienen los funcionarios jurisdiccionales de velar por una adecuada defensa de quienes se encuentren sometidos a proceso, deber que no puede quedar satisfecho en el simple plano de las formalidades, sino que es exigente en cuanto supone una actividad tendiente a proporcionar a los vinculados a la actuación todos los medios posibles de defensa, tal como lo señala la ley misma.

"Son además, múltiples las manifestaciones que a través del proceso penal tiene el derecho a la defensa y por ello numerosas son también las exigencias que señala el ordenamiento ritual para su adecuada protección. Una de las más importantes indudablemente lo es la necesaria intervención durante las diversas fases del proceso de un representante judicial para el vinculado, experto en asuntos de derecho y que pueda válidamente desarrollar las muchas actividades que requiere el trámite de un asunto, la práctica de pruebas, la solicitud de las mismas, los mecanismos de impugnación que puedan ser utilizados, la interpretación de las normas, etc.

"Por ello la ley establece, recogiendo no solamente los preceptos constitucionales sino también consagraciones supranacionales incorporadas al derecho interno, que todo procesado debe estar asistido durante todo el proceso por un profesional del derecho que vele por sus intereses. Esta exigencia, a la luz de los principios democráticos que orientan el derecho procesal moderno, se torna más imperativa, cuando quien es sometido a la acción jurisdiccional es -como en el caso presente- una persona con escasos recursos económicos, deficiente instrucción y ningún conocimiento del derecho.

"Así, el artículo 129 del Código de Procedimiento Penal establece que 'para actuar como defensor en el proceso penal se requiere ser abogado inscrito', y las normas 131 y 132 disponen la existencia de la defensoría pública y la defensoría de oficio, como sustitutos eficaces a los cuales puede acudir el funcionario jurisdiccional ante la carencia de un apoderado designado por el procesado. La regla básica de la actuación penal, es la de que nunca podrá adelantarse el proceso sin la debida asistencia profesional de forma tal que, ante la ausencia de designación de apoderado por parte del acusado, es al Estado a quien corresponde asumir la carga que demande su defensa, o a los participantes que estén obligados a prestar este servicio público por expresa designación del funcionario.

"En todo caso, corresponde al juez como una de sus principalísimas obligaciones, velar porque el sometido a juicio cuente con su representante legal. Cualquiera omisión en este aspecto, aún cuando no siempre entraña el carácter de nulidad, sí se convierte en vicio necesario de erradicar en la práctica judicial".

Y más adelante se continuó:

"Es cierto que de manera bastante frecuente la Sala de Casación Penal ha sostenido, como ahora se afirma en la ponencia de mayoría que la '...defensa técnica es esencial e indispensable en la segunda fase del proceso -en el juicio- donde la iniciativa se le asigna al acusado, quien debe desarrollar una actividad encaminada a defenderse en el término probatorio y en el debate de la audiencia pública, de los cargos que se le han formulado en la resolución de acusación': pero debe destacarse que esta jurisprudencia no ha sido uniforme, ni reiterada, porque existen decisiones de esta Corporación en las cuales con un sentido mucho más acorde con la disposición constitucional, se ha afirmado la existencia de un derecho de defensa integral, esto es durante todo el proceso. En este sentido la Corte ha sostenido diversos pronunciamientos, y bastará citar algunos de ellos, donde debe destacarse que están todos firmados por uno de los Magistrados que suscribe ahora la decisión mayoritaria, al haberse derrotado la ponencia original en la que el suscrito reconocía la existencia de una nulidad por violación del derecho de defensa durante la etapa investigativa.

"La primera es del catorce de octubre de 1976, con ponencia del Doctor Salgado Vásquez que en la parte pertinente afirma:

'El cuadro completo de la manera como se ha adelantado el sumario y el juicio contra Mercedes Quiñones Baquero, demuestra plenamente que el derecho de defensa de la procesada ha sido conculcado de modo reiterativo; y como la defensa es una forma esencial de los procesos, hay que concluir que se está en presencia de nulidad del proceso, por desconocimiento de tan importante garantía constitucional.

'La tesis de la Procuraduría de que dicha garantía únicamente tiene operancia para el juicio, porque el sumario es mera recolección de pruebas, no la *Comparte* la Corte porque el juzgamiento depende en un todo de los medios probatorios que se hayan recaudado, o que no figuren en autos. El Código de Procedimiento Penal abunda en ordenaciones para asegurar que las pruebas sean producidas en forma legal, lo mismo que para darle oportunidad al procesado y a su asesor jurídico no sólo para solicitar las que consideren que le sean beneficiosas, sino para concurrir a la producción de todos los medios probatorios que se practiquen.

'El artículo 215 del Estatuto Procesal pone de relieve que, para poder dictarse sentencia condenatoria, es indispensable que las pruebas se hayan producido legalmente, esto es, según los ritos establecidos por la ley.

'Las pruebas producidas a espaldas del acusado tienen el carácter de secretas, no controvertidas. Tal vez en un sistema inquisitorial sería de recibo la prueba secreta, pero no dentro del sistema jurídico colombiano, cuyo artículo 26 de la Carta eleva a garantía el debido proceso, que incluye la producción legal de las pruebas como forma primordial de toda suerte de proceso.'

"La segunda del tres de febrero de mil novecientos ochenta y uno, con ponencia del Doctor Fabio Calderón Botero, en la que se sostiene:

'La Corte siempre ha considerado que es en la etapa del juicio, frente a cargos concretos, en donde se ejerce a plenitud el derecho de defensa y, por consiguiente, donde puede ser más fácilmente vulnerado. Sin embargo, no hay duda que en el sumario se precisa de ese derecho y con la misma profundidad y urgencia que en la causa, porque es allí donde empieza a acreditarse que la inocencia no es mera presunción sino una realidad indiscutible, o bien a probarse que se ha incurrido en una responsabilidad penal, pero en la medida de lo justo.

'Tener la oportunidad plena y permanente de demostrar que se es inocente, o responsable en cierto y determinado grado, es lo que define y justifica el derecho de defensa.

'Se conculca, esa garantía primordial, como una forma propia del juicio, con impedir u obstaculizar, por cualquier medio, su normal ejercicio. También se quebranta cuando de manera absoluta falta la defensa formal o técnica, porque el apoderado o el defensor, por manifiesta incapacidad o por inercia, se limita a ser un pasivo protagonista del trámite procesal o un simple espectador de la suerte del procesado' (Subrayó la Sala).

"La tercera con fecha quince de marzo de mil novecientos setenta y nueve, con ponencia del Doctor Jesús Bernal Pinzón, cuando afirma:

'El derecho de defensa, que se halla desarrollado y reglamentado en diversas normas de la ley procesal, encuentra su apoyo constitucional en lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta allí donde expresamente se ordena que el juzgamiento de los ciudadanos deberá cumplirse conforme a las leyes preexistentes al hecho que se imputa -principio de legalidad o de reserva-, ante Tribunal competente -principio del juez natural-, y fundamentalmente, 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio' principio del debido proceso.

'«El concepto de la defensa -escribe Carneluti- es opuesto y complementario del de la acusación; ya se ha dicho que la formación del juicio penal sigue el orden de la tríada lógica: tesis, antítesis, síntesis; si el juicio es síntesis de acusación y defensa, no se puede dar acusación sin defensa, la cual es un contrario y por tanto un igual de la acusación. Se reclama nuevamente la atención sobre la igualdad propia de los opuestos o contrarios; esta verdad, que quizá no ha sido puesta en luz por la lógica, precisamente a propósito de las relaciones entre acusación y defensa, constituye uno de los principios de la mecánica penal... La defensa es también, entonces, en primer lugar una búsqueda de pruebas, como la acusación; pero puesto que la búsqueda es inescindible de la valoración, se resuelve también en un juicio, como la acusación el fin de persuadir antes que de decidir y por tanto en una propuesta de decisión ...Si la acusación es por consiguiente el desarrollo razonado

de la pretensión penal, la defensa es la razonada contestación; aquí aflora el concepto de la contestación, elaborado también, como el opuesto al concepto de la pretensión, por la teoría general del proceso: contestación de la pretensión es la exigencia de la no punición del imputado; como la exigencia de su punición la acusación da las razones, así las ofrece la defensa para la exigencia opuesta». (F. Carnelutti, Lezioni sul processo penale, vol. I, página 162).

'Entonces, es sobre la base del respeto al principio del contradictorio que ilumina todo el proceso penal, y a la necesidad de colocar a los sujetos procesales y a las partes en una posición de paridad dialéctica, lo que explica la presencia de los defensores o apoderados en el proceso penal, hasta el punto de que como dijera un eminente procesalista 'si el abogado no existiera, sería necesario inventarlo'. El imputado que no sabe el derecho y aún en el caso de que lo sepa, por su misma condición de imputado o sindicado, frente al ansia de su propia suerte, tiene necesidad de estar asistido por alguien que lo sepa, o que se encuentre en condiciones psicológicas de poder hacer valer sus derechos y demostrar su inocencia, porque la misma dialéctica del proceso exige un duelo de armas iguales y no son iguales las armas de un acusador jurisperito y las de un acusado ayuno de derecho.

'De consiguiente, cuando la Carta Constitucional se refiere a que el juzgamiento se realice con la plena observancia de las formas propias del juicio de que se trate, entre esas fundamentales y esenciales formas está el derecho de defensa que no puede ser menoscabado, limitado, cercenado o desconocido, so pena de que se incurra en nulidad absoluta de rango constitucional como en tantas oportunidades lo ha sostenido esta Sala.

'Así lo entienden los doctrinantes extranjeros; entre otros, Sabatini, quien se pregunta: «Como funciona el derecho de defensa, con respecto a la relación jurídico procesal? Esto es importante para establecer cual efecto frente a la relación procesal produce la falta del ejercicio del derecho de defensa, su no ejercicio dependiente de la imposibilidad del ejercicio mismo. No es ciertamente un presupuesto procesal el ejercicio de la defensa. El derecho de defensa opera en referencia a la eficiencia de la relación procesal, aquella que es la posibilidad de ejercicio del contenido de la relación, es decir, la posibilidad de ejercicio de los poderes, de las cargas, de los derechos, de las facultades, por consiguiente se vincula a su eficacia. Es entonces el ejercicio del derecho de defensa una condición para la regularidad de la relación jurídico procesal; podemos agregar también que es una condición de validez de la relación jurídico procesal. Siendo una condición y no un presupuesto, su falta evidentemente no puede conducir a la inexistencia, que como vosotros sabéis depende de la falta de un presupuesto procesal, sino que conduce, en cambio, a la restaurada categoría de las nulidades absolutas que pueden hacerse valer en cualquier estado o grado del procedimiento" (G. Sabatini, Il diritto di difesa del procedimiento penale, en Conferenze, Tomo I, página 883).

'Siendo entonces, como lo afirma el autor últimamente citado que, el ejercicio del derecho de defensa es una condición para la regularidad de la relación jurídico procesal, ella se vincula, como ya se anotó, necesariamente a las formas propias de cada juicio que es a las que se refiere el artículo 26 del Estatuto Superior, y cuyo desconocimiento engendra nulidad absoluta.

'Independientemente de los problemas que se plantean en la doctrina respecto a la posición jurídica del defensor dentro del proceso penal, cuestión que no se debate ahora, es incuestionable que el derecho de defensa tiene diversas manifestaciones, si se atiende especialemente a la fase o grado del proceso en donde tal derecho debe ejercitarse. De esa forma, se afirma que la defensa puede realizarse mediante la intervención directa del procesado, tal como incurre en la diligencia de indagatoria, o mediante la asistencia, también en los casos en que la ley ordena la presencia del procesado y la de su apoderado; y, finalmente mediante la representación que es la situación en la que no exigiéndose la presencia física del procesado, la defensa se ejerce por representación. De esa forma, la doctrina hace una diferencia esencial entre la llamada defensa material, es decir, la defensa actuada por el mismo imputado, que se desarrolla en todas las diligencias en las cuales, como se anotó, es esencial su presencia, como sucede en la de indagatoria, en el careo, en la reconstrucción de los hechos, en el reconocimiento en fila de personas, etc.; y la llamada defensa técnica que es la actuada directamente por el defensor a través de la representación.

'Ahora bien, en qué momento del procesado está autorizada la presencia del defensor del imputado? El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal dispone que desde el momento mismo de la captura, se hará saber al capturado el derecho que tiene de designar un apoderado -el llamado apoderado de confianza- y para el caso de que éste no lo designe, el Instructor le nombrará uno de oficio -apoderado de oficio.- La defensa se ejerce, entonces, desde ese momento inicial y se expande por todo el proceso penal, nace con él y se extingue solamente con la extinción del mismo proceso. Es decir, que en la normación jurídica colombiana, no existe un momento en el que el procesado pueda ser impedido o inhabilitado para ejercer el derecho de defensa, que como se anotó, y la ley considera tan importante el ejercicio del derecho de defensa, de cualquier naturaleza que él sea, que respecto a la que se ejerce mediante la representación del procesado, hace obligatoria su aceptación por parte del apoderado designado por el funcionario, tal como se lee en la norma contenida en el artículo 117 del Código Procesal Penal.

'De todo lo dicho, se desprende en forma inequívoca, que dentro del proceso penal la ley reconoce al procesado un derecho inviolable relativo al ejercicio de su defensa que puede ejercer ya en forma personal y directa o a través de un apoderado o defensor, caso en el cual la ley también prevé dos hipótesis así: ante todo, y fundamentalmente, le otorga el derecho a que el propio sindicado designe el defensor que a bien tenga -apoderado de confianza- o, para el caso de que no quiera o no pueda hacer esa designación por su propia voluntad y decisión, entonces se

le designará un defensor o apoderado, por parte del Instructor o Juez -apoderado de oficio-. El procesado es entonces titular del fundamental derecho o facultad de elegir su propio apoderado o defensor, hasta el punto de que puede desplazar, en el momento que lo desee, al que le haya sido designado por el instructor o por el Juez del conocimiento. Y es tan celosa la ley respecto a la decisión del imputado en dicha escogencia que solamente con su autorización puede darse la sustitución (artículo 121, Código de Procedimiento Penal). Todo esto se predica, como es obvio, del proceso penal en general, sin embargo de lo cual podría pensarse que esta normación no tiene vigencia y actuación dentro del trámite del recurso extraordinario de casación, ya que se podría afirmar que el proceso penal, para los efectos del ejercicio del derecho de defensa, termina con la producción del fallo de segunda instancia, y que el recurso extraordinario de casación, que no queda incluido o no se lo considera como etapa del proceso, para tales efectos se regiría por normas especiales.

'Esta tesis, como es sabido, la sostuvo la Corte hasta el veintisiete de febrero de 1970 cuando por providencia de que fue ponente el señor Magistrado Velasco Guerrero, la modificó para afirmar, que también el defensor de oficio podría, no solamente interponer el recurso extraordinario de casación sino también sustentarlo mediante la correspondiente demanda. En dicha sentencia dijo la Corte:

'«El proceso ciertamente es el conjunto de actividades que el Juez y las partes realizan para convertir la pretensión punitiva del Estado en un derecho subjetivo concreto que se origina en la violación penal y culmina en la declaración de certeza jurisdiccional inamovible, contra la cual no cabe interponer recurso alguno, cuando adquiere el imperativo de la cosa Juzgada. El proceso penal admite diversas etápas de procedimiento: la de primer grado, la de apelación o consulta y el recurso extraordinario de casación. Pero cada una de estas fases procesales no es un esquema rígido, clausurado en sí mismo. Son estructuras dinámicas, progresivas, diversos momentos de la actuación, vinculados entre sí, y configurante de una totalidad, una divisible pero armónica y conclusa, de carácter inmutable ...Sumario, juicio y recurso extraordinario de casación, son, en materia penal fases o grados de la evolución formativa del proceso. El recurso extraordinario de casación se origina en el juicio, pero no es parte integrante suya, ni lo es inherente con fuerza obligatoria. Interponerlo es facultad discrecional de las partes ...Ejercitarlo es derecho incuestionable del defensor de oficio o designado por el sindicado, pues tiene el deber consecuente o con aquella norma imperativa de asistirlo en las diligencias en que su presencia sea prescrita por la ley y presentarlo en todos los demás actos del proceso»'.

'La cuarta, de reciente pronunciamiento como que es del nueve de marzo de este año y aprobada unánimemente por la Sala, en la que se dijo:

'El ejercicio del derecho de defensa, como garantía constitucional de la persona, es condición de validez del proceso. De ahí deriva su caracter continuo

y unitario. Conforme con él, no puede haber un solo momento de la actuación procesal en que pueda ser restringido o negado. Si así ocurre, hácese ineficaz la relación jurídico-procesal, imponiéndose la declaratoria de nulidad desde el momento mismo en que aparece afectada la garantía.

'Este alcance absoluto que al derecho a la defensa se otorga, no autoriza a tener cualquier irregularidad como constitutiva de su violación. Impera examinar, desde una perspectiva material, los vicios que registre la actuación y sus efectos frente al contenido y observancia de esta garantía.' Solo a partir de entonces, puede establecerse la validez del proceso.

'En el presente asunto, encuentra la Corte puestas en razón las argumentaciones del Ministerio Público para demandar la invalidación de lo actuado, a partir del momento anterior al auto que declara cerrada la investigación. Ciertamente, el trámite cumplido no lo fue dentro de los límites propios de la garantía al ejercicio del derecho a la defensa.

'En efecto; la circunstancia de no haberse requerido al procesado para que designara defensor, o habérselo nombrado de oficio si no podía o no quería hacerlo y declarar cerrada la investigación, inmediatamente se recibió el proceso, luego de practicada la indagatoria en la ciudad de Barranquilla, constituye compromiso grave para los derechos del procesado. Desde la apreciación concreta de las incidencias procesales, surge con carácter de evidencia que el trámite circunscrito a la fase antes indicada, se surtió con ausencia del defensor. Así debe entenderse, no solo por lo precario de la designación hecha en la indagatoria, de donde se infiere que ella no trascendía de tal acto, sino de la situación misma que esa diligencia se llevó a cabo en un Distrito Judicial diferente a aquél en donde se tramitaba el proceso. Por esta vía, se ha privado al sindicado, cuando menos, de la posibilidad de solicitar pruebas encaminadas a rebatir las hasta ese momento recaudadas sin su intervención, si se toma en cuenta que el último acto de instrucción fue la indagatoria'.

"El suscrito magistrado comparte las decisiones transcritas parcialmente, porque considera que el Derecho a la defensa es de consagración constitucional y donde no se establecen limitaciones temporales, no pueden crearse legalmente, puesto que una norma de inferior jerarquía no puede tomar determinaciones que afecten la integridad de la Carta Magna: y menos aún, puede limitarse ese derecho de carácter supralegal por decisiones jurisprudenciales, porque es bien sabido que el juez es un simple intérprete de la ley y dentro de la función aplicativa que le corresponde, no puede traspasar el alcance explícito y claro de la norma y menos aún si la disposición interpretada es de rango constitucional.

"Debe recordarse que la Corte comentando el contenido del artículo 26 de la Carta ha afirmado que contiene cuatro garantías, cada una de las cuales tiene su propia naturaleza, objeto y consecuencias propias y ellas son:

"a) Preexistencia de la ley que define los delitos y determina la punibilidad.

"b) Preexistencia de la ley que regula el juzgamiento.

"c) Observancia de las normas propias del juicio; y

"d) Aplicación de la ley favorable aunque sea posterior al acto imputado.

"Y en relación con el respecto a las formas propias del juicio, ha sostenido la Corporación que 'Entre las formas propias del juicio penal, de las más importantes son aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, bien sea que el inculpado lo haga por sí mismo, cuando tenga aptitud para ello, bien lo haga por medio de un abogado'. (Sentencia de siete de mayo de 1941).

"Es imposible concebir que un principio de carácter constitucional -el de defensa- que además constituye un compromiso internacional, puesto que hemos ratificado los Pactos internacionales sobre derechos humanos por las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, pueda ser limitado jurisprudencialmente, porque cuando la Corte lo afirma en esta providencia y cuando lo ha hecho en el pasado, está simplemente sosteniendo que el debido proceso es garantía únicamente para el juicio o de la misma manera que el derecho de defensa no está garantizado constitucionalmente para el sumario. Es necesariamente un derecho integral de defensa que no puede desconocerse bajo ninguna perspectiva y no podría ser de otra manera, porque cómo entender un derecho de tal importancia, tanta que tiene rango constitucional, que solo estuviera garantizado temporal o parcialmente? Qué objetivo puede tener la consagración del derecho de defensa para el juicio cuando en el sumario ha sido desconocido?

"Débese recordar de manera necesaria lo afirmado por la Sala Plena de la Corte cuando con ponencia del Doctor Carlos Medellín del 2 de octubre de 1981, por medio de la cual se declararon inexequibles el inciso 2o. del artículo 151, parte del 186 y la totalidad del 344 del Decreto 181 de 1981 que disponía en sus partes pertinentes:

'Art. 151. Recursos ordinarios ...'

'Contra los actos realizados por los funcionarios de investigación y acusación no procede recurso de ninguna naturaleza'.

'Art. 186. Contradicción. Durante la investigación no habrá controversia probatoria....'

'Art. 344. Inimpugnabilidad de las resoluciones. Durante la investigación, las resoluciones que se profieren en relación con las medidas de aseguramiento de que trata este capítulo, no serán susceptibles de recurso alguno'.

Dijo así la Corporación para referirse al derecho a la defensa:

'El Derecho de defensa emana también del artículo 26 de la Carta, porque pertenece al debido proceso. Más aún, esta norma constitucional tiene objeto principal

su garantía, dado que el mismo derecho es atributo fundamental de la persona como tal y se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad. Es, además, un derecho histórico. Los romanos instituyeron el principio *audiatur altera pars*, como regulador de todo proceso en garantía de sus partes. No hay sistema procesal alguno que lo pueda excluir.

'El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico procesal de su aplicación. Su fuente constitucional es la misma. Se encuentra específicamente proclamados en los 'Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos', aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1986, y convertidos en norma nacional mediante nuestra Ley 74 de 1968, donde se determina: 'toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados, podría interponer un recurso efectivo aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales' (parte II, 3 a.). Recuérdese aquí la orden del legislador en el sentido de que el Código de Procedimiento Penal, filosóficamente se orienta también por los tratados internacionales relativos a los derechos humanos del individuo'.

'Cierto es que tanto el derecho de impugnación como el de contradicción se encuentran contemplados en las normas que rigen la etapa procesal del juzgamiento. El punto por esclarecer es el de si esos derechos, que se identifican con el de defensa, no requieren la misma garantía e igual efectividad en la etapa investigativa, como parte integrante del mismo proceso que en ellas se inicia, tal como lo determina el literal b) del artículo 1o. de la ley de facultades, al definir su estructura'.

'El literal h) del mismo artículo 1o. de la ley 6a. de 1979, prescribe que «la defensa y la acusación participarán en el proceso en absoluto pie de igualdad». Tanto el legislador ordinario como el extraordinario considera al sindicado como procesado desde el primer momento del proceso, es decir, desde el comienzo de la investigación, porque así lo denomina. A ese procesado se le reconoce el derecho a tener un defensor (artículo 94 del Código) quien con aquél integra la «parte defensora» (artículo 91 ibídem), y ello ha de ocurrir en la etapa procesal de la investigación. Los artículos 151, inciso 2o., 186 en su parte inicial, y 344 del Código de Procedimiento Penal sólo permiten a una de las partes, al de acusación, que es la misma encargada de la función investigadora, actuar plenamente en la etapa investigativa ya que en ellos se le niega a la defensa el derecho de recurrir contra las providencias del investigador y a manifestarse con respecto a sus pruebas, con detrimento de los principios de impugnación y de contradicción inherentes al derecho de defensa que consagra la Carta. Se ha de esperar a que sobrevenga la etapa del juzgamiento para que sea posible ejercitar los actos esenciales de toda defensa. Entonces durante la investigación apenas existe la

posibilidad de una defensa restringida, no obstante que la ley de facultades manda la absoluta igualdad de las partes en el proceso, en todo el proceso. La defensa ha de ser unitaria y continua, y debe existir ab initio del proceso, sobre todo si se trata del sistema mixto que éste consagra «con marcada acentuación hacia el acusatorio», en obedecimiento a lo ordenado por el literal c) del artículo 1o. de la Ley 6a. de 1979, pues bien se sabe que en este sistema el acusador es el mismo investigador que dispone en la primera etapa del proceso los elementos que determinarán el resultado final del juzgamiento, sin que sus actuaciones procesales puedan ser objeto de impugnación o de contradicción en su momento, para depurarlas y conformarlas a la verdad. Hay una íntima relación de causalidad entre la investigación y el juzgamiento, que sirve para demostrar la unidad del proceso penal, pero a esa unidad no corresponde la absoluta igualdad de las facultades de los sujetos vinculados a él, como con tanta claridad lo ha ordenado el legislador. El hecho de que los principios de impugnación y contradicción se encuentran consagrados para la etapa de juzgamiento no es suficiente. La norma de la ley de facultades se refiere a la necesidad de que tales derechos existan en todo el proceso y no sólo en una parte de él, con mayor razón si las actuaciones ocurridas en su primera etapa son determinantes de la segunda e influyen tan poderosamente en su resultado'.

'De lo anterior se puede deducir que los artículos 151 inciso 2o., 344 y 186 en su parte inicial del Código de Procedimiento Penal, en cuanto lesionan los derechos de impugnación y de contradicción que ha de tener siempre el procesado, resultan contrarios a las normas de la Carta que consagran la garantía del debido proceso, incluido el derecho de defensa (artículo 26), así como el derecho de petición (artículo 45), ya que las posibilidades de los ciudadanos para hacer uso de acciones judiciales y de recursos en todo proceso hacen parte de ese mismo derecho, y una cosa es que la ley reglamente la oportunidad de su uso, y otra distinta que lo niegue en todo un período en el que su ejercicio es fundamental a la defensa del procesado. Como también resulta vulnerado el artículo 118-8 de la Constitución, por cuanto las mismas normas indicadas no atienden completamente la garantía de los derechos del procesado que ordena la ley de facultades, especialmente los de defensa y absoluta igualdad, ni toman en cuenta por este mismo aspecto, como lo exige el legislador, los tratados internacionales relativos a los derechos humanos del individuo'.

"La anterior decisión fue ratificada por sentencia del 10 de mayo de 1983, con ponencia de Manuel Gaona Cruz y en la que además se agregó:

'Para el caso *sub-lite*, destácase que el principio del debido proceso es inherente a todo ser humano y otorga a éste el derecho a su defensa y a ser juzgado por igual conforme a normas preexistentes, nítidas e inequívocas, por jueces constitucionales, señalados previamente, ceñidos a los lineamientos, garantías y rigores del proceso, también preestablecidos y claros.

'Dicho postulado comporta además el cumplimiento de los imperativos mandatos de aplicación de la norma más favorable al sindicado, procesado o

condenado; de garantizar a éstos que no se les condene por lo que no se les ha probado como acción u omisión suya, respecto de la cual además le sea atribuible normativamente su conducta; del derecho a que se presuma su inocencia mientras no se le demuestre lo contrario y a que en caso de duda ésta favorezca al sindicado; de que la carga de la prueba ('demostrabilidad') corresponda al Estado; de que toda prueba alegada o allegada en su contra es controvertible por el procesado o por su apoderado; de que al sindicado no se le puede negar su derecho a solicitar la práctica de las pruebas que estime conducentes a su defensa y a la verificación de su inocencia, inimputabilidad o irresponsabilidad; de que no hay posibilidad de juzgamiento ni de condena sin que además se haya determinado o especificado la pena correspondiente al incriminativo; y de toda decisión condenatoria de primera instancia en su contra es recurrible ante otra de mayor jerarquía.

'Y el derecho de defensa, que es otra de las esenciales manifestaciones del debido proceso, tiene como asidero fundamental la libertad de postulación y escogencia del defensor o del apoderado por parte del sindicado o de quien lo represente en sus intereses; la igualdad de opción y de controversia en la defensa ante la ley y de oportunidad ante el juzgador; la igualdad objetiva de aptitud y capacidad profesional y dedicación de quien asuma como defensor, y la obligación ética y constitucional de éste de hacer todo lo válidamente posible para la idónea asistencia profesional de su poderdante.

'Frente a la Constitución, por principio, la defensa ha de ser ejercida por el abogado escogido por el sindicado o por quien lo represente en caso de que aquél sea menor, incapaz o inimputable. En forma subsidiaria, se dispone que el Estado le designe abogado de oficio. Y en ocasiones, por razones especiales de protección, como en este caso, al Estado se le asigna el deber social de apoderar de oficio, con funcionarios destinados al efecto, a los menores sindicados de hechos punibles. La Corte no recrimina a esas tareas.

'Pero lo que no resulta constitucionalmente admisible es que la obligación subsidiaria, supletiva u oficiosa del Estado de asegurar el derecho de defensa de los menores que por cualquiera razón no puedan ser asistidos por abogados, se convierta en prohibición absoluta para aquellos, sus padres o ascendientes potestativos, de estar representados en juicio por un abogado inscrito escogido a su guisa y con cargo a su peculio. Eso no es sustituir sino cercenar el derecho de defensa y contrariar los mandatos de los artículos 10, 16, 23 y 26 de la Carta'.

"Es importante destacar que el procedimiento previsto en el Decreto 181 de 1981 era de marcada tendencia acusatoria y es por ello que atendiendo a sus antecedentes históricos y teóricos se concebían normas, como las que fueron declaradas inexequibles; es importante hacer esta observación, puesto que ello demuestra el celo y la protección que sobre el debido proceso y el derecho a la defensa ha hecho la Sala Plena de la Corporación.

"Se ha sostenido por los procesalistas que el proceso y especialmente el penal es fundamento dialéctico y de la misma manera que en la órbita privada no puede concebirse un proceso sin demanda y sin la respectiva contestación a la misma; el proceso penal es inimaginable sin la existencia de una acusación y de una defensa y a través de esta doble integración surgen dialécticamente las posiciones casi siempre contradictorias que justifican la existencia de ese importantísimo principio rector de la contradicción que es consustancial al debate procesal y que por su ejercicio, constituye una efectiva garantía del derecho a la defensa y obviamente del respeto a las formas propias del juicio. Como puede ser garantizado el contradictorio dentro del sumario, cuando el procesado es un pobre campesino, analfabeto o en las propias cercanías de tal estado? Cómo va a poder entender la técnica de las actuaciones judiciales dentro de su primitiva cultura? Cómo determinar la necesidad de interponer un recurso o solicitar pruebas, si su capacidad cultural le impide comprender su naturaleza, su importancia o su conveniencia?

"Ya en la primera parte de éste disentimiento a la voluntad mayoritaria de la Sala, se ha destacado como la ausencia del defensor en la etapa instructiva si fue trascendente y cómo se evidenció la vulneración de este derecho y la absoluta incapacidad del sindicado para defenderse, tanto que cuando planteó un rudimentario asomo de defensa no fue escuchado y en segunda instancia se le increpó que se trataba de una patraña de última hora que 'debió al momento de calificarse el mérito sumarial, hacerla valer' y que ausencia de defensa tan dramática, cuando precisamente en ese momento la planteó y el funcionario competente no la consideró, puesto que no hizo referencia a ella.

"No se trata entonces de una mera conceptualización teórica de los aspectos constitucionales involucrados, sino lo que de manera concreta se evidencia en este proceso. Considera el suscrito que la Sala mayoritaria se dejó impresionar por lo inequívoco de la autoridad, sobre la que no existe la más mínima discusión; pero, es que acaso los capturados en flagrancia o sobre los que existe un inmenso cúmulo de pruebas no tienen derecho a la defensa, precisamente por la evidencia de su participación?

"Considera el suscrito que la afirmación que se hace y que se ha venido haciendo, en el sentido de que la defensa es esencial en el juicio y no en la instrucción corresponde a un equivocado concepto de instituciones que son extrañas a nuestra organización procesal, porque es claro que en los procedimientos de marcada tendencia acusatoria, donde en la etapa sumarial se hace una investigación preliminar por la policía o por la fiscalía en la que se recolectan las pruebas que han de ser practicadas en el juicio y concretamente en la audiencia pública; en este sistema procesal es evidente que la prevalencia, existencia y necesariedad de la defensa se da en la etapa procesal del juicio, porque es en ella en la que se practican las pruebas, puesto que lo que se ha realizado en la etapa instructiva es puramente preliminar y sin capacidad probatoria; y en estas condiciones si los medios de convicción son producidos, aducidos y controvertidos en

el juicio, con la participación de todas las partes, es entonces claro que la defensa en tal etapa es esencial y no puede pensarse en la existencia de ese tipo de proceso si no hay acusación, procesado y defensa. Es tal la naturaleza de éste proceso que exige la práctica de las pruebas en la audiencia pública, que si no es ello posible no puede realizarse el juicio, como ya sucedió en una convocatoria del gran jurado, cuando en un proceso con único testigo, éste fue asesinado y obviamente la audiencia nunca pudo ser realizada. Su característica impone igualmente la presencia del procesado y es por ello que si éste se encuentra en contumacia no puede realizarse, de allí que igualmente la acción sea imprescriptible.

"Dentro de un proceso de tales características donde la contradicción probatoria y las alegaciones de la acusación y la defensa se postulan en la audiencia pública, es necesario concluir que la defensa es esencial y que en tales circunstancias la audiencia de ella no origina nulidad como podría pensarse dentro de la estructura de nuestro proceso, sino que no existe la sola posibilidad de que el proceso exista.

"Es en tales circunstancias predicable de los procedimientos con tendencia acusatoria (proceso Inglés, Norteamericano, Alemán, Costarricense y recientemente el Italiano) en los que la garantía del derecho de defensa en la etapa del juicio es vital e ineludible. La doctrina jurisprudencial de nuestra Corte que no compartimos es consecuencia del influjo de procesalistas de países en los que existen procedimientos de tendencia acusatoria y que han sido indebidamente trasplantados y asimilados para ser aplicados a nuestro ordenamiento procesal de decidida orientación inquisitiva.

"La existencia de este tipo de proceso impone una diversa concepción del derecho a la defensa, porque en éste la estructuración del proceso se realiza durante la etapa instructiva y es en esta etapa donde en ocasiones es más imperiosa la presencia activa de la defensa para pedir pruebas, para contraprobar las imputaciones, para supervisar la producción y aducción de la evidencia en su legalidad, para evitar las medidas precautelativas, para interponer recursos, para alegar su conclusión y evitar en la medida de lo posible la resolución de acusación y cuando ello sea imposible obtener el reconocimiento de atenuantes o de condiciones de favorabilidad que puedan tener influencia en el caso hipotético de una sentencia condenatoria; porque es que en la providencia de mayoría se hacen afirmaciones que darían a entender que la defensa solo surge 'esencial o indispensable', en el juicio, como si la labor defensiva se circunscribiera a 'los cargos que se le han formulado en la resolución de acusación'. Es un criterio equivocado, en cuanto se limita la labor de la defensa a tal etapa o a pensar que durante ella es necesaria una mayor intensidad, pero la verdad es que desde el mismo momento en que surge la imputación por cualquier medio para excitar la acción investigativa del Estado, bien sea por denuncia, querella, informe, petición, etc., el ciudadano que así aparece involucrado ya necesita de defensa, tan es ello cierto y ha sido tan clara la voluntad del legislador en tal sentido que se hacen previsiones legislativas para

garantizar ese derecho a la defensa durante la indagación preliminar o toda la estructuración de este derecho durante la etapa sumarial, porque es evidente que es con el auto cabeza de proceso cuando se ordena contra una persona en particular que se está formulando una incriminación (o cuando con posterioridad se ordena vincular a alguien por medio de indagatoria) medio del cual se ha dicho reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia que se trata de un medio defensivo y se le da este calificativo porque precisamente existe una incriminación de la que es necesario defenderse. Si esta es la realidad del proceso penal en su primera etapa, cuál la razón entonces para que se hagan las afirmaciones de las que ahora discrepamos con vehemencia?

"Dentro de la realidad de un proceso con mayor tendencia inquisitiva y sobre las diferencias existentes con los sistemas procesales de tendencia acusatoria, se hace indispensable garantizar la existencia de la defensa durante toda la etapa procesal, llámase sumario o causa".

Con base en las consideraciones jurídicas precedentes compartimos plenamente las peticiones del representante de los intereses de la sociedad, porque entre las diversas causas acumuladas, Pedro Castaño Hernández aparece acusado por el hurto de una novilla de propiedad de Eugenio Flórez Giraldo, y en ese proceso se le recepcionó indagatoria en presencia de un ciudadano, sin que durante toda la etapa posterior del sumario se le designara un letrado para que lo asistiese o el procesado nombrara uno de confianza, llegando a tal extremo la ausencia de defensa técnica que fue el propio procesado quien alegó en el momento de la calificación del proceso.

Idéntica situación se presenta en el proceso cuya investigación adelantó el Juzgado Promiscuo Municipal de Herveo contra el mismo procesado, en el que éste careció de una defensa técnica durante toda la actuación sumarial por no habérsele designado un abogado que lo asistiera.

Otro tanto ocurrió en el proceso en el que aparece como sindicado Carlos Arturo Ochoa Castaño, pues a éste sólo se le vinculó procesalmente casi un año después de haber sucedido los hechos, a pesar de que existía mérito probatorio para su indagatoria; debiendo agregarse que después de realizada tal diligencia en la cual fue asistido por un ciudadano, se le dictó auto de detención, cuyo recurso de apelación, interpuesto por el propio interesado, se declaró desierto por falta de sustentación.

Enviado posteriormente el proceso al Juzgado Superior, tampoco se designó defensor y así continuó el trámite hasta el momento de la calificación, momento para el cual el procesado alegó en su propio nombre. Por lo demás, al ser notificado de la resolución de acusación solicitó una vez más que se le designase un defensor de oficio, súplica que había sido inútil en la etapa investigativa.

Igualmente conviene mencionar que el defensor designado para la causa permaneció totalmente inactivo, hasta cuando fue reemplazado por el de confianza que el interesado nombró.

Con esta breve relación procesal se hace manifiesto, entonces, cómo en los tres procesos mencionados los encausados carecieron de manera evidente de defensa técnica durante la más trascendental de las etapas de un proceso de clara tendencia inquisitiva, como es la investigativa, durante la cual se recaudan las pruebas que han de dar sustento al fallo definitivo. Reafirmamos la trascendencia de esa etapa en procesos de ese tipo, porque negada la defensa técnica en el desarrollo de aquella y recaudado el acervo probatorio suficiente para fundamentar una decisión de condena, la designación de un defensor en la etapa del juicio, es tardía y prácticamente inútil, por cuanto para ese momento ya se ha estructurado y condicionado el proceso para una condena sin que la labor del abogado pudiera hacerla cambiar, habida cuenta de la densidad de la prueba recaudada a espaldas del procesado y en ausencia total de quien garantice efectivamente el derecho constitucional de la defensa.

Es curiosa, por decir lo menos, la interpretación que la Sala mayoritaria extrae de la reglamentación que el artículo 137 del Código recientemente derogado daba al derecho de defensa, en cuanto afirma que a pesar de que la norma consagra para el procesado el derecho de ser representado por su defensor en todos los actos del proceso, el legislador "....tuvo el cuidado allí mismo de expresar en forma insoslayable que era respecto de 'las diligencias en que la presencia de éste era prescrita por la ley'", de donde concluyó entonces que el derecho de defensa en el sumario solo era imprescindible en la versión del imputado ante la policía judicial, art. 334.7, o ante el juez, art. 344, en la apertura de correspondencia, art. 373, en el emplazamiento para la vinculación, art. 378, y en la propia indagatoria, art. 380.

Para nosotros es claro que se trata de una desacertada y fraccionada interpretación de la norma, porque es evidente que ella hace relación a la necesidad de un defensor en determinadas actuaciones en las cuales es imprescindible su asistencia, pero al mismo tiempo la disposición alude a otra modalidad defensiva cuando dispone: "...lo representará en todos los demás actos del proceso y ejercerá todos los derechos tendientes a una adecuada defensa".

Indudablemente tal regulación no solo prevé la presencia física del defensor en determinadas actuaciones donde la defensa técnica debe estar garantizada, sino que además propugna la continuidad y permanencia de la asistencia jurídica durante toda la etapa sumarial; y esta última es la forma de defensa a la que se refiere la parte del precepto transcrita parcialmente, porque el derecho de representación que tiene el procesado en todos los demás actos del proceso es por ejemplo la facultad que tendría el defensor para recurrir las decisiones que en uno u otro sentido se tomen durante la investigación, alegar de conclusión en el momento del cierre y presentar las peticiones y argumentaciones que en cualquier sentido puedan beneficiar los intereses de su representado.

No entiende el suscrito por qué la Sala mayoritaria afirma que el derecho insoslayable de la presencia defensiva se limita a las diligencia que allí se

enumeran, cuando en realidad el derecho a la defensa, constitucionalmente consagrado, es bastante más amplio y complejo, en cuanto garantiza por igual tanto la presencia física del defensor en tales actuaciones, como el derecho de representación en la totalidad de los actos procesales y el ejercicio de todas las facultades tendientes a garantizar una adecuada defensa; porque es indesconocible que, por ejemplo, la presencia del defensor en la indagatoria pretende evitar que los derechos del implicado sean conculcados, como sería la utilización de formas prohibidas de interrogación; con ello, sin embargo, no se concreta de manera integral el derecho a la defensa, porque después de tal diligencia el defensor técnico podría memorizar para dar argumentos al juez en solicitud de que no dicte medida de aseguramiento y en caso de ser desatendida su petición, podría interponer el recurso de apelación y sustentarlo debidamente.

Así, es evidente que una de las modalidades del ejercicio del derecho de defensa es la presencia física del defensor en determinadas actuaciones procesales, pero otra, tal vez más importante, es la representación defensiva en todos los demás actos del proceso acudiendo a todas las atribuciones necesarias para garantizar una adecuada defensa.

Y es tan cierta nuestra afirmación que precisamente en uno de los procesos en los cuales predicamos la violación del derecho de defensa, el procesado recurrió el auto de detención, pero como no lo sustentó, este fue declarado desierto. En ese mismo proceso, el imputado solicitó diligencias de confrontación entre varios testigos y entre éstos y él; se decretó la primera confrontación, pero no la de los testigos con el procesado, sin que este pudiera hacer nada al respecto, precisamente por la ausencia absoluta de una defensa técnica.

Posteriormente se le negaría otra prueba solicitada, sin que la hubiese recurrido, tal vez convencido de la veracidad de las razones por las cuales el funcionario la negó, ello debido a la ausencia de una formación profesional que le hubiera permitido controvertir y recurrir la decisión que le afectaba su derecho a defenderse.

Finalmente, se cierra la investigación y alega el propio procesado. En tales condiciones se podrá aceptar que el alegato de conclusión de un hombre campesino de precaria cultura y con desconocimiento total de lo jurídico garantiza siquiera formalmente el derecho constitucional a la defensa ?.

En este caso concreto se parentiza el desconocimiento del derecho a la defensa precisamente por ausencia de representación en los demás actos procesales, diversos de aquellos en los cuales la presencia del defensor es imprescindible, y por la imposibilidad de que se realizaran actividades tendientes a garantizar una adecuada defensa.

Tenemos la certidumbre de que si el implicado hubiera estado representado por un defensor, la apelación de la medida de aseguramiento no hubiera sido

declarada desierta porque el profesional hubiera elaborado la sustentación en debida forma. De la misma manera llegamos a la convicción de que si el sentenciado hubiera contado con la asistencia de un defensor, este hubiera protestado por haberse ordenado solamente la confrontación entre los testigos y no entre estos y el procesado; negativa que además constituye una clara violación del Pacto Internacional de Derechos Humanos y de la Convención Americana, porque en los dos estatutos internacionales, que son leyes de la República con preeminencia jerárquica en el orden normativo, en sus artículos 14.3.e y 8.2.f disponen lo siguiente: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho....e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo"; y f) "derecho a la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

El procesado Ochoa Castaño solicitó se citara a Proceso Buriticá para que se realizara un careo con dicho testigo, prueba que fue negada con un simple auto de sustanciación; petición ilegalmente denegada porque es bien sabido que el artículo 169.2 del Código de 1971, vigente para la época en que la situación se planteó, al señalar cuales eran las decisiones que debían adoptarse mediante autos interlocutorios, disponía: "...los que niegan la admisión o la práctica de una prueba..." . La ilicitud es aún más relevante si se tiene en cuenta que la confrontación fue denegada con la siguiente afirmación: ".... la niega por considerarla improcedente, toda vez que el señor Buriticá no hace cargos directos en su contra".

Este auto, que ni siquiera le fue notificado al procesado por ser de cúmplase, desconoció la realidad procesal porque basta transcribir algunas de las afirmaciones del testigo con el cual el sindicado pedía ser confrontado, como cuando se refiere a éste diciendo: ".... pero Arturo, padre, siempre me amenazaba, con los hijos no tuve nada, pero el papá era muy alzadito conmigo en la finca, no le podía hacer reclamos porque él quería mandar en la finca, ya no les podía hacer nada ni hacer reclamos, es que esa gente es tanto tan de mala clase, por eso no me atreví a decir nada aquí el primer día, porque quedo con unos enemigos mortales, ..." y luego de hacer unas graves incriminaciones a la familia del procesado concluye: "...resulta que el tipo don Arturo, eso fue el domingo, dijo a mí no me dejaron moler, yo tampoco voy a dejar moler, una de dos cabezas quedan allá, y preciso, el martes ocurrió.....".

En tales condiciones anteriores se evidencia la flagrante manera como se violó el derecho a la defensa en la etapa sumarial, por falta de representación a través de un defensor, porque si este hubiera existido, habría recriminado al juez por haber negado ilegalmente una prueba mediante un auto de sustanciación, con argumentos que reñían contra la realidad del proceso, porque la verdad es que ese testigo sí hacía cargos directos contra el procesado y por tanto existía para este todo el derecho de solicitar la confrontación.

Todas estas vulneraciones al derecho constitucional de la defensa, a la legalidad de las decisiones y a la realidad del proceso, en detrimento de los intereses del procesado, fueron posibles precisamente por no contar con el auxilio de un letrado que hubiera podido protestar contra la ilegalidad y arbitrariedad con que procedía el juez, que de tal manera cercenaba de manera absoluta el derecho a la defensa, apreciado no solo desde la perspectiva técnica, sino también material, porque el procesado la trató de ejercer, pero por decisiones ilegales y con razonamientos que desconocían la realidad del proceso se le negó la prueba justa y legalmente solicitada.

Pese a la nueva disposición constitucional que resolvió la polémica jurisprudencial al disponer que se garantiza el derecho a la defensa tanto en la etapa de investigación como en la del juzgamiento, la decisión de mayoría, dentro del criterio dominante que rigió últimamente en relación con la interpretación jurisprudencial del derecho a la defensa, conforme al cual este era realmente trascendental solo en la etapa del juicio, y partiendo del hecho de que la actuación se realizó en vigencia de la anterior Constitución y con la jurisprudencia de entonces, concluyó: "Empero aquellos procesos adelantados bajo la Constitución de 1886 y leyes procesales que la desarrollaron, tienen pleno valor, pues era el debido proceso imperante y dentro del cual debía desarrollarse la actuación sin que existan motivos, que impongan su corrección".

Discrepamos de manera rotunda de esta afirmación, porque ella corresponde a la realidad constitucional o legal, solo cuando se trata de trámites o decisiones que no afecten desfavorablemente los derechos sustanciales de una de las partes; puesto que si se han vulnerado derechos fundamentales o garantías constitucionales establecidas en la Carta Política, y teniendo en cuenta que la ejecutoria de la sentencia se cumplirá en vigencia de la nueva Constitución, es perfectamente evidente que la actuación, dentro del concepto constitucional del debido proceso, se ha debido ajustar a lo establecido en la Ley Fundamental actual.

Diversos argumentos sustentan la anterior afirmación y uno de ellos es el de la intemporalidad de la Constitución, de acuerdo con el cual se considera, como es obvio, que aquella siempre existió en su estructura actual; de donde es lógico concluir que a nivel de las garantías procesales y de los derechos fundamentales, el proceso que haya de culminar en vigencia de esta Constitución, se ha de haber tramitado dentro de las concepciones y regulaciones de la Carta que actualmente rige.

Si bajo la vigencia de la Constitución de 1886 siempre consideramos como una errónea interpretación que el concepto del derecho a la defensa se estimara de menor trascendentalidad en la etapa del sumario que en la del juzgamiento, y a la luz de tales parámetros concluímos que en el caso de los tres procesos que motivan nuestra discrepancia no se garantizó a plenitud el derecho de defensa técnica y en uno de ellos ni siquiera el derecho de defensa material, es apenas lógico que en vigencia de la Constitución de 1991 que garantiza ese derecho en todo el decurso

del proceso, se deba reconocer su flagrante violación. En tales condiciones se impone declarar la nulidad de los procedimientos, porque consideramos que no se le puede dar validez a un proceso cuya decisión toma la fuerza de la cosa juzgada y su consecuente intangibilidad de la vigencia de la Constitución a la que está desconociendo.

De la misma manera podría argumentarse, que el principio de favorabilidad de rango constitucional impone que si una garantía de la importancia del derecho a la defensa se instituye en la nueva Constitución, no habiendo existido en la anterior, es evidente que todos los procesos que estén en trámite tienen que ajustarse al concepto del debido proceso impuesto por la nueva Carta Política.

Estas han sido las interpretaciones que la Corporación ha dado a problemas de carácter procesal en los que han estado de por medio principios de carácter constitucional. Es así como en fallo del 22 de Octubre de 1991 con ponencia del H. M. Gómez Velásquez la Corporación sostuvo:

"La favorabilidad de la norma (artículo 31 constitucional), da lugar a su inmediata aplicación, bien porque en una impugnación así se solicite, bien porque la Corte debe observar, oficiosamente, el fenómeno, y determinar las condignas consecuencias. Como el apelante, en la primera instancia, fue el procesado, ello quiere decir, conforme a la preceptiva constitucional vigente, que recupera su integral vigencia el fallo de primer grado. Y en esto, aparece como natural, queda comprendido lo referente al subrogado, pues la revocatoria debe mirarse como una agravación de pena, ya que el precepto comentado no emplea voz que insinúe solo el aspecto cuantitativo de la pena (v.gr. aumentar) sino una forma verbal (agravar) que comporta la noción de mayor rigor, severidad, drasticidad o empeoramiento. Y esto, evidentemente, cobija tanto el quantum de la pena como la agregación de otras sanciones o la modalidad de su ejecución. Notable diferencia media entre purgar de inmediato una pena y suspender su aplicación y, esta diferencia, constituye un fenómeno de agravación.

"Obvio, resulta entonces, que el fallo no puede sobrevivir integralmente al contrariar parte del mismo y de manera ostensible lo dispuesto por la Constitución en cuanto a agravaciones pronunciadas en la segunda instancia, la misma que pudo abrirse campo, por la apelación introducida por el procesado. Se impone en este punto, ajustar tal sentencia a los nuevos dictados de la Ley de leyes y por eso, oficiosamente, la Corte procederá a *casar parcialmente* dicho pronunciamiento en cuanto el ad-quem aumentó las penas y privó al procesado del beneficio de la condena de ejecución condicional".

"Algunos advierten como fundamento de esta necesaria enmienda, la incidencia de la ley favorable y otros un fenómeno de nulidad. Ambas tesis no dejan de tener respetables partidarios por la índole de los argumentos que cada uno de éstos expone en favor de sus tesis. Sin embargo, la Sala ha optado por solución diferente

en vista de que mal puede hablarse de una nulidad que no antecedió al pronunciamiento del fallo emitido y que destacara una franca contradicción con la ley vigente al momento del fallo emitido por el Tribunal y, además, porque pecaría contra el principio de la economía procesal imponer la devolución del expediente para el pronunciamiento de la sentencia pertinente. Tampoco puede hablarse, sin acudir a una interpretación demasiado extensiva aunque muy afín con la solución que la Sala adopta, entender el fenómeno como propio al evento de la ley permisiva, pues los casos en que esta suele concretarse no se acomodan totalmente a la hipótesis comentada. Lo que advierte es que, por la naturaleza del recurso interpuesto, la Corte está en capacidad de poder enmendar la sentencia y dándose un desajuste de ésta con la nueva preceptiva constitucional, que obliga de manera imperiosa a determinaciones concretas -art. 4 ib.-, inmediatas -art. 85 ib.- y que den preferencia al derecho sustancial sobre aspectos formales de segunda entidad (art. 228 ib.), resulta ineludible acordar el fallo a las nuevas instituciones. Al procesado no puede diferírsele un remedio de perentoria aplicación, anunciándole un remedio como es el de su futura enmienda por obra del Tribunal, al cual se remitiría el expediente para que dicte nuevo fallo, conforme a la Constitución vigente, porque un quebranto de ésta exige una corrección pronta, por parte de quien esté conociendo, la misma que a nadie sorprende y traduce la adecuada recomposición que todos, en una sana interpretación, exigirían de esta máxima Corporación."

Posteriormente en fallo del 3 de noviembre con ponencia del H. M. Torres fresneda se afirmó:

"A pesar que a la fecha de la decisión de segundo grado no había sido promulgada la nueva Carta Constitucional, es evidente que su artículo 31 que ahora consagra como derecho fundamental la no modificación peyorativa de la situación del apelante único, debe reconocerse de inaplazable cumplimiento, lo cual implica que haya de tomar en cuanto a Ayala Dulcey la situación más benigna que se había previsto en la sentencia de primera instancia, dejando intangibles las medidas de beneficio reconocidas por el Tribunal ....".

Cuál la razón para que en tratándose de la reformatio in pejus consagrada en el artículo 31 de la C. N. y en aquellos casos donde la agravación se hizo cuando la segunda instancia tenía competencia para agravar la sanción impuesta por la primera, la Sala haya concluido que a pesar de ello y por violarse un derecho fundamental se deba casar la sentencia para quitar el agravante que se impuso en segunda instancia, y ahora, que enfrentamos la violación de otro derecho fundamental, como es el derecho a la defensa se llegue a una conclusión completamente contraria ?

En las diversas decisiones que ha tomado la Sala en relación con este aspecto se ha hablado de la trascendencia de los derechos fundamentales y de la primacía de las normas constitucionales; cuál la razón para que en un caso similar no se reflexione de la misma manera ?

Recuérdese que en muchos de los casos decididos cuando la segunda instancia agravó la pena impuesta en primera habiendo tenido competencia legal para ello de conformidad a la Constitución y a la ley vigentes en el momento del pronunciamiento, el impugnante ha pretendido que se reconozca la existencia de una infracción directa de la ley, y la Sala no lo ha admitido, puesto que el fallo estaba aplicando la ley vigente; pero sí convino en que tratándose del desconocimiento de una norma constitucional, vigente ahora, era necesario adecuar la sentencia a las nuevas preceptivas constitucionales, que no regían para cuando el fallo de segunda instancia se produjo y, reiteramos, si se hacen estas reflexiones con respecto al principio constitucional relacionado con la reformatio in pejus, cual la razón para que no pueda acudirse a ellas en lo atinente al derecho a la defensa ? Porque es cierto, cuando los procesos se tramitaron estaba vigente la jurisprudencia que varias veces hemos mencionado, pero esa doctrina de la Corporación ahora vulnera clara y flagrantemente el contenido de la Constitución: y una vez más debemos recordar que es ahora cuando se está produciendo la ejecutoria del fallo, que debe cumplirse con entera conformidad a los criterios del debido proceso y del derecho a la defensa hoy imperantes.

Son las anteriores razones las que me llevan a discrepar respetuosamente del criterio mayoritario.

Edgar Saavedra Rojas

Fecha ut supra

PRUEBA \ EXAMEN MEDICO \ CASACION OFICIOSA \ REFORMATIO IN PEJUS \ INTERDICCION EN EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

Lejos de constituirse el requerimiento pericial psiquiátrico en un medio probatorio general e ineludible para toda clase de procesos, su verificación se supedita con exclusividad a aquellos casos dentro de los cuales existen antecedentes serios y suficientes que permiten inferir que al momento del hecho el procesado se hallaba en situación de inimputabilidad.

La modificación gravosa de la pena es la que precisamente prohíbe la Carta Constitucional. Por tratarse de una garantía fundamental obliga a su reconocimiento inmediato.

La sanción accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, debe por ministerio de la ley y no del arbitrio judicial, llegar al mismo tope de la pena principal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6702

Contra: Angel A. Nieto M.

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 137 (noviembre 17 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del acusado Angel Alberto Nieto Monroy en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué de 27 de junio de 1991, decisión que al revisar por apelación el fallo emanado del Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad que condenó al acusado por el delito de homicidio, le incrementó en dos años la pena de prisión, elevando al tiempo total de duración de aquella la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Al concluir ya en las horas vespertinas del domingo 24 de septiembre de 1989 las labores del mercado callejero conocido como "la catorce", localizado sobre la vía que lleva esa nomenclatura entre las calles 1a. y 1a. Sur de Ibagué y en momentos en que el individuo José Jaramillo se dedicaba a recoger dentro de un costal los productos sobrantes del puesto que se hallaba atendiendo, cruzó por su costado Angel Alberto Nieto quien de manera súbita le descerrajó un disparo que hizo impacto a la altura de la región preauricular inferior izquierda del ofendido, causándole la muerte de inmediato.

2.- Aprehendido el agresor gracias a la inmediata intervención de los presentes y la oportuna colaboración de las autoridades de Policía, en su contra se inició la presente averiguación penal, siendo vinculado a ella mediante injurada y definida su situación provisional por el Juzgado Veintisiete de Instrucción Criminal de Ibagué mediante detención preventiva.

Perfeccionado el sumario, profirió el mismo Juzgado resolución acusatoria en contra de Nieto Monroy por el delito de homicidio simple, disponiendo la expedición de copias para que por separado se investigaran las lesiones personales sufridas por el individuo José William Rojas, herido como consecuencia del mismo disparo que cegó la vida a Jaramillo, cuyo descubrimiento tardío no permitió adelantar la instrucción bajo una misma cuerda.

El trámite de la causa corrió a cargo del Juzgado Segundo Superior de Ibagué y en el se dispuso la valoración pericial de perjuicios, allegándose también antecedentes relacionados con la salud del acusado cuyo registro solamente incluyó dolencias de tipo gástrico.

Verificada la diligencia de audiencia e ingresado el expediente al Despacho para fallo, profirió el Juzgado el auto de noviembre 7 de 1990 objeto de apelación por parte del Ministerio Público, invalidando la actuación a partir del término probatorio de la causa, tras considerar que si en el proceso no había demostrado

cual fue el motivo que impulsó a Nieto Monroy a ejecutar la agresión mortal a Jaramillo, solo podía inferirse su insanidad mental, surgiendo de allí la necesidad de someterse previamente a reconocimiento psiquiátrico.

Al conocer el ad-quem sobre la providencia anterior la revocó, coincidiendo con el criterio del Fiscal recurrente en cuanto el acusado había actuado con suficiente capacidad mental para interpretar la nocividad del acto e inclinarse a su realización, haciéndose inaplazable el proferimiento de la sentencia, pues ningún antecedente permitía poner en duda la lucidez de Nieto.

De regreso el expediente en el Juzgado, se expidió el fallo de condena de 5 de abril de 1991, declarando la responsabilidad penal del acusado y condenándolo como consecuencia a la pena principal de 10 años de prisión, 5 años de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la obligación de resarcir los daños ocasionados con el delito en cuantía de 400 gramos oro, revocándole la excarcelación y disponiendo la expedición de copias para el cumplimiento integral de la sentencia.

Inconforme con la anterior decisión interpuso el señor defensor del acusado el recurso de alzada, sobre el cual se pronunció el Tribunal en providencia de junio 27 siguiente, fallo que se hace ahora motivo de impugnación extraordinaria, y que agravó la situación del acusado aumentándole la pena principal a 12 años de prisión, la accesoria al mismo lapso, disponiendo que se expidiera copias para investigar por el posible delito de prevaricato al juez a-quo, pues mientras conocía el Tribunal sobre la apelación del auto de nulidad, favoreció al acusado con la libertad provisional.

La demanda

Con fundamento en la causal 3a. de casación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal que rigió el juzgamiento (artículo 15 del Decreto 1861 de 1989), sostiene el censor dentro del cargo único de su demanda que el Tribunal produjo la sentencia impugnada dentro de un juicio viciado de nulidad, pues al pretermitir la práctica de una pericia médico-psiquiátrica que hubiese determinado el posible estado de inimputabilidad del acusado, se violaron las formas propias del juicio, de modo que como alternativa única que lleva al petitum reclama de la Sala proceda a casar el fallo de condena que pesa en contra de Angel Alberto Nieto, y en su lugar anule lo actuado a partir de la etapa probatoria de la causa, que deberá ahora incluir la práctica de la pericia omitida.

Como fundamento de la impugnación destaca el casacionista la decisión anulatoria del Juzgado Superior que omitió el fallo de instancia reconociendo que las dudas surgidas sobre la capacidad mental del acusado llevaban a inhibir el proferimiento de la sentencia, sumando para mayor apoyo de esa situación de duda

su origen, pues quien la había planteado era precisamente el único funcionario que llegó a tener "contacto directo y personal" con el procesado, de modo que deberían tenerse como valederas sus conclusiones para obligar la elucidación de ese aspecto, añadiendo que por su propio conocimiento personal del acusado como su defensor, debía admitir aunque tardíamente, que

"... el señor juez muy seguramente está asistido de correcto presentimiento pues un mesurado análisis de su comportamiento en sociedad, de su forma de ser, de su forma de expresarse bien pueden corresponder a una persona con algún tipo de trastorno mental..."

Afirma que en el proceso no se avanzó esfuerzo alguno por conocer los motivos determinantes que indujeron al acusado al delito, lo que viene a afectar la certeza como la tranquilidad de conciencia, pues abandonando ahora la postura que asumió en el proceso cuando sostuvo la tesis de la legítima defensa, debe reconocerse que la única realidad procesal es

"...que se trata simple y llanamente de un homicidio sin motivo; de un matar por matar; un delinquir por delinquir. Entrar en otras consideraciones es conjeturar y tratándose de conductas humanas (perdonarán la redundancia) y estando de por medio la libertad de una persona, hay que desterrar toda clase de conjeturas para poder juzgar no solo la conducta acriminable, sino al delincuente mismo, con base en idóneos elementos probatorios que den convicción ... sin dudas."

Agregando a continuación que con esas omisiones del instructor se violaron los artículos 360 del Código de Procedimiento Penal sobre averiguación de los motivos del delito, 358 sobre investigación de los favorables al procesado, 246 relacionado con la necesidad de la prueba y 266 alusivo a la procedencia del dictamen del perito, asegura que con su desconocimiento se vulneraron los preceptos contenidos en los artículos 31 y 33 del Código Penal relacionados con la inimputabilidad y las medidas de seguridad, y para destacar la importancia del móvil dentro de la conducta criminal transcribió apartes de las obras de Ellero, Gorphe y Framarino alusivas a la trascendencia de su determinación, y la inferencia de insanidad del autor cuando ese motivo no aparece, añadiendo que de la misma opinión participaban Vito Gianturco y Francisco Muñoz Conde.

De regreso al expediente ratifica que no se demostró la existencia de motivo explicativo de la sorpresiva y fatal agresión consumada por el acusado contra el obitado, que muy por el contrario se demuestra la inexistencia de relación alguna o conocimiento siquiera entre ofendido y agresor, y que si sumado a ello se tiene la constancia del folio 93 del expediente en cuanto en el año de 1964 el acusado estuvo recluido en el anexo psiquiátrico de la Picota, se daban motivos más que suficientes para disponer el reconocimiento médico-psiquiátrico del acusado, cuya omisión, según tradicional doctrina de la Corte, debe redundar en la invalidación que pide.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Que la demanda motivo de estudio no puede prosperar, mas sí en cambio deberá darse aplicación inmediata al artículo 31 constitucional para rectificar la modificación gravosa dispuesta por el Tribunal en contra del apelante único, son las dos conclusiones a que arriba el Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al emitir el concepto precedente.

Refiriéndose al libelo, la Delegada sostiene que la censura carece del todo de razón, porque "del expediente se desprende que la conducta y la forma de actuar del procesado no se puede considerar como la correspondiente a una persona con trastorno mental."

Para explicar su afirmación destaca que jamás el acusado demostró falta de conciencia y sí en cambio plena capacidad para narrar en su injurada la actividad cumplida de forma coherente, lucidez que confirma la formulación cuidadosa de sus descargos sobre una excusa de legítima defensa. Tan clara sería esa situación, agrega, que ni siquiera su representante propuso con oportunidad la práctica de la prueba que le sirve ahora para sustentación de su demanda, recordando que el contenido del documento que cita el actor del folio 93 del expediente solo menciona la "penitenciaria Anexo Picota", pero jamás incluye el término "Psiquiátrico", como para que ahora pueda presumírsele o darle a ese apelativo una interpretación equivalente a la de un manicomio criminal.

Inexistiendo en el proceso las razones que le sirven de fundamento al libelista, la respuesta a sus pretensiones no podría resultarle sino adversa.

Sin embargo del fracaso del libelo, recuerda el Señor Procurador que siendo único apelante del fallo de primera instancia el defensor, la sentencia del Tribunal desmejoró notoriamente la situación del acusado, modificación que aun siendo permitida en la fecha en que se produjo la providencia de segundo grado, aparece ahora expresamente vedada en la disposición del artículo 31 constitucional, cuya intemporalidad obliga a la Corte a darle un remedio inmediato regresando a los términos de la decisión adoptada en la primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Le asistiría razón en principio al casacionista cuando afirma que omitir la práctica del examen médico-psiquiátrico del procesado pese a existir dentro de la actuación evidencias que informan sobre su posible inimputabilidad se constituye en motivo suficiente para la invalidación del procedimiento, pues así de manera repetida lo ha venido sosteniendo la doctrina de esta Sala tanto en vigencia del artículo 411 del Decreto 409 de 1971 como del Código de Procedimiento Penal de 1987 bajo cuyos ritos se adelantó la presente actuación, ya que constituyendo

ineludible obligación del juez que emana de la estructura del hecho punible, de sus consecuencias y de los fines del proceso la de determinar si en un caso concreto el autor de la infracción actuó o no dentro de una situación de inimputabilidad, el incumplimiento de ese deber legal genera violación del debido proceso, constituyendo un derecho inalienable del procesado el que se le aplique consecuentemente el tratamiento que dentro del principio de legalidad corresponda a su estado de inimputabilidad -una vez sea este demostrado-, consecuencia derivada de la sustancial diferencia existente entre las penas y las medidas de seguridad, pues en tanto que son fines de aquellas la retribución, la prevención, la protección y la resocialización, los inimputables requieren de un tratamiento bien diverso y expresamente orientado a su curación, tutela y rehabilitación, aspectos que a la vez reconocen la disimilitud de las causas que llevan en uno y otro caso a la comisión del hecho típico, como apuntan a soluciones desemejantes de proyección hacia la recuperación del individuo y la defensa de la comunidad. (Cfr. decisiones de agosto 11 de 1989, M. P. Dr. Guillermo Duque R.; febrero 16 de 1990 M. P. Dr. Jorge Nerique Valencia M. y abril 21 de 1992, M. P. Dr. Juan Manuel Torres F.)

Solo que, lejos de constituirse este requerimiento pericial psiquiátrico en un medio probatorio general e ineludible para toda clase de procesos, su verificación se supedita con exclusividad a aquellos casos dentro de los cuales existen antecedentes serios y suficientes que permiten inferir que al momento del hecho el procesado se hallaba en situación de inimputabilidad, lo que de otro modo implica que la acusación de esa omisión como causal de casación no quede satisfecha con la sola alegación del vicio, imperando para el censor el deber de entrar a demostrarlo mediante el señalamiento claro y preciso de los antecedentes que el juzgador desestimó, y que llevaban a la obligación de establecer la existencia de la inmadurez o del trastorno, relacionando además esa incapacidad de comprender y determinarse con la ocurrencia misma de la infracción, pues bien se sabe que "el juez no necesita tener un diagnóstico médico, sino saber si un individuo, enfermo o no, tiene cognición, discernimiento y decisión acerca de lo ilícito", o lo que es lo mismo, si al momento de cometer el hecho estuvo en condiciones de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, términos dentro de los cuales se plantea el problema de frente al artículo 31 del Código Penal.

Este ha sido, por lo demás, y como puede verse, el sentido exacto de la comprensión y desarrollo que la doctrina de la Sala ha dado a ese deber legal de averiguar acerca del estado de inimputabilidad del acusado que en el caso presente se demanda, de donde resulte conveniente, porque las citas que trae el actor resultan apenas fragmentarias, repetir con ese pensamiento invariable de la jurisprudencia que

"Para que se pueda ubicar el comportamiento de un procesado dentro del mercado de la inimputabilidad se precisa acreditar que al momento de realizar el hecho no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión debido a inmadurez sicológica o a trastorno mental.".

"... Desde luego que la forma idónea para esa verificación es la del examen psiquiátrico... Pero, a su vez, para que sea imperioso el ordenamiento de la pericia médica, tampoco es suficiente la simple afirmación de la existencia del trastorno, sino que su posibilidad debe emanar de pruebas atendibles de donde surjan datos o antecedentes verosímiles relativos a la personalidad del presunto inimputable y de la manera como normalmente se exterioriza a través de su usual comportamiento. Así lo ha venido reiterando la Corte.

Por ejemplo, al analizar la omisión del dictamen con motivo de posible nulidad dijo en sentencia de 25 de octubre de 1983, en la que transcribió apartes de otra de julio de 1975, lo siguiente, con ponencia del Magistrado doctor Luis Enrique Aldana Rozo:

"La ausencia del examen psiquiátrico del procesado solo es causal de nulidad cuando existen válidos elementos de convicción que permiten suponer fundadamente que este se encontraba, al momento de la comisión del hecho en situación de inimputabilidad. No basta pues, la simple afirmación de que se padece una anomalía psíquica para proceder a decretar el examen, sino que es indispensable que el proceso arroje motivos valederos para disponerlo" (casación de junio 26 de 1985, M. P. Dr. Darío Velásquez G.; en el mismo sentido decisiones más recientes de agosto 11 de 1989, febrero 16 de 1990 y abril 21 de 1992 citadas renglones atrás.)

En el caso propuesto, y es esta la razón que lleva a la desestimación de la demanda, se hace evidente que el censor no demuestra la causal de nulidad que invoca, como que ni siquiera él mismo aparece convencido sobre su ocurrencia (jamás pidió la pericia psiquiátrica dentro de las instancias ni insinuó la inimputabilidad de su representado a quien afirma conocer de manera directa), limitando sus razones a las del juzgado, sin precaver que esa providencia fue revocada en su segunda instancia, ni intentar esfuerzo alguno por demeritar los fundamentos del ad-quem.

Copiosas son en cambio las razones que indican la improcedencia del reconocimiento que extemporáneamente se intenta:

a) Partiendo de la versión que el procesado da sobre los hechos y de lo que ha sido su intervención procesal, coherentemente se descubre que Angel Nieto mostró siempre un pensamiento lúcido y normal, con orientación sobre tiempo, lugares y personas, capacidad para gravar, evocar y narrar los hechos dentro de los cuales se involucra, y conciencia de su propia situación y de la necesidad de intentar en forma lógica esfuerzos defensivos.

b) Si se consulta el dicho de los conocedores del procesado, ni Luis Humberto Bonilla, ni Noé Llinás ni Rafael Prado Delgado, personas que se afirmaron observadoras de su conducta desde tiempo atrás, aportan dato alguno que desdiga

de Nieto Monroy como hombre normal, sano, dedicado a trabajos ordinarios y que puede valerse por sí mismo.

c) Tampoco dentro del tiempo que el acusado registró en el internado carcelario por cuenta de este asunto se ofrecieron informaciones que hubieran detectado anomalías en su comportamiento prolongándose su reclusión hasta la excarcelación, siempre en establecimientos destinados para personas normales, y

d) Para mayor abundamiento se conocen por aportaciones hechas dentro de la etapa de la causa y orientadas a procurar la suspensión de la detención preventiva del acusado, copias de su historia clínica en el Instituto de los Seguros Sociales y reconocimiento médico sobre su estado general de salud verificado por el Instituto de Medicina Legal Seccional del Tolima. documentos que apenas se refieren al tratamiento de una dolencia de tipo digestivo, pero que concretando sobre el estado mental del acusado lo evalúan de normal, siendo particularmente explícita la referencia al hallazgo de un estado "neurológico sin signos de lesión central ni periférico, mentalmente orientado. lúcido. colaborador, contenido y discurrir del pensamiento dentro de lo normal".

Si esa es la información que sobre la capacidad mental del acusado aporta el expediente tanto para la época de los hechos como para el decurso de la actuación procesal, necio, por decir lo menos. resulta el pretender que toda evidencia de normalidad se desvirtúe o quede en duda porque no logró verificarse dentro del proceso el móvil de la infracción cometida en contra de José Jaramillo, o porque en una constancia sin verificación se diga que años atrás Nieto Monroy fue recluido dentro de un "anexo" de la Penitenciaria de la Picota, pues como lo destaca la Procuraduría, jamás se añade que esa sección tuviese una destinación psiquiátrica.

Con todo y ser el móvil del delito aspecto de importante determinación dentro del proceso penal, sus repercusiones no pueden ser de aquel alcance que en la demanda el censor pretende, pues de modo expreso pueden dar cabida a la disminución de la sanción (artículo 64) o a su incremento (artículo 66), pero jamás podrían pretender ni la sustitución del concepto que del dolo aporta el artículo 36 del Código Penal, ni dejar supeditada la determinación de la imputabilidad o inimputabilidad del procesado.

Para el caso del acusado Angel Alberto Nieto, ni siquiera amerita la actuación el calificativo de negligencia que al instructor se lanza por despreciar toda gestión en la determinación del móvil, pues si la excusa del indagado había apuntado hacia la legítima defensa de su vida, cuidadoso fue el esfuerzo desplegado para determinar su veracidad o su mentira, razón que explica el por qué. independientemente de su desacierto. fue solo al entrar a proferir el fallo cuando se interrogó el juzgador sobre el motivo que impulsó el acto homicida, porque esa inquietud solo surgía luego de descartar definitivamente y por mentirosa la defensa justa, sobre la cual había montado el acusado su coartada.

No demostró el actor que dentro de estas diligencias la realidad hubiese sido deferente de esta que a través de las pruebas relacionadas se descubre, y ello equivale a la indemostración de la causal de casación que invoca.

El cargo, consiguientemente, no prospera.

Restando finalmente por considerar la solicitud que hace la Procuraduría Delegada para que de modo oficioso entre la Sala a corregir la modificación gravosa que introdujo el Tribunal en el fallo de primera instancia al elevar de diez a doce años la pena de prisión impuesta al acusado, extendiendo a ese lapso la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, tendrá que reconocer la Sala como evidentes los presupuestos en que esa petición se basa, entrando oficiosamente a rectificar la situación de desmejora, con fundamento en el artículo 31 constitucional.

Fue el defensor, ya quedó dicho, quien impugnó en alzada la sentencia proferida en primera instancia. Pese a ello y sin que otra vez se alzase contra ella, el Tribunal, haciendo uso de la competencia que por entonces le asistía, incrementó en dos años la pena de prisión impuesta al acusado y en siete la de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Esa modificación gravosa es la que precisamente vino a prohibir la Carta Constitucional mediante el precepto que la Delegada invoca, así que por tratarse de una garantía fundamental que obliga a su reconocimiento inmediato, verá su solución mediante la casación parcial y oficiosa del fallo recurrido, imponiendo como definitiva al acusado la pena de prisión de diez (10) años prevista en la primera instancia, y con guarda del principio de legalidad, la de interdicción por igual tiempo, pues sin que el error del a-quo que desconoció en ello el artículo 52 del Código Penal constituya derecho alguno para el procesado que autorice a desconocer el canon constitucional del artículo 29 superior, esa sanción accesoria debe por ministerio de la ley y no del arbitrio judicial llegar al mismo tope de la pena principal. Tal es la solución que ahora y de manera expresa faculta el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado, declarando que las penas que corresponde descontar al acusado Angel Alberto Nieto Monroy son la de diez (10) años de prisión como principal, y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de aquella, dejando inmodificada la decisión del Tribunal en todo lo demás.

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

SECUESTRO SIMPLE

No cabe duda que de un lado el Artículo 269 del Código Penal se encuentra vigente, y de otro, que el secuestro simple tipificado en esa norma es de competencia, en primera instancia, del Juez del Circuito.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicacion No.7947. Colisión

Contra: Custodia López Galindo

Aprobado acta No. 138

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruíz*

Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

De plano, resuelve la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Fundación (Magdalena) y el Juzgado Regional de Barranquilla, en la causa que por el delito de secuestro se adelanta respecto de Custodia López Galindo y Marco Elías Guzmán.

ANTECEDENTES

Los hechos origen de este proceso se resumen en el mismo del siguiente modo:

"Cuenta el haz probatorio allegado a este expediente que, a eso de la 1:30 del día 23 de marzo de 1989, la señora Custodia López Galindo penetró a las instalaciones del Hospital San Rafael de la localidad de Fundación (Magdalena), de donde se sustrajo y se llevó a su hogar a la menor aún innominada que había nacido pocos días antes en dicho centro asistencial y del seno de la señora Gladys

Cecilia Hernández. En la misma fecha y ante la alertante noticia, la policía realizó una operación que culminó con el rescate de la recién nacida y la captura de Custodia López Galindo y del marido de ella Marco Elías Guzmán" (fls. 186).

El Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal radicado en Fundación inició el sumario y escuchó en indagatoria a los imputados, quienes sostuvieron que realmente la niña era hija de Custodia López Galindo (fls. 15 y ss.).

Luego de practicar otras pruebas se dictó auto de detención contra la mencionada pareja, por el delito de secuestro simple previsto en el artículo 269 del Código Penal, "el cual fue suspendido -agregó el Juzgado- por el artículo 22 y 23 (sic) del Decreto 180 de 1988, estableciendo una punibilidad de 15 a 20 años de prisión" (fls. 52). En la misma providencia se dispuso remitir el expediente al Juzgado Unico Especializado del Magdalena, con sede en Santa Marta.

Un primer reconocimiento del médico legista concluyó que la sindicada López Galindo no presenta "signos de parto reciente", consignando, de otra parte, "como dato síquico protuberante, sufre crisis epilépticas desde niña" (fls. 57).

El referido Juzgado Especializado avocó el conocimiento del asunto y, entre otras diligencias, oyó en declaración a la médica María de Lourdes Tatis Zambrano, quien, en consonancia con una anotación que había dejado en la historia clínica de la sindicada, reiteró que ésta, al examen practicado en marzo 18 de 1989, presentaba "embarazo más o menos de 26 semanas por amenorrea" (fls. 81 vto.), y que, de acuerdo con ello, "Julio 28 era más o menos la fecha del parto, en caso de que fuese cierto que ésa era la fecha de la última regla... estaba próxima a los 5 meses de embarazo y la altura uterina señalada era normal..." (fls. 84 vto.).

Cerrada la investigación, se la calificó mediante auto de 22 de agosto de 1989, con citación a audiencia pública en relación con ambos sindicados, por el delito de secuestro simple contemplado en el artículo 269 del Código Penal: ella como autora, y su compañero Marco Elías Guzmán como cómplice. No se hizo allí mención alguna al Decreto 180 de 1988 (fls. 147 y ss.).

Otro examen practicado a la acusada precisó:

"Antecedentes: síndrome convulsivo tratado con difenil hidantodina: hay aumento de convulsiones.

"Se hace una impresión clínica de : síndrome depresivo ansioso secundario a gran tensión" (fls. 164).

En la audiencia pública, la acusada espontáneamente dijo que su compañero Marco Elías Guzmán (quien no se hizo presente en ese acto y quien se encontraba en libertad) le recriminaba permanente no quedar embarazada, sucediendo que en

determinado momento ella dejó de menstruar, por lo cual, y ante cierto abultamiento del vientre, creyó que estaba grávida, cosa que comunicó a su compañero, dando inicio ambos a los preparativos del caso para recibir a la criatura. Sin embargo, aproximadamente a los 4 meses volvió a menstruar, hecho que no se atrevió a comunicar a su compañero, "para no dañar mi hogar", dijo. Pensó, pues, que en el hospital San Rafael podría conseguir un niño recién nacido, a quien haría pasar como suyo a su marido, que trabajaba fuera de la población. Admite que fue a dicho hospital, pero que no puede precisar cómo apareció luego con la niña (la hija de Gladys Cecilia Hernández): "Esta es la hora -dijo- en yo misma me pregunto que cómo lo hice" (fls. 187).

El ya mencionado Juzgado Especializado dictó sentencia de noviembre 30 de 1989 (fls. 186 y ss.), en la cual, en torno a la tipicidad de la conducta materia de enjuiciamiento, reiteró que era la del artículo 269 del Código Penal: "...aún cuando el Decreto 180 de 1988 reprodujo totalmente el comportamiento de secuestro penándolo más drásticamente -argumentó-, ello no significa que todo secuestro deba enmarcarse ahí, sin atender a sus fines y, sobre todo, a la finalidad terrorista o subversiva" (fls. 190).

Por otra, luego de considerar los dictámenes en mención y el dicho de la procesada en audiencia, concluyó la inimputabilidad de aquélla, debida a trastorno mental transitorio sin secuelas (art. 33 C.P.), razón por la cual la condenó, pero sin aplicarle ninguna medida de seguridad.

En relación con el procesado Marco Elías Guzmán, estimó que éste no era responsable, pues actuó convencido de que, efectivamente, su compañera había parido la niña que llevó a casa. En consecuencia, a su respecto el fallo fue de absolución.

Consultado el fallo, el Tribunal Superior de Santa Marta, por medio de auto de 13 de junio de 1990 (fls. 206 y ss.), declaró la nulidad de lo actuado a partir del proveído que abrió el juicio a pruebas, por considerar que la deficiente investigación al respecto, no permitía predicar certeza acerca de la inimputabilidad de la acusada. En este auto dijo también el Tribunal: "Ahora, también es verdad que el artículo 269 del Código Penal tipificante del secuestro simple, fue suspendido transitoriamente por el Decreto 180 de 1988 -art. 22-, y el procedimiento es el previsto en la ley 2a. de 1984" (fls. 206).

Ya el expediente en el Juzgado Especializado, se dictó allí auto de enero 14 de 1991, por medio del cual, con apoyo en el artículo 13 del Decreto 2790 de 1990, se ordenó enviar el mismo a la jurisdicción de Orden Público de la ciudad de Barranquilla, uno de cuyos Jueces resolvió el envío de las diligencias a los juzgados Superiores de Santa Marta, insistiendo en que se trataba de secuestro simple, y con fundamento en el artículo 10 del Decreto 2790 en mención (fls. 226).

El Juzgado Primero Superior de Santa Marta avocó el conocimiento, mas luego, en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), dictó auto de 7 de julio del año en curso, en el que expresa:

"Por mandato expreso de la ley, los Juzgados Superiores desaparecen al entrar en vigencia el nuevo estatuto procedimental, denominándose Juzgados del circuito.

"Los Juzgados Penales del Circuito, en razón del factor territorial, tienen restringida su jurisdicción al círculo al cual pertenecen, correspondiéndoles únicamente administrar justicia en los casos sometidos a su conocimiento y que hubieran ocurrido en su respectivo territorio" (fls. 232).

Así, dispuso la remisión del proceso a los jueces Penales del Circuito de Fundación, correspondiéndole al Primero, que resolvió mediante proveído de 19 de agosto: "De acuerdo con lo indicado en el artículo 71 numeral 4o. del nuevo Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 4o. del Decreto 2266 de octubre 4 de 1991, mediante el cual se adoptó (sic) como legislación permanente las disposiciones del Decreto legislativo No. 180 de 1988 en el artículo 22, remítanse las presentes diligencias en el estado en que se encuentran al Juzgado Regional (reparto) radicado en la ciudad de Barranquilla -Atlántico-, y en caso de no aceptarlo, se le propone desde ahora colisión de competencia negativa por parte de este Juzgado" (fls. 236).

El Juzgado Regional de Barranquilla, por auto de 7 de septiembre (fls. 239 y ss.), sostuvo que el comportamiento objeto del proceso corresponde a un delito de secuestro simple, tipificado en el artículo 269 del Código Penal: "Será acaso que se duda -dijo- que la procesada Custodia López de Galindo sustrajo a la menor para presentarla a su marido como fruto de su concepción y presunta preñez, un hijo que fortaleciera su relación marital, que diera seguridad a su maltratada y desdichada vida, hasta el momento de conocer a Marco Elías Guzmán".

De acuerdo con ello estima que, ausente cualesquiera de los fines propios del artículo 22 del Decreto 180, la competencia para este asunto es de los Jueces Penales del Circuito, según las claras voces del artículo 71-4 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 9 y 10 del Decreto 2790 de 1990, que fue acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

Precisó luego el Juez Regional:

"No siendo la conducta desarrollada por la procesada, de secuestro extorsivo, ni menos de secuestro de finalidad terrorista no es dable -como se dijo- prohijar nuestra competencia sobre este asunto".

Así resolvió remitir el cuaderno original del expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con miras a la resolución del conflicto.

Dicha Corporación, a su vez, envió el proceso a esta Sala de Casación, por competencia. En el auto respectivo reiteró su criterio en el sentido de que en casos como el presente el conflicto no se ha trabado entre diversas jurisdicciones, que es el supuesto que le otorga competencia, según los artículo 256-6 de la Carta y 9-1 del Decreto 2652 de 1991.

SE CONSIDERA

1. Ciertamente, como lo anotó la referida Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la competencia para dirimir este conflicto le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte, a tenor del artículo 68-5 del nuevo Código de Procedimiento Penal. El argumento es simple y puede resumirse así: los Jueces Regionales (antes de Orden Público) pertenecen a la jurisdicción penal *ordinaria*.

2.- Como se constata en el proceso, en éste no ha surgido discrepancia en cuanto a que el comportamiento atribuido a los procesados configuraría el delito de secuestro simple tipificado en el artículo 269 del Código Penal.

El disenso estriba en si dicho precepto fue "suspendido" o derogado por la normatividad especial (primero temporal- por estado de sitio- y luego permanente, merced a la nueva Carta) expedida con posterioridad.

Pues bien: repásese ese discurrir legislativo:

a) El Decreto 180 de enero de 1988 (vigente entonces para la época de los hechos materia del proceso) dispuso en su artículo 22:

"Secuestro. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales".

Dada la redacción de tal precepto, de estructura típica exacta a la del artículo 269 del Código Penal, se pensó inicialmente que este último artículo había sido suspendido por esa norma de excepción.

Empero, luego de reflexionar sobre el punto, esta Sala, mediante sentencia de casación de 6 de junio de 1990 (Mag. Pte Dr. Saavedra Rojas), precisó que únicamente era encajable en dicho artículo 22 el secuestro que, por fines, objeto o consecuencias, estuviera a tono con los motivos por los cuales fue expedido el Decreto 180, no sin razón llamado estatuto "antiterrorista", o para la defensa de la democracia

"Si no se dan las circunstancias sociales y políticas necesarias para que la conducta objeto de juzgamiento sea ubicable dentro de las previsiones del Decreto

180 -dijo la Sala que la mencionada ocasión-, es necesario concluir entonces que la adecuación acertada es el artículo 269 del Código Penal...".

Gracias a la hermenéutica, pues, se llegó desde entonces a la conclusión de que el referido artículo 269 sobre secuestro simple, no había sido suspendido y estaba, por tanto, vigente.

b) Posteriormente y con base en el mismo artículo 121 de la Carta anterior, se dictó el Decreto 2790 de 20 de noviembre de 1990 (que empezó a regir el 16 de enero subsiguiente), estatuto análogo al Decreto 180 y denominado "para la defensa de la justicia".

De acuerdo con el numeral 1o del artículo 9o. de ese Decreto, los Jueces de Orden Público conocen :"De los procesos por los delitos de secuestro en todas sus modalidades, con excepción de los que se atribuyen a los Juzgados Superiores en el artículo siguiente", es decir el 10o, según el cual los Jueces Superiores conocen "de los procesos por delitos de secuestro simple definidos por el artículo 269 del citado estatuto (Código Penal), cuando la calidad, cargo o profesión de la víctima, o los fines, propósitos u objetivos sean diferentes a los enunciados en el artículo 6o. de este Decreto".

El artículo 6o. nombrado calificaba a la víctima, y agregaba: "o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1o. del Decreto 1631 de 1987 o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal...".

El Decreto 99 de enero 14 de 1991 (mediante el cual se "adiciona, se modifica y complementa" el Decreto 2790), no varió en nada las citadas disposiciones.

De ahí que con esa normatividad de modo expreso consta que el artículo 269 (o secuestro "simple") continuaba vigente, sin poderse entonces predicar que había sido suspendido.

c) Esa normatividad de excepción fue sometida a estudio de la Comisión Especial Legislativa a fin de que la aprobara o improbara, de acuerdo con lo demandado por el artículo transitorio 8o de la nueva Constitución. La comisión no improbó esa legislación, procediendo entonces el Gobierno Nacional a convertirla en legislación permanente por medio del Decreto 2266 de 4 de octubre de 1991.

Dicho último Decreto en su artículo 4o. adoptó como legislación permanente varias disposiciones del Decreto 180, entre ellas el artículo 22, tipificante del secuestro, primeramente transcrito aquí.

En el artículo 11 adoptó también como legislación permanente varias normas del Decreto 2790, entre ellas el artículo 6o., así mismo copiado en precedencia.

De acuerdo al artículo 71-4 del nuevo Código de Procedimiento Penal, los Jueces Regionales conocen "de los delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991", entre los cuales, como se vio, no se encuentra el secuestro simple tipificado en el artículo 269 del Código Penal. Por su parte, el susodicho Código dispone en su artículo 72-1 que los Jueces del Circuito conocen, en primera instancia, "de los delitos cuyo juzgamiento no esté atribuido a otra autoridad", que es el caso, repítese, del mencionado secuestro simple.

No cabe, pues, duda que de un lado, el artículo 269 del Código Penal se encuentra vigente, y, de otro, que dicho secuestro simple tipificado en esa norma es de competencia, en primera instancia, del Juez del Circuito, sentido en el cual se decidirá el presente conflicto.

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

RESUELVE

DECLARAR que la competencia para conocer del presente auto radica en los Jueces Penales del Circuito. En consecuencia, remítase el mismo al Juzgado Primero Penal del Circuito de Fundación (Magdalena), dando el avise de rigor, junto con copia de este auto, a la Dirección Regional de Fiscalía de Barranquilla.

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

PRUEBA \ COAUTORIA IMPROPIA \ NULIDAD

Las consecuencias de la omisión de la práctica de algunas pruebas, lo demuestran las mismas pruebas impetradas y su capacidad de oponerse con éxito a las recaudadas en el expediente. Si su carácter es secundario se estará frente a una irregularidad. Si, por el contrario, contiene la posibilidad de generar un viraje sustancial a la investigación, el vicio es estructural y se impone la nulidad como única manera de reparar la afrenta infringida al petente.

Lo que la doctrina denomina coautoría impropia, el partícipe realiza comunitariamente, con varias personas, una misma conducta típica, respondiendo a un reparto funcional de la acción delictiva, en el que se distribuyen entre los criminales las tareas de ideación, dirección y coordinación de las diversas conductas encaminadas a conseguir el fin ilícito, guardando la unidad de designio criminoso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6211

Contra: Ricardo A.S.T. Duarte Ramírez

Delito: Hurto (calificado y agravado)

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

Aprobado acta No. 0137 (noviembre 17 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Ricardo Antonio de la Santísima Trinidad Durán Ramírez (o Aldemar Libreros Reyes), contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, de febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991), que confirmó en lo fundamental el fallo dictado por el Juzgado treinta (30) Penal del Circuito de esta ciudad, de agosto veintidós (22) de mil novecientos noventa (1990), que lo condenó como autor responsable de un delito de hurto calificado y agravado, excepto en lo relativo a la punibilidad, incrementándole la pena principal de cuarenta (40) a cincuenta y dos (52) meses de prisión, doblándole de igual manera la sanción al pago de daños y perjuicios, de cien (100) a doscientos (200) gramos-oro, sin objetar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas fijada para cumplir en tiempo igual al de la sanción principal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, al corrérsele el traslado de ley, solicita a la Sala la infirmación del libelo respectivo.

HECHOS

La síntesis la realiza con acierto el ad quem. Escúchensele sus palabras:

"...El 5 de noviembre de 1988 a las 8:00 de la noche aproximadamente, cerca de 12 hombres portando metralletas, irrumpieron en la sede principal de la Compañía "Cornapán, Ltda", ubicada en la carrera 42 Nos. 13-39/57/62 de esta ciudad, aduciendo pertenecer a la policía secreta (F.2) y que estaban efectuando un operativo, sometieron a los celadores y a todos los presentes, apoderándose de dinero en efectivo, cheques y dos revólveres, en cuantía superior a los $25.000.000.00 de pesos, para luego, en acción rápida, huir en un vehículo de color rojo.

Tres días después del asalto, en la Corporación Corpavi, oficina Centro Internacional de esta ciudad, la policía capturó a un sujeto cuando se aprestaba a consignar varios cheques de los hurtados, en la cuenta de ahorros No. 008-512576 6 que fue abierta ese mismo día 8 de noviembre/88, a nombre de David Cano, utilizándose para esto un documento de identificación falso..."

ACTUACIÓN PROCESAL

La Delegada hace el resumen de rigor que, por su acierto, merece la cita correspondiente:

"...La investigación se inició por el Juzgado 25 de Instrucción Criminal de Bogotá y adelantada la etapa instructiva en la cual se allegó diversidad de prueba

de índole testimonial, documental, y luego de vincular mediante indagatoria a José Daniel Ospina Ospina, quien fuera capturado en momentos en que efectuaba una consignación de 20 cheques de los hurtados en el asalto a Comapán, títulos valores que iban a ser depositados en cuenta de ahorros a nombre de David Cano en Corpavi; así como declarar persona ausente a Aldemar Libreros Reyes; se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de José Daniel Ospina Ospina y Aldemar Libreros Reyes, por el delito de hurto calificado y agravado (Interlocutorio del 8 de marzo de 1989, fls. 560 y ss. del Cdo. No. 2).

Por interlocutorio del 25 de abril de 1989, proferido por el Juzgado 30 Penal del Circuito de Bogotá, a quien le correspondiera el conocimiento del proceso, se decretó la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación inclusive, disponiendo la remisión de las diligencias al Juzgado Instructor, en orden a que se identificara en debida forma a Ricardo Antonio Durán Ramírez o Aldemar Libreros Reyes.

El Juzgado 25 de Instrucción Criminal, oyó en ampliación de indagatoria a José Daniel Ospina Ospina, quien para esta oportunidad, expuso conocer a Ricardo Antonio Durán Ramírez, él que junto con David Cano le entregó los cheques para consignar asegurándole que no tendría problema alguno y que además se le reconocía una propina. Igualmente indagó a Aldemar Libreros Reyes, concuñado del citado procesado, quien reconoció haber acompañado a Ospina Ospina a la oficina de David Cano, el que a su turno le solicitó US 600.00 dólares dándole a cambio unos cheques y a su vez que le consignara otros títulos valores por intermedio de su pariente, lo que se llevó a efecto.

Culminada la etapa instructiva nuevamente se calificó el mérito sumarial y en esta oportunidad el Juzgado Instructor profirió resolución acusatoria en contra de Aldemar Libreros Reyes o Ricardo Antonio de la Santísima Trinidad Durán Ramírez, por el delito de hurto calificado y agravado e igual medida en contra de José Daniel Ospina Ospina pero como presunto autor del punible de favorecimiento.

La etapa de la causa le correspondió al Juzgado 30 Penal del Circuito, despacho que por auto del 31 de octubre de 1989, abrió el juicio a prueba, fase en la cual el incriminado Durán Ramírez, solicitó que se recepcionaran los testimonios del señor Rivera S., Omar Parafán, Martha Gamma y Martha Edilma Serrato; así mismo, pidió el reconocimiento en fila ante el denunciante y el emplazamiento de David Cano. Las anteriores pruebas fueron negadas porque el procesado no indicó que pretendía demostrar con las mismas (auto del 28 de noviembre de 1989), decisión contra la cual el encausado instauró recurso de reposición y el Juzgado del Circuito por interlocutorio del 22 de enero de 1990 determinó no reponerlo (Fol.23, Cdo.No.3).

Adelantado el juicio y efectuada la diligencia de audiencia pública, el Juzgado del Conocimiento profirió sentencia condenatoria en contra de Ricardo Antonio de

la Santísima Trinidad Durán Ramírez o Aldemar Libreros Reyes, a quien le impuso como principal...(la pena de)...40 meses de prisión como coautor responsable del delito de hurto calificado y agravado; así mismo, condenó a José Daniel Ospina Ospina a la pena principal de 6 meses de arresto como autor responsable del punible de favorecimiento.

El fallo de primera instancia fue apelado por el procesado Durán Ramírez y su defensor, sentencia que modificó el Tribunal Superior de Bogotá en los términos que se han dejado consignados en precedencia y que ahora es objeto del recurso de casación...".

LA DEMANDA

La recurrente, en el ámbito de las causales tercera y primera, propone los siguientes reproches:

Primero

La omisión de pruebas es la médula de su crítica. Recuerda que, desde su indagatoria, su defendido pidió que se recepcionaran las versiones de Omar Perafán, Edilma Serrano y Martha Gama, en su calidad de testigos presenciales de la transacción que por la suma de tres mil dólares (US $ 3.000.00) realizara con Cano. De la misma manera, echa de menos la declaración de Javier Rivera quien puede dar fe de su permanencia en la capital del Tolima el día en que sucedió el hecho criminoso que se le imputa. Sobre su localización, Durán proporcionó al expediente los datos suficientes, señalando en tal sentido el restaurante "La Brasa", de propiedad de uno de ellos, concretamente de Perafán. Igualmente, tampoco se comprobó la existencia de la oficina 320, ocupada por David Cano, como tampoco se procuró su captura, pese a que el artículo 384 del C. de P.P. ordena verificar las citas hechas por los imputados. Es clara, según la demandante, la vulneración del derecho de defensa, así como también del artículo 150 del estatuto procedimental "... como imperativo categórico y por reflejo de ese quebranto se incurrió en la causal de nulidad invocada...".

Segundo

La violación indirecta de la ley sustancial, merced a una apreciación errónea de la prueba indiciaria, conforman el sustento de esta censura. Luego de indicar las disposiciones procesales y sustanciales violadas, señala la categoría de "...indicio vehemente..." que se otorgó a "...unas definiciones de autoría y unas presunciones a las que en conjunto les dio el rango de plena prueba de responsabilidad y culpabilidad del procesado frente al punible investigado...". Luego de citar al Tribunal cuando precisa los lindes conceptuales de lo que ha de entenderse como "...coautor..." y advertir sobre la tenencia de los cheques hurtados a "Comapán"

en cabeza de Durán Ramírez, señala "...dos aspectos aislados..." que influyeron en la decisión condenatoria: el matrimonio de Durán con otro nombre y los antecedentes que posee.

Luego vuelve sobre el tema del coautor, aceptando las razones del Tribunal, en lo que tiene que ver con la abstracción teórica, pero inaceptables para el caso concreto, "...pues el procesado Durán Ramírez dio claras y espontáneas explicaciones que mientras permanezcan incólumes o inéditas materialmente, hay que tenerlas como satisfactorias sobre la tenencia de los cheques...". De otra parte, asegura que "...no está probado por ningún medio legal que Durán Ramírez haya tomado parte directa o indirecta en el atraco a Comapán...", además, que "...resulta un contrasentido jurídico imputar a Ricardo Durán el delito de hurto agravado... con el argumento de que engañó a Lindaria para contraer matrimonio con ella o acudir al criterio paleolítico de la reincidencia..."

A continuación destaca "...las variadas y antagónicas manifestaciones que emite en sus indagatorias José Daniel Ospina...", que no obstante corroboran la versión de Durán Ramírez sobre la tenencia de los dos (2) cheques. Lo propio se predica de los dichos emitidos por Víctor Barato y Luis Ojeda, dándoles a cada cual uno de los cheques que recibiera de Cano tras una transacción comercial. Por tanto, lo único probado es la tenencia de estos títulos valores, sustraídos a "Comapán" el día del hurto, sin que se haya podido desvirtuar lo relatado por Durán Ramírez sobre la llegada a sus manos de esos documentos. "...Por el contrario -asegura- existen indicios para darle credibilidad...si se tiene en cuenta que hasta los mismos efectivos del F-2 pudieron comprobar que David Cano se localizaba en la oficina 320 del Centro Comercial de Rampicentro; que ese individuo si existe así tenga otra identidad, porque con ese nombre abrió la cuenta de ahorros de Corpavi y que en los sectores de Rampicentro es ampliamente conocido con ese nombre...".

A renglón seguido llama la atención sobre los testigos que trajera en su apoyo el reo pero que no fueron escuchados en el proceso, destacando luego la inexistencia de la certeza para condenar, lo que daba lugar a la aplicación del *in dubio pro reo*. A más de ello, pone de presente la situación "...idéntica..." de Ospina Ospina y Durán Ramírez, pese a lo cual se le dio al primero "...un tratamiento más benigno, posiblemente por no reseñar antecedentes penales...". Frases peyorativas continúan su pensamiento. Habla de que pareciera que en el Tribunal influyeron "...estigmas..." añejos, para arribar simplemente a una "...responsabilidad objetiva...".

Luego señala una distorsión caprichosa de la realidad probatoria y después de efectuar un repaso sobre los elementos del delito, concluye que no "...aparece siquiera remotamente un indicio vehemente..." que demuestre la participación de Durán Ramírez en el "...atraco a Comapán...", tildando "...divagaciones inútiles..." los argumentos del Tribunal, pues no hizo otra cosa que "...evaluar genéricamente la conducta social de Durán Ramírez, para establecer un posible grado de predisposición antropológica y de ese modo concluir que un antecedente penal... es índice perfecto de culpabilidad...".

Concluye diciendo que la Corporación "...incurrió en un falso juicio de identidad con respecto a la prueba, que al valorarla, tergiversó el verdadero sentido de la misma haciéndole producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto..."

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO (1o) DELEGADO EN LO PENAL

Luego de resaltar las diversas falencias técnicas que exhibe la demanda, solicita su rechazo. De otra parte, merced al incremento de pena que sufriera el acriminado en la segunda instancia, pide remediar el entuerto, regresando el monto a su cantidad original, de acuerdo con la preceptiva del artículo 31 de la C. N.

LA CORTE

Primer Cargo

1. Un fallo judicial ha de responder a criterios de equidad, justeza y ponderación. Y a más de un examen atento de la verdad procesal, el instructor debe mirar todo lo susceptible de investigación. Cargos y descargos, con igual celo, deben ser objeto de los desvelos de los investigadores, pues no es el castigo de los imputados el objeto del derecho penal, sino el encuentro de la verdad, que puede ocasionar las sanciones correspondientes en el evento de que se demuestre, de acuerdo con lo probado, la responsabilidad de quien fue procesado.

Si al fallador se le presenta, en cambio, una verdad incompleta por causa de las falencias del instructor y no por las limitaciones propias de los hechos y las circunstancias que los rodearon -y todo esto se corresponde con una desfiguración del debido proceso- no puede cumplir a cabalidad su tarea, pues ante sí solo tiene la distorsión, producto de una realidad parcial, lo que jamás puede dar origen a una sentencia justa. Debe, entonces, echar marcha atrás, mediante la declaratoria de nulidad, hasta el momento procesal en el que se abran las posibilidades de remediar el entuerto, a fin de que se practiquen las pruebas restantes, completando con ellas el horizonte procesal. El objeto de la actividad judicial -como recientemente adoctrinó la Corte- tiene como razón de ser el esclarecimiento de la verdad.

Sin embargo, como es lógico entender, los vacíos susceptibles de ser llenados por una profundización de la investigación, no deben ser nimios, entendiéndose por tales, aquellos que sólo contemplan cuestiones accesorias al tema principal. Por el contrario, su presencia ha de tener la capacidad de cambiar de rumbo el resultado de la instrucción y, con ella, la posible decisión del sentenciador, en el caso de que sea de igual o mayor entidad que las probanzas que se le oponen.

2. Tiénese entendido que es deber del censor demostrar la importancia de las probanzas dejadas de practicar; no basta, pues, su simple enunciación. Además,

debe enseñarle a la Sala porqué, de acuerdo con las pruebas existentes en los folios, aquellas que echa de menos tenían la virtud de transformar el resultado del proceso. De otra parte y como su presencia es de tal magnitud, ha de examinar prolijamente la determinación del fallador, mostrando cuáles fueron las que tuvo en cuenta para emitir su proveído, de qué manera influyeron en él y cómo la presencia de las que destaca pueden hacerle cambiar de parecer.

3. En el reproche presente, la actora exterioriza la versión de su representado en la que solicitó la recepción de tres declaraciones con el fin de demostrar el engaño al que fue sometido por David Cano, al entregarle tres mil dólares (US $ 3.000.00) a cambio de los cheques que luego se incautaron a Ospina Ospina cuando trataba de consignarlos en un establecimiento crediticio. De otra parte, pone de relieve la cita que hizo en la misma diligencia, de Javier Rivera, "...como una de las personas...que les consta que estuvo en Ibagué para el día de los hechos...".

Luego señala que en un memorial posterior, reiteró su petición con resultados negativos, aclarando que quienes presenciaron la transacción "...se localizaban en el restaurante "Carne Asada" o restaurante "La brasa" ...cuya dirección suministró en la misma indagatoria ...Tampoco se verificó, añade, la existencia de la oficina 320 de David Cano... "A continuación, advierte que "...no es lícito...catalogar como inconducente una prueba testimonial...mediante el uso de una libertad omnímoda de prevaloración..." y asegura que si hubieran practicado "...necesariamente habrían colisionado en la hipótesis del juzgador..." de encontrar reunidos los presupuestos exigidos por el artículo 247 del C. de P.P.. Seguidamente explica que la alusión a Cano como empleado de "Comapán", hecha por el procesado en un escrito y que destaca el Tribunal, obedeció a "...un error de redacción en que incurrió el asesor jurídico que hizo el memorial...", culminando su intervención con la sorpresa que le causa el que pese a la fácil localización de Cano "...no se hubiera insistido en su captura...". Hasta aquí sus palabras.

4. Como claramente se observa, no hay en todo esto un examen pormenorizado del pensamiento del fallador, y menos aún, una disección de los diferentes elementos que tuvo en cuenta éste para proferir su fallo, lo que le hubiera permitido establecer la importancia cardinal de las probanzas dejadas de practicar, capaces de desmentir las que comprometían al acusado.

Así, no mostró la demandante cómo las aseveraciones en referencia tenían la fortaleza suficiente para desmoronar el cambio de identidad de Durán Ramírez, quien, con el nombre de Aldemar Libreros, "...llevó a cabo otras conductas delictivas... distribuyó parte de los cheques hurtados, cancelando deudas de poco monto con el objeto de que le fueran cambiados y así obtener el dinero efectivo..." , como lo reseña el ad quem en el fallo cuestionado. En el proveído también se rechaza la pretendida ingenuidad de Durán Ramírez, explicando que el trueque de nombre obedeció a que "...estaba siendo requerido por la justicia en razón a los fallos que le habían sido dictados...". Igualmente explica que la solicitud de

indagatoria obedeció no a su afán de aclarar las cosas sino a la "...delación que hace Ospina Ospina al observarlo en la cárcel...". A continuación, el fallador recuerda la retractación de Ospina en la que aclaró que Cano y Durán se encontraban juntos cuando le dieron los efectos de comercio prometiéndole que por su consignación recibiría una retribución económica, lo que significa, y así lo dice el Tribunal, "...que los sujetos sabían de la procedencia de los cheques..."

Apenas se refiere la demandante a una cuestión accesoria tratada por la Corporación acerca del lapsus en que incurrió Durán, y que ya quedó reseñado, sobre la condición de empleado de "Comapán" que le asistía a Cano, lo que no es "...utópico y si en cambio tiene bastante sentido..." debido al conocimiento que tenían los asaltantes de los movimientos de la empresa.

De otra parte, tampoco alude la impugnante acerca de la coautoría impropia que le endilga la Colegiatura en la que aclara que no necesariamente se requiere para la declaración de responsabilidad de Durán Ramírez como coautor "...si estuvo o no en el asalto a Comapán, sino en extenso, cuál la actividad desarrollada y su relación directa o indirecta con el hurto...", mostrándose en un todo de acuerdo con lo expresado sobre el particular en el fallo de primera instancia, al que también debió haberse referido la casacionista, merced a la unidad que les asiste en todo lo que el de segunda instancia acepte.

Así, en este primer proveído, se habló sobre la prueba indiciaria que obra en contra de Durán, como su aparición en Briceño con un nombre ficticio, los antecedentes penales que demuestran su capacidad de engaño y de mentira, su aceptación de haber convidado a Ospina a viajar a Bogotá, como éste lo refiere en su retractación, lo que demuestra "...que cumplió la tarea de conseguir la persona que realizara la consignación de los 20 cheques ...para evitar cualquier riesgo en la empresa delictiva...", amén de los que entregara a Barato y Ojeda, configurándose aquí otro indicio al no regresar por el excedente de los títulos valores que le habían quedado debiendo "... porque su conocimiento de antemano del origen de estos y la privación de la libertad de... Ospina... lo pusieron sobre-aviso de las consecuencias que estaban por venir..." . Fue por esto que abandonó su nogar e inmediato por lo que su disculpa de no haberse presentado a las autoridades con el fin de "...conservar su hogar..." se cae de su peso.

5. Como bien se ve, plural fue la prueba de cargo tenida en cuenta para condenar a Durán, desde su aparición en la vereda "Verganza" de Briceño (Cundinamarca), pasando por el engaño a que sometió a varios de sus moradores con los cheques materia del ilícito, sin olvidar el ocultamiento de su identidad, hasta la consecución del individuo, José Daniel Ospina Ospina, para que consignara veinte (20) cheques, producto del hurto, además, de los antecedentes por similares conductas, que lo muestran como un personaje proclive al delito, que por tal motivo ha recibido varias condenas.

6o. Este panorama procesal lo tenía ante sí el fallador de primera instancia cuando le fue solicitada la práctica de algunas pruebas en la apertura del juicio para tal motivo. Era claro, por consiguiente, que la simple enunciación de unas diligencias no bastaba para decretar su realización, no solo por imperativo legal, sino por el propio decurso procesal que ya indicaba, por aquél entonces, meridianamente, la responsabilidad del encausado. Si el memorial hubiera abundado en razones sobre la pertinencia de las probanzas pedidas y hubiera mostrado como ellas tenían la virtud de cambiar la situación jurídica a favor del acriminado, desvertebrando, además, la coautoría impropia, el juzgador estaba obligado a ordenar su evacuación, pues estaría contribuyendo a enriquecer su pensamiento.

7o. Qué tan graves sean las consecuencias de la omisión, lo demuestran las mismas pruebas impetradas y su capacidad de oponerse con éxito a las recaudadas en el expediente. Si su carácter es secundario se estará frente a una irregularidad. Si, por el contrario, contienen la posibilidad de generar un viraje sustancial a la investigación, el vicio es estructural y se impone la nulidad como única manera de reparar la afrenta infringida al petente.

En el caso de la especie, el demostrar que Durán Ramírez se hallaba en Ibagué cuando se cometió el ilícito contra el patrimonio económico de "Comapán", no esclarece su situación. El Tribunal fue claro en advertir que el juicio de reproche que se le elevara no entrañaba su directa participación en el asalto y dio por sentado que, en virtud de la especialización de funciones de los codelincuentes, su participación pudo haber sido de otra índole recordando al respecto lo que la doctrina denomina coautoría impropia, donde el partícipe realiza comunitariamente, con varias personas, una misma conducta típica, respondiendo a un reparto funcional de la acción delictiva, en el que se distribuyen entre los criminales las tareas de ideación, dirección y coordinación de las diversas conductas encaminadas a conseguir el fin ilícito o, lo que es igual, guardando la unidad de designio criminoso.

A Durán Ramírez, dijo claramente el Tribunal, le correspondió, por lo menos en lo que cuenta el expediente, la etapa posterior del suceso criminal que no era otra a la de hacer efectiva parte de los cheques hurtados a "Comapán", mediante la apertura de una cuenta de ahorros en "Corpavi", a nombre de David Cano, lo que se hizo al siguiente día hábil de cometido el delito, pretendiendo al través de ella hacerse pagar veinte (20) cheques mediante el concurso de Ospina Ospina. Por ello, el que el día del asalto armado a "Comapán" hubiese estado en Ibagué, en nada contribuye a cambiar el panorama de su situación jurídica.

Ahora bien, en lo que se refiere a la presunta transacción entre Durán y Cano, de la que fueron testigos las personas a las que el procesado quiso que citaran para corroborar su aserto, es de ver que tampoco poseen la fuerza necesaria que permita descartar la responsabilidad que se le achaca a Durán Ramírez. El que hubieran presenciado la supuesta compra de los cheques por una suma crecida de dólares.

en efectivo, no explica la actitud posterior del acusado quien, en compañía de Cano, llevó a Ospina a la entidad crediticia para depositar dichos títulos valores. Si fue asaltado en su buena fe, no se explica el porqué de sus prevenciones, llegando incluso a contratar un intermediario para conseguir cambiar los cheques mediante una cuenta de ahorros espuria. Tampoco se explica la razón de su huida regresando a su hogar para de inmediato partir, llevándose las fotos que poseía su esposa, con el evidente fin de cubrir todas las huellas y eludir con eficacia la acción de las autoridades, presentándose a este proceso únicamente cuando estando detenido por cuenta de otro caso judicial, fue reconocido por Ospina en el centro carcelario, viéndose obligado a hacer acto de presencia, ante el temor de una delación.

Las pruebas impetradas, por tanto, no tenían la fortaleza necesaria para desvirtuar los cargos formulados en su contra. No hubo, por consiguiente, una violación a su derecho de defensa, pues dados estaban todos los elementos de juicio necesarios y rigorosos para predicar la certeza de su responsabilidad.

De otra parte, no es cierto que no se comprobó la existencia de la oficina 320 donde, al decir de Durán, Cano despachaba sus asuntos. Recuérdese el informe suscrito por el investigador especial, Otoniel Tangarife, en el que anota haber hecho una completa pesquisa al edificio, descubriendo como propietario de la referida oficina a César Augusto Plazas, desconociéndose si la tiene para su uso personal o se la dio en arriendo a un tercero. El lugar existe, indudablemente, pero esto tampoco descarta la participación de Durán Ramírez en el ilícito, ni desvirtúa el acopio indiciario de que se dio cuenta, apenas confirma la existencia de un sitio en el que, presuntamente, podía encontrarse a quien dijo llamarse David Cano, nombre ficticio, por supuesto, pues la cédula que presentó quien se hacía llamar de esa forma corresponde a otra persona. El encuentro del lugar, por tanto, llevaría, en el mejor de los casos, a dilucidar la identidad de este personaje, miembro, como Durán, de la banda de asaltantes que lesionó el patrimonio económico de "Comapán". Nada más.

De otra parte, el que no se hubiera vinculado al sumario a David Cano, es una crítica que se cae de su peso ya que, como se ha visto, este es apenas un nombre falso, destinado a ocultar la verdadera identidad de su usuario. Sin ahondar la investigación en este aspecto, incluso sin saberse a ciencia cierta si es real su existencia, mal podría habérsele llamado a comparecer en este proceso. Aparte de esto, su presencia, como se extrae de lo dicho en precedencia, en nada altera la situación jurídica de Durán Ramírez, cuyo protagonismo en el hecho punible es indudable.

Así las cosas, estas carencias probatorias son secundarias, constituyéndose en simples irregularidades que no afectan el derecho de defensa.

No prospera el reproche.

Segundo cargo.

En esta censura, la casacionista se refiere a una apreciación errónea de la prueba indiciaria, para configurar un error de hecho por falso juicio de identidad. No obstante, temprano, cuando apenas han transcurrido los primero renglones, se aparta de la senda escogida, virando hacia el error de derecho por falso juicio de convicción. Su queja, en ese momento, no de distorsión sino de justiprecio, pues a unas "...definiciones de autoría..." se les "...elevó a la categoría de indicio vehemente, mientras que a unas presunciones les dio el rango de plena prueba de responsabilidad y culpabilidad del procesado..."

La dilogía es evidente al entremezclar estos dos sentidos, diferentes tanto en su naturaleza como en sus efectos, como que el error de hecho tiene que ver con la expresión de la prueba, mientras que el de derecho se refiere a los tropiezos cometidos en su evaluación. La confusión del planteamiento no solo desborda la lógica del recurso, también conspira contra el principio de no contradicción, regente de la impugnación y, además, oscurece de tal manera el pensamiento de la casacionista, que convierte sus palabras en simples divagaciones alrededor de un tema determinado, lucubraciones aceptables en las instancias, pero que merecen el rechazo en sede de casación, donde se procura demostrar si la sentencia impugnada se ajusta a derecho y no si una tesis cualquiera tenía posibilidades de salir avante.

Aunque esto bastaría para inadmitir el ataque, otras falencias más le indican a la Corte que su tarea no ha terminado. La insistencia sobre la inocencia de su defendido, hacen que la impugnante cometa otros yerros contra la técnica del recurso. Aducir, como lo asegura, que Durán Ramírez se encuentra en la misma situación de Ospina Ospina, por lo que su suerte debió ser la misma de éste, es decir, culpable de favorecimiento, implica adverar que el fallador calificó erradamente la actuación en la resolución de acusación, lo que de por sí vicia de nulidad todo lo actuado de ahí en adelante. La causal tercera, es la indicada, si tales eran las intenciones de su razonamiento.

De otro lado, sus afirmaciones sobre parcialidad manifiesta de los juzgadores en contra de Durán Ramírez, tampoco aportan luces jurídicas al debate que está promoviendo. Frases así conforman opiniones, modos personales de pensar e interpretaciones propias, ajenas al recurso, como ya se observó, pues si considera que fue una actuación torticera la que motivó a los sentenciadores para emitir sus providencias condenatorias, tiene el derecho de poner tales situaciones en conocimiento de las autoridades competentes para que adelanten la investigación de rigor.

El fracaso, por tanto, es la medida de la acusación y así ha de declararlo la Sala.

La agravación de la pena en la segunda instancia

Como quiera que el Tribunal incrementó la sanción punitiva fijada en primera instancia al incriminado Durán Ramírez, en doce (12) meses más, señalándole en

definitiva la de cincuenta y dos (52) meses de prisión, atinadamente la Delegada solicita a la Corte se le dé aplicación al artículo 31 de la C.N., que prohíbe la *reformatio in pejus*, cuando se trata de apelante único.

En verdad, le asiste razón al Ministerio Público y ya esta Sala había tenido oportunidad de pronunciarse sobre el asunto de este proceso al resolver de manera positiva un pedimento de concesión de libertad elevado por Durán Ramírez . En aquella ocasión (auto de veintitrés (23) de septiembre pasado), se aclaró que la pena que debía descontar el recluso era la indicada en la sentencia de primera instancia "...por cuanto ella fue recurrida por el acusado y no tenía el grado de jurisdicción de la consulta razón por la cual al tenor del artículo 31 de la Carta Política, el Tribunal no podía agravarle la sanción impuesta por el Juzgado del conocimiento..."

En consecuencia, se declarará por parte de la Corte, que la sanción principal que debe sufrir el procesado Durán Ramírez es la de cuarenta (40) meses de prisión, en acatamiento a la normatividad vigente, término en el cual así mismo queda fijada la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

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

CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en el sentido de declarar que la pena privativa de la libertad a purgar por el procesado Ricardo Antonio de la Santísima Trinidad Durán Ramírez, es la de cuarenta (40) meses de prisión señalada en el fallo de primer grado, en vez de los cincuenta y dos (52) meses de prisión impuestos en la segunda instancia, lapso aquél en el que igualmente queda fijada la sanción accesoria de la interdicción de derechos y funciones públicas.

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 Saavedra Rojas*

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

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

EXAMEN MEDICO \ INEXISTENCIA

El peritazgo legal es el resultado de pruebas científicas, basadas en datos comprobados, cuyas conclusiones si bien no arrojan resultados absolutamente ciertos, se constituyen en elementos de juicio serios, cuyo vigor crece en la medida que compaginen con otros medios de prueba.

Si se toma en cuenta un examen que no cumple con los mínimos requisitos de seriedad, está prohijando un torcimiento de la verdad que refleja la actuación, lo que al final redundará en un fallo injusto, conspirando contra su deber de juzgador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 7002

Contra: José Miguel López Delgado

Delito: Homicidio

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

Aprobado acta No. 0138

Santafé de Bogotá, D. C., noviembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación formulado contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, calendada a octubre

ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991), mediante la cual se confirmó la dictada por el Juzgado Tercero (3o) Superior de la misma ciudad, de fecha diecisiete (17) de mayo de esa anualidad, que condenó a José Miguel López Delgado a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio del derecho y funciones públicas por un período de diez (10) años, por el delito de homicidio cometido en la persona de Eduardo Orjuela Giraldo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aparecen fielmente reseñados por la Delegada, de la siguiente manera:

"...El día 27 de mayo de 1987, en el municipio de Carcasí, y con motivo de la celebración de una misa de aniversario de muerte del padre de Eduard Orjuela Jurado y Wilson Orjuela, estos se pusieron a beber en la cantina de Benedicto Castañeda acompañados de vecinos y familiares que se habían congregado para asistir a la celebración eucarística. Allí con ellos se encontraba el agente José Miguel López Delgado quien ese día estaba de franquicia.

Hacia las cuatro y media de la tarde se presentó un altercado con cuchillo entre Luis Francisco Balaguera y Juan de Jesús Jurado por lo que tuvieron que intervenir el grupo de personas que allí departían para evitar que esto pasara a mayores. Además acudieron un grupo de agentes uniformados y otros que en traje deportivo se dedicaban a practicar fútbol. Como los borrachos en un momento llegaron a agredir a los uniformados, José Miguel López Delgado, sacó su revólver e hizo dos disparos al aire.

Allí el hoy procesado resultó en disputa con los hermanos Eduard y Wilson Orjuela. Posteriormente el grupo se retiró y fue seguido por el agente de la policía en actitud desafiante. Con posterioridad varios agentes desde el cuartel dispararon produciendo la muerte de Wilson Orjuela Bustos, de la misma forma se produjo la muerte del señor Carlos Julio Jurado Suárez, siendo responsabilizado como autor de la misma el señor José Miguel López Delgado.

Abierta la investigación penal se recepcionó la declaración de Obdulio Pacheco Díaz, quien manifestó que el día de los hechos después de arreglar su finca se vino para el pueblo. Al pasar por el andén de Benedicto Castañeda vio que se encontraban tomando Carlos Julio y Juan Jurado, Eduard, Luis Lion y Wilson que fue quien murió. También se encontraba de civil, el agente. Vio que salieron peleando Juan y Luis Lion, enfrentándose con puñal. La policía los agarró y los trajo a la cárcel. Posteriormente, el agente López, le pidió a los civiles que se fueran para sus casas, ante esto Wilson y Eduard le manifestaron que a él no lo respetaban ya que se encontraba vestido de civil. Después de esto, el grupo salió por la carrera 3a. frente a la plaza en compañía del agente de policía, siendo alcanzados casi en

seguida por tres uniformados, escuchándose inmediatamente los primeros tiros. Posteriormente se presentaron varios disparos de los agentes hacia los muchachos. Cuando el agente López llevaba a Eduard, Wilson le disparó cayendo el agente. Cuando se paró el agente, Eduard le decía a López que no lo matara, pero éste disparó. Hizo un solo disparo y a quemarropa, causándole la muerte.

Luis Eduardo Pacheco manifiesta que ese día llegó al pueblo como a las tres y media de la tarde dirigiéndose a la tienda de Benedicto Castañeda, llegando enfrente de la Caja Agraria vio a Juan de Jesús Giraldo pegándole a Luis Lion, por lo que Arnulfo Duarte los separó, además los policías les quitaron los cuchillos con los que intentaban agredirse. Después de esto todo el grupo se dirigió a la esquina de la Caja Agraria, allí alegaban y López les solicitó que lo respetaran, por lo que Eduard y Wilson le decían que no por no encontrarse uniformado, en esas uno de los del grupo le pegó a este agente en la cara y se escucharon dos tiros, después de esto se abrazaron Eduard, Wilson y López, llegando a la casa de Juan Torres, Eduard le formó problema a López, por lo que salieron los agentes. Minutos mas tarde vio que Eduard salió de adentro de una construcción y se abrazó con el agente pidiéndole disculpas, en esas Wilson le hizo dos disparos a López y éste cayó. Posteriormente, López se levantó y cogió a Eduard quien le pedía que no lo matara, incluso le manifestó que también se encontraba herido, pero el agente le puso el revólver en el pabellón de la oreja derecha y le disparó una vez nada más. El difunto Eduard no tenía nada en las manos, además recuerda perfectamente que el procesado tenía camiseta amarilla ese día.

Gabriel Angel Duarte manifiesta que ese día en la esquina de la Caja Agraria se veía que discutían con un policía vestido de civil de apellido López quien quería pelear con un señor que estaba sin ruana y con una camisa blanca. El agente vestía pantalón negro y camiseta amarilla. Después de todo esto el grupo bajó hacia la esquina de la entrada del pueblo oyéndose un disparo; posteriormente el muchacho de camisa blanca caminaba en zig zag como dirigiéndose hacia su casa, pero después se devolvió desafiando al grupo que lo mataran. Diez minutos después se escuchó la balacera, por lo que salió a ver que era lo que pasaba, viendo que los policías disparaban, terminada la balacera, vio que el agente López venía con el revólver en la mano metiéndose a la construcción de la casa de mercado, saliendo acompañado de un muchacho de blanco, cuando se encontraron a la altura del sitio donde ponen la Romana se oyeron dos disparos que los hizo un muchacho que estaba caído en el suelo. Después se pararon siguieron caminando y el muchacho le decía a López que él pagaba el expreso a Málaga ya que los dos estaban heridos, mientras tanto López estaba cargando el revólver, cuando terminó le disparó a este muchacho en la cabeza, cayendo el muchacho al suelo.

Vinculado al proceso el señor José Miguel López, se le definió su situación jurídica decretándose medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio cometido en Carlos Julio Jurado y de Eduard Orjuela Jurado. Cerrada la investigación penal se calificó el mérito del sumario acusando a José

Miguel López como autor del delito de homicidio agravado cometido en Eduard Orjuela y Carlos Julio Jurado Suárez.

Contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación por el procesado. Ante esto escuchado el concepto fiscal y teniendo en cuenta que el efecto en que fue concedido el recurso no fue el correcto, se inhibió de conocer del proceso y ordenó su devolución.

Posteriormente el Tribunal confirmó la providencia apelada. Le correspondió conocer del proceso al Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, el cual declaró la legalidad de lo actuado.

Dentro del período probatorio de la causa se recibió el dictamen del doctor Emiliano Garrido Licona, quien manifiesta que dada la hora en que se produjo la necropsia y ayudado solamente con la luz de una linterna, por lo que no fue posible apreciar detalles de tatuaje. Recuerda que las huellas no se evidenciaban, por lo que el disparo no se produjo a quemarropa.

Realizada la diligencia de audiencia pública, se profirió el fallo de primera instancia en el que se condenó a José Miguel López, como el autor del delito de homicidio en la persona de Eduard Orjuela Jurado imponiéndole una pena de diez y seis años de prisión, de la misma forma se le absolvió por el homicidio de Carlos Julio Jurado Suárez. Contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación. Ante esto el Tribunal Superior confirmó el fallo de primera instancia, por lo que la defensa recurrió en casación..."

La demanda

Con estribo en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, considera el recurrente que se presenta una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, reproche consistente en que el sentenciador ignoró y menospreció la estimativa de una prueba que de haberse apreciado adecuadamente habría tenido consecuencias relevantes frente al estudio de los tres testimonios de cargo sobre los cuales descansa el fallo de condena. Afirma el libelista que en el dictamen visible a folio 117 del cuaderno segundo, el médico legista determinó que el disparo que acabó en la vida de Eduard Orjuela Jurado no se produjo a quemarropa, habiendo los declarantes faltado a la verdad. Además -dice- en el proceso no consta la extracción del proyectil "...para su necesaria comprobación balística sobre su calibre, si 32 o 38..."

De esta guisa -concluye el actor- una duda insalvable debe operar a favor del acusado, a tenor de lo preceptuado por el artículo 248 del C. de P.P. Por todo esto, solicita a la Corte que se case la sentencia y se absuelva a su defendido.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO (1o) DELEGADO EN LO PENAL

Luego de un detenido estudio del acervo probatorio, el Colaborador Fiscal sugiere a la Sala desechar los planteamientos de la demanda y denegar lo en ella impetrado, con razonamientos a los que ulteriormente hará referencia esta Colegiatura.

LA CORTE

1o. Estima el demandante, dentro del orden de su planteamiento, que se presenta una violación indirecta de la ley sustancial, al configurarse un error de hecho, por desconocerse el dictamen forense del médico que realizó la autopsia donde se determinó que el disparo incrustado en la humanidad de Eduard Orjuela Jurado no fue hecho a quemarropa.

La experticia que según el censor fue ignorada y que obra a folio 117 del segundo cuaderno, está concebida en los términos siguientes:

"... Málaga, septiembre 30/89.

Doctora

Claudia Leonor Meneses Espinosa

Juez Tercero Superior

Bucaramanga.

En respuesta a su oficio No. 357, me permito informar a usted; que en la necropsia practicada al cadáver de Eduard Orjuela Jurado, dada la hora en que esta fue practicada (7 y 1/2 u 8 de la noche) y con la sola luz de una linterna de mano, no fue posible apreciar detalles de tatuajes, ni rastros de pólvora, ni chamuscamiento de piel o de pelos. Pero si recuerdo que dichas huellas no se evidenciaban. (Por lo que ese disparo no se produjo a quemarropa). En cuanto a su segunda pregunta. Sobre la apertura del cráneo, eso no fue posible, pus como lo expreso en el informe de esa fecha (mayo del 87) no fue posible abrir el abdomen (tejido muscular) por falta de elementos quirúrgicos, menos se podía abrir el cráneo (bóveda ósea). Fue una diligencia de simple inspección con el fin de rendir el informe médico legal.

Atentamente (fdo),

Dr. Emiliano Garrido Licona (m/d)..."

Sobre el punto concreto a que se contrae el reproche, dijo, en su momento, el Tribunal Superior de Bucaramanga:

"...Sexto. También insiste el censor, es otro de los puntos de ataque y dice él, de contraevidencia, la prueba surgida del experticio en cuanto a la no existencia de tatuajes que significa para el ilustre profesional que los presenciales han mentido, que se derrumba la fuerza probatoria de sus testimonios, que el procesado es inocente, y que el aq quo ha fijado caprichosamente una distancia superior a 50 cms. A este respecto toma en cuenta la Sala las apreciaciones del señor Fiscal del Juzgado que el cognoscente compartió y a la luz de la amplia disertación que sobre el tema hizo el defensor como consta en la audiencia (fls. 68 a 71), es admisible la argumentación consignada en la sentencia, y en manera alguna contraria a la evidencia de los hechos, pues es precisamente su ocurrencia historiada a través de los presenciales la que permite las conclusiones de responsabilidad para el procesado. Recuerda el perito (fl.117) que tales huella no se evidenciaban, lo dice el 30 de septiembre de 1989, y los hechos ocurrieron el 27 de mayo de 1987, dos años antes de aquella fecha. En segundo lugar, el examen del cadáver fue practicado después de las 7 de la noche, con la sola luz de una linterna de mano y precisa "fue una diligencia de simple inspección". Entonces, son los testigos lo que pasan a suplir la deficiencia del peritazgo. Pudieron ver y oír lo ocurrido, se constató así en la diligencia de inspección judicial, fls. 83, y sirven sus versiones para probar los hechos, merecen credibilidad y existe libertad de prueba (art. 254 C.P.P.), razones por las cuales la aportada no se demerita y cabe calcular de acuerdo a las circunstancias de modo, la distancia presumible entre el arma, la boca del cañón del arma y la cabeza de Eduard que inclinado señalaba la herida de su pie al agente López Delgado...".

2o. Como protuberante se desprende del estudio anterior pero especialmente de los argumentos esgrimidos por la Corporación que conoció del proceso en segunda instancia, el Tribunal en manera alguna ignoró su existencia o tergiversó el sentido a los alcances del documento, objeto de reproche. No lo primero, por cuanto la sola lectura del párrafo copiado pone en evidencia que ciertamente el juzgador tuvo noticia de él, sin que se hubiese desentendido del mismo. No lo segundo ya que no torció, ni forzó los argumentos, ni las palabras de su texto, ni alteró la interpretación de lo allí consignado, respetándose de tal guisa, su contenido. No se divisan, entonces, razones para adverar ignorancia o tergiversación de aquellas piezas tal y conforme los puntualiza la crítica del casacionista.

En el acto sub examen, lo que realmente aconteció fue que la susomentada diligencia se desestimó por completo ante los vicios y fallas que dentro de las reglas del tecnicismo científico adolecía. La actividad cumplida por el perito oficial para examinar el cadáver fue rudimentaria y en alto grado deficiente. Recuérdese que esta operación se realizó de manera insegura, en horas de la noche, con la simple ayuda de una linterna de mano y en circunstancias harto defectuosas, sin que falte destacar que el dictamen se rindió dos (2) años después de haberse practicado la correspondiente necropsia, lo cual -como es de simpleza entender- traduce su ejecución de manera perfunctoria, o si se prefiere, de forma científicamente insuficiente. Y no resultaría ocioso agregar que dada la ausencia de luminosidad en el lugar donde se practicó la diligencia y la ausencia de elementos

técnicos, bien pudo el médico equivocarse al no percibir el tatuaje o al afirmar que el disparo no se produjo a quemarropa.

Visto así el asunto, razón de sobra tuvo el Tribunal no solamente al poner en relieve las deficiencias de la pseudoperitación sino al afirmar -en total coincidencia en los restantes elementos de convicción cursantes en el expediente- que los testimonios de cargo suplen ventajosamente las notorias fallas del documento en cita. Lo que es completamente acertado, pues en los folios aparece demostrado con prueba de óptimo linaje probatorio, que fue José Miguel López Delgado -y nadie más- el autor del hecho de sangre donde perdiera la vida Eduar Orjuela Jurado. Por cierto que el fallador de instancia suministró en forma detallada y precisa las razones que tuvo en cuenta para arribar a tan concluyente verdad, sin consideración ninguna a las enseñanzas, nada confiables de aquella.

Deviene, entonces, comprensible que ante las notorias deficiencias que ostentaba la pericia y dejada de lado ésta, fijara el Tribunal su atención en las restantes probanzas del informativo, básicamente compuesta por una aquilatada prueba testimonial destinada a dar fe sobre el hecho investigado y los autores del mismo. Y no hay duda ninguna que las declaraciones de Obdulio Pacheco Díaz, Luis Eduardo Pacheco y Gabriel Angel Duarte, entre otros -por su imparcialidad, ausencia de interés y percepción directa del hecho relatado-, permiten reconstruir sin reservas ni dubitaciones la realidad de los hechos y la verdad de lo acaecido.

Y como el dictamen no vincula al Juez, el Tribunal para desecharlo estimó sus conclusiones con arreglo a las reglas de la sana crítica y del recto entendimiento humano, teniendo en cuenta, *in concreto*, las circunstancias de todo orden que rodearon la ejecución del acto cumplido y su coordinación con el restante legajo procesal. Y fue después de este riguroso análisis como se aseguró que el contenido medular de sus conclusiones no ofrecía garantía de verdad ni un criterio exacto de valoración.

Mal podría haberlo tenido en cuenta con tal cúmulo de falencias. Y es que el peritazgo legal es el resultado de pruebas científicas, basadas en datos comprobados, cuyas conclusiones si bien no arrojan resultados absolutamente ciertos, se constituyen en elementos de juicio serios, cuyo vigor crece en la medida que compaginen con otros medios de prueba. De ahí que si se ha realizado con el rigor que demandan los postulados de las diferentes disciplinas de las que se puede valer el perito, según la índole del caso presentado a su consideración, el Juez se encuentra obligado a examinarlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sopesándolo con el restante caudal probatorio a fin de extraer una verdad que responda a la realidad procesal y lo acerque a la histórica, única manera de proferir un fallo justo y ponderado.

Pero, en cambio, si toma en cuenta un examen que no cumple con los mínimos requisitos de seriedad, está prohijando un torcimiento de la verdad que refleja la

actuación, lo que al final redundará en un fallo injusto, conspirando contra su deber de juzgador. Hizo bien, se repite, el Tribunal en desechar un dictamen realizado en forma primitiva, sin ninguna ayuda técnica. Además, contaba con las probanzas suficientes para deducirle al procesado su responsabilidad, sin que la carencia de la experticia tuviere la capacidad de causar la duda suficiente para provocar una absolución. Así, la prueba testimonial proporciona los detalles suficientes sobre la manera como el procesado segó la vida de Eduar Orjuela, mientras se encontraba agachado mostrándole una herida recibida con anterioridad. En cambio, en vista de que las probanzas recaudadas no brindaban la luz suficiente sobre la responsabilidad que pudiera caberle en el homicidio de Carlos Julio Jurado Suárez, tanto el a quo como el Tribunal optaron atinadamente por absolverlo aplicando el *in dubio pro reo*. La ponderación y el buen juicio, acordes con las pruebas existentes, conforma la regla de oro que gobernó los fallos.

El fracaso del cargo es ostensible.

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

RESUELVE

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 Saavedra Rojas*

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

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

SECUESTRO EXTORSIVO
\SECUESTRO CON FINES TERRORISTAS
\SECUESTRO SIMPLE

Secuestro extorsivo es aquel que se realiza con el propósito de obtener un provecho ilícito de carácter económico.

Secuestro con fines terroristas en el que el comportamiento del agente está guiado por el propósito terrorista, artículo 2A Decreto 180.

Secuestro simple se estructura cuando se priva de la libertad a una persona teniendo como propósito o motivación cualquiera otra diversa a los beneficios o utilidades previstos en el artículo anterior, o cuando no se actúa con finalidades de publicidad política.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 5567. Casación

Procesado: Hidelbrando Paloma y otros.

Delito: Secuestro y Hurto

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 138

Santafé de Bogotá, D. C., noviembre diecinueve de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

El 26 de febrero de 1990 el Juzgado Quinto Especializado de esta ciudad condenó a Hildebrando Palomá Rico, José Gabriel Bocanegra Velásquez, Luis Alfredo Moreno, Gabriel Onofre Rayo, José Hermes Manjarrés y César Augusto Beltrán Aguilera, como coautores responsables del delito de secuestro, imponiéndoles la pena de prisión de cinco (5) años a los dos primeros y de quince (15) años a los restantes procesados. Por lo demás, absolvió a todos los implicados del delito de hurto calificado y agravado.

Mediante sentencia del 16 de julio de 1990, el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, confirmó la decisión anterior en lo referente a la condena por el delito de secuestro, sin embargo, revocó la absolución por el delito contra el patrimonio económico y modificó las penalidades impuestas; así, aumentó la de quince (15) años de prisión a diecisiete (17); y la de cinco (5) impuesta a Palomá Rico la incrementó en ocho (8) meses más; en cambio la irrogada a Bocanegra Velásquez, la redujo a dos (2) años y diez (10) meses, asignándole la calidad de cómplice.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por la Corporación. Las demandas presentadas a nombre de Luis Alfredo Moreno, Gabriel Onofre Rayo y José Hermes Manjarrés se declararon ajustadas a la ley.

Se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien solicitó se casara parcialmente el fallo en cuanto al delito de secuestro por el que fueron sentenciados los procesados impugnantes haciendo extensiva la decisión a los no recurrentes Hildebrando Palomá Rico, José Gabriel Bocanegra Velásquez y César Augusto Beltrán Aguilera; sin embargo, considera que la condena relacionada con el hurto calificado y agravado, de mantenerse.

La Sala entra a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS

Aproximadamente a las once y media de la noche del 31 de enero de 1989 varios individuos abordaron el taxi identificado con las placas SE 4764, conducido por Jorge Enrique Torres, a quien pidieron los trasladara al Barrio San Francisco, pero cuando iban por el Barrio San Vicente, con la utilización de un revólver sometieron al conductor y lo llevaron a una casa ubicada en la calle 3a. No. 00-11 sur del Barrio Julio Rincón, donde fue encadenado, amordazado y vendado; sitio donde permaneció hasta las horas de la tarde del otro día, en el cual fue rescatado por miembros del DAS y de la Policía Nacional cuando era custodiado por Hildebrando Palomá y José Gabriel Bocanegra, quienes dieron la información que

permitió la captura de Alfredo Moreno, Gabriel Onofre Rayo, José Hermes Manjarrés y César Augusto Beltrán.

Actuación Procesal:

El proceso penal se abrió por auto del 3 de febrero de 1989, fecha en la cual fueron escuchados en indagatoria José Hermes Manjarrés, César Augusto Beltrán Aguilar, José G. Barriga e Hildebrando Palomá Rico; al día siguiente se cumplió la misma diligencia con Luis Alfredo Moreno; y Gabriel Onofre Rayo.

El 9 de febrero del citado año se dictó auto de detención contra los indagados.

Celebrada la diligencia de audiencia pública el 5 de febrero de 1990, el 26 del mismo mes se dictó sentencia de primera instancia y la de segunda el 16 de julio siguiente.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA DE LUIS ALFREDO MORENO

En este libelo se formulan dos cargos:

El primero al amparo de la causal primera por la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del art. 22 del Decreto 180 de 1988 y falta de aplicación del art. 269 del C. P.

Considera el casacionista que la indebida aplicación de la norma sobre secuestro terrorista obedece a que en el caso investigado no hubo intenciones terroristas de ninguna naturaleza "Por el contrario se trata de conductas que se enmarcan dentro de la criminalidad convencional originada en las precarias condiciones materiales de vida de varios de los sujetos activos, conducta reprochable a la luz de la legislación ordinaria para no correr riesgos de desnaturalizar su contenido y la esencia de la legislación extraordinaria que, para el caso concreto, se ha erigido para salvaguardar a la población de actos con fines terroristas". En consecuencia solicita se case la sentencia.

El actor presenta un segundo cargo por violación directa de la ley, por aplicación indebida de las normas de derecho sustancial, arts. 349, 350, 1, 6, 9, 10 del C. P. y por falta de aplicación del art. 352.

En la demostración del cargo el impugnante sostiene: "Entonces, si la conducta que se le imputa a los condenados en la causa que se debate, a Luis Alfredo Moreno entre ellos, es la de arrebatar, es decir, la de tomar violentamente a la persona de Torres Tascón, sojuzgar su voluntad para trasladarlo desde el barrio San Vicente hasta el barrio Julio Rincón en Soacha, conducta constitutiva de secuestro simple del art. 269, en los hechos acaecidos cerca de la media noche del

31 de enero de 1989, es claro que hace parte de la descripción típica del secuestro que para el caso es el secuestro simple. Por ende, encuadraría en la descripción típica para configurar el hurto calificado agravado es tipificar dos veces la misma conducta, desconociendo al mismo tiempo, que en el proceso obra, por manifestación del mismo Torres Tascón, que sus captores recurrieron al uso del taxi para transportarlo hasta el sitio de su ocultamiento, para diligenciar los contactos con el dueño del automotor, para trasladarse hasta sitios cercanos, habiendo sido restituido el bien dentro de las veinticuatro horas siguientes a los sucesos".

Igualmente concluye pidiendo se case la sentencia.

Demanda de Gabriel Onofre Rayo y José Hermes Manjarrés

El defensor de estos sentenciados formula un único cargo al amparo de la causal primera de casación por considerar que la sentencia es violatoria en forma directa de una norma de derecho sustancial por aplicación indebida del art. 22 del Decreto 180 de 1988 y falta de aplicación del art. 269 del C. P.

Sostiene que sus poderdantes cometieron un delito de secuestro simple y que por tanto no se puede pensar que en sus conductas hubieran existido propósitos terroristas. Para llegar a tales conclusiones transcribe la parte motiva donde el gobierno explica el por qué expide el Decreto 180 y cita igualmente algunas jurisprudencias de ésta Corporación que lo llevan a terminar solicitando se case la sentencia y se dicte el fallo de reemplazo condenándolos con la penalidad prevista en la norma dejada de aplicar.

Los argumentos del Procurador Delegado

Solicitó se casara la sentencia parcialmente en relación con el delito de secuestro, fundamentando su petición de la siguiente manera:

"Como quiera que el único cargo formulado por el defensor de los procesados Gabriel Onofre Rayo y José Hermes Manjarrés concuerdan en sus fundamentos argumentación y precisión sobre la vía de ataque (violación directa) al fallo de segundo grado por aplicación indebida del artículo 22 del Decreto 180 de 1988 y consiguiente falta de aplicación del artículo 269 del C. P., con la primera censura del libelo presentado por la defensora de Luis Alfredo Moreno, procederá la delegada a analizar los reproches conjuntamente."

"A la luz de lo doctrinado en la jurisprudencia del 22 de agosto de 1990, en la que la H. Corte Suprema de Justicia concreta el cambio hermenéutico en relación con el alcance y contenido del Decreto 180 de 1988, disposición que en gran parte fue acogida por la legislación permanente contenida en el Decreto 2266 de 1991

(octubre 4), incluyendo el artículo 22 referente al secuestro con fines terroristas, le asiste razón a los censores sobre el error en la aplicación de la mencionada preceptiva en vez de aplicar el artículo 269 del C. P. Veamos:

"Es evidente la variación conceptual dada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el Estatuto para la Defensa de la Democracia (Decreto 180 de 1988), que la interpretación Literal se orienta entonces, hacia la interpretación teleológica que plantea la necesidad de exigir y por ende precisar, el elemento subjetivo (finalidad terrorista) en aquellos tipos penales en los cuales no aparece consagrado expresamente para efectos de determinar su ámbito de aplicación, tal y como ocurre con el prenombrado artículo 22. Es decir, cuando no está probado el móvil terrorista en los tipos de secuestro, debe:

" 'Si se tienen en cuenta las reflexiones que de manera reiterada ha dado la Sala para captar a cabalidad el alcance de las normas previstas en el Decreto 180 y en razón de las motivaciones sociales y políticas que tuvo el ejecutivo para dictarlo es entonces claro concluír que cuando el numeral 2o. del art. 23 del Decreto 474 de 1988 hace relación a los *artículos 268 y 269 del C. P., es porque el legislador extraordinario consideró que dichas normas continuaban vigentes de manera paralela a las previsiones que sobre el secuestro aparecen en los artículos 22 y 23 del Decreto 180 y el artículo 1o. del Decreto 474*, y no como se afirma en la jurisprudencia que se ha modificado que es para indicar que la justicia ordinaria seguirá conociendo de los delitos de secuestro que se hubieren cometido con anterioridad a la vigencia del Estatuto para la defensa de la Democracia'".

"'De aceptarse la tesis que en ocasiones venía sosteniendo la Sala, de la suspensión de los artículos 268 y 269 del Código Penal por las disposiciones del Decreto 180 de 1988, debería concluirse en la inexequibilidad del Decreto mencionado, puesto que en esta forma las previsiones de los artículos 22 y 23 no guardarían conexidad con los motivos que tuvo el ejecutivo para declarar turbado el orden público en todo el territorio Nacional, lo que resulta imposible debido al pronunciamiento que la Sala Plena de esta Corporación hizo con referencia a la citada legislación de excepción'".

" 'Se entiende ahora que cuando se dictó el Decreto 180 que preveía el delito de secuestro con similar estructura típica a la del Código Penal (secuestro simple) art. 269, pudiera aceptarse esta interpretación, porque si se trataba de dos normas que prevén una misma conducta, pero una con mayor penalidad, era evidente concluír que la correspondiente a la legislación ordinaria, necesariamente estaba suspendida por la decisión tácita del Decreto de estado de sitio. Pero esa duda interpretativa que hubiera podido surgir inicialmente, se despeja para acoger la segunda interpretación, que ahora se reitera, porque si esa hubiese sido la intención del legislador, así lo hubiera manifestado expresamente, esto es, hubiera indicado que la competencia para conocer los Jueces especializados en relación con los delitos de secuestro previstos en los arts. 268 y 269 del C. P., era en relación con

los delitos cometidos antes de la vigencia de la legislación extraordinaria; pero como evidentemente esto no se afirma en la ley, no puede el exegeta darle alcances superiores a los contenidos en la propia norma..." (subraya fuera de texto)'".

"En el presente caso el secuestro de que fuera víctima Jorge Enrique Torres Tascón, conductor del taxi de servicio público distinguido con las placas SZ-4764 y privado de su libertad de locomoción por espacio superior a 10 horas, por los aquí procesados, sin que estos exigieran por su liberación un provecho o cualquier utilidad, o para que se hiciera o omitiera algo o con fines publicitarios de carácter político o que actuaran con propósitos que puedan calificarse como creadores de zozobra o de terror en la comunidad o de alteración de la paz y la tranquilidad pública o perturbación del orden público, necesariamente se debe calificar como secuestro simple de que trata el artículo 269 del C. P., conducta típica ajena al sentido del injusto tipificado por el legislador excepcional para dictar el citado Decreto 180 de 1988, destinado a combatir tanto la subersión (sic) como la delincuencia organizada del narcotráfico, y cuyas acciones tienen como fin la desestabilización de las instituciones y la afectación de la tranquilidad general de los asociados."

"Ahora si bien el proceso estuvo bien fallado respecto del factor de competencia, en cuanto lo fue por el Juzgado 5o. Especializado y en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá, también lo es que está comprobada la aplicación indebida del art. 22 del Decreto 180 de 1988, norma inapropiada al hecho investigado como atrás se estableció. De consiguiente surge diáfana la falta de aplicación del art. 269 del Estatuto represor, que preceptúa el tipo penal del secuestro simple, disposición aplicable siempre que la conducta en ella descrita sea ajena a las causas perturbadoras del orden público."

"En consecuencia, se torna imperativo para esta Delegada solicitar a la H. Sala de Casación Penal, casar parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto hace relación con el delito de secuestro, dictando en su lugar el que corresponda a derecho, incluyendo el concurso de este punible con el Hurto Calificado y Agravado en que igualmente incurrieran los acusados en la comisión de los hechos, toda vez (sic) para este Despacho el segundo cargo formulado por la defensora de Luis Alfredo Moreno se debe rechazar por yerros técnicos en su formulación como seguidamente se expondrá."

"Segundo Cargo

Propone la defensora de Luis Alfredo Moreno la aplicación del artículo 352-1 del C. P. en lugar de los artículos 349, 350-1 y 351-6-9 y 10 ibídem, Hurto Calificado y Agravado, delito por el que en su parecer, así mismo, y en forma errada se condenó a los procesados entre ellos a su defendido, por cuanto la conducta desplegada por éstos se adecúa única y exclusivamente en el secuestro simple (art. 269 del C.P.) y el condenarlos igualmente por el delito (Hurto Calificado y Agravado) resulta violatorio del principio del Non Bis In Idem."

"Pero en lo que pretende ser la demostración del cargo, incurre en una evidente contradicción con la censura que antecede, pues si la demandante admite la comisión del secuestro simple e invoca su aplicación en lugar del tipo de secuestro consagrado en el art. 22 del Decreto 180 de 1988, no resulta admisible a la vez en sana lógica que tener en cuenta la consumación del Hurto calificado y Agravado en que igualmente incurrieron los procesados como se dejará demostrado en el proceso sea violatorio del principio Non Bis Idem, pero en cambio no serlo frente a Hurto de Uso, en que según su concepto se encuadra el comportamiento, con lo que se atrae a la censura confusión sobre la verdadera pretensión de la demandante en este cargo. Pareciera que la casacionista, plantea una errónea calificación del proceso, pero de ser así, como lo admite la censora cuando afirma que: '...se ha quebrantado el principio de la tipicidad o de adecuación típica establecido en el art. 3o. del C. P., cuando se ha seleccionado la norma que no corresponde a las conductas desplegadas por Luis Alfredo Moreno', ciertamente que era la nulidad la vía apropiada para la censura y no la que se adujo violación directa y así lo ha reiterado la Corte; por consiguiente tales yerros técnicos impiden el estudio de fondo de la misma, y en consecuencialmente (sic) que no puede prosperar la acusación".

Consideraciones de la Sala

El Código Penal actualmente vigente tiene tipificados los delitos de secuestro simple y secuestro extorsivo en los artículos 268 y 269.

El primero establece "*Secuestro extorsivo*. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de 6 a 15 años".

"Art. 269. *Secuestro simple*. El que con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de 6 meses a 3 años."

De otra parte, el artículo 22 del decreto 180 de 1988 dispone: "*Secuestro*. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de 15 a 20 años y multa de 100 a 200 salarios mensuales".

La norma últimamente transcrita se convirtió en legislación permanente en virtud de lo dispuesto en el art. 4 del Decreto 2266 de 1991.

Por medio del Decreto 1038 de 1984 el Presidente de la República, haciendo uso de las facultades extraordinarias que le daba el artículo 121 de la Constitución de 1886, declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de

la república. Las argumentaciones que explican la razón de acudir a éste mecanismo extraordinario están contenidas en la parte considerativa del mismo decreto, que dice:

"Que en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados que han atentado contra el Régimen Constitucional, mediante lamentables hechos de perturbación del orden público y suscitando ostensible alarma en los habitantes;"

"Que para conjurar la grave situación especialmente en los departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca, el gobierno declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de dichos departamentos por medio del decreto 615 de 14 de marzo anterior;"

"Que el gobierno ha utilizado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales los medios que le atribuye la legislación ordinaria, sin que haya bastado su efecto para recobrar la normalidad;"

"Que con posterioridad a la expedición del Decreto 615 de 1984, han tenido lugar asaltos a poblaciones por obra de grupos armados, entre ellos los ocurridos sobre Acevedo en el departamento del Huila, Corinto en el departamento del Cauca, Sucre y Jordán Bajo en el departamento de Santander, Giraldo en el departamento de Antioquia y Miraflores en la Comisaría del Guaviare;"

"Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional;"

"Que recientemente ocurrieron actos terroristas en las ciudades de Medellín, Cali y Bogotá, causantes de la destrucción de numerosos vehículos de transporte colectivo;"

"Que al anochecer del día de ayer fue asesinado el señor Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla;"

"Que en general, hechos de violencia provocados por las circunstancias antes mencionadas han ocasionado sensibles bajas del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía, lo mismo que víctimas en la población civil."

Posteriormente se dictaría el Decreto 180 de 1988 en el cual se justifica la adopción de las medidas legislativas extraordinarias con los siguientes argumentos:

"Que mediante Decreto 1038 de 1984 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;"

"Que la declaratoria de turbación del orden público se originó en la ocurrencia de actos terroristas en diversas ciudades, y en general por la realización de hechos violentos que han ocasionado sensibles bajas de miembros de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y en la población civil;"

"Que tales fenómenos de perturbación del orden público se han agravado considerablemente en todo el territorio nacional, manifestándose en actos que atentan contra la vida e integridad de funcionarios del Estado, dirigentes políticos y sindicales, intelectuales; el secuestro de candidatos a alcaldías y corporaciones públicas de elección popular, con fines desestabilizadores de las instituciones democráticas;"

"Que igualmente, mediante actos terroristas se han causado graves daños a oleoductos, plantas industriales, edificios públicos, sedes de partidos y agrupaciones políticas, instalaciones militares, policiales y de servicios públicos;"

"Que el decreto-ley 3418 de 1954, en sus artículos 1o. y 5o., establece que los canales radioeléctricos que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de telecomunicaciones, son propiedad exclusiva del Estado y que en caso de guerra exterior o grave conmoción interna, el Gobierno podrá mientras dura la emergencia, recobrar el dominio pleno de las frecuencias o canales que hubiere cedido en explotación a los particulares;"

"Que es deber del Gobierno Nacional enfrentar esta situación de violencia generalizada y de ataques premeditados a las instituciones democráticas que se han manifestado en el auge de actos terroristas, para lo cual es necesario complementar las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal;"

"Que la declaración del actual estado de sitio tuvo origen, igualmente, en la acción criminal de grupos relacionados con el narcotráfico, la cual se ha concretado en actos desestabilizadores de las instituciones democráticas, como la muerte violenta del Procurador General de la Nación".

Es entonces indesconocible que los instrumentos jurídicos y políticos que proporcionaba la Constitución Nacional de 1886 al Presidente de la República en el caso concreto que se analiza tenía como causa motivante la perturbación del orden público, ocasionada por la acción de bandas de narcotraficantes y terroristas. Por ello, siguiendo los lineamientos normativos y jurisprudenciales se toman medidas de lucha eficaz, exclusivamente tendientes a someter al imperio de la ley las bandas que son causa de la declaratoria de perturbación.

En esas condiciones la reglamentación así expedida no podía contener normas de diversa naturaleza porque estaría vulnerado la integridad constitucional, en razón de que las facultades extraordinarias conferidas limitaban las medidas tomadas a las estrictamente necesarias para conjurar los efectos de la perturbación

del orden público. Por ello la Corte Suprema de Justicia, al ejercer el control de constitucionalidad, de manera reiterada exigió la relación de causalidad entre los motivos que ocasionaron la declaratoria de perturbación y las medidas tomadas con fundamento en las facultades legislativas extraordinarias proporcionadas por el artículo 121 de la C. N.

Por estas razones el Decreto 180 solo podía contener medidas legislativas de derecho penal material y procesal penal destinadas exclusivamente a superar las causas de la perturbación, sin que el Presidente pudiera suspender la normatividad del Código Penal en cuanto hace relación con el secuestro extorsivo y secuestro simple; pues, además de que tal medida carecería de la necesaria relación causal, hubiera ocasionado un vacío legislativo de imprevisibles y nefastas consecuencias, al dejar en la impunidad muchas conductas atentatorias de la libertad de los ciudadanos, cuando los delincuentes los privaran de tal derecho sin finalidades terroristas.

En las condiciones precedentes coexisten en la legislación actual tres formas de secuestro que cubren conductas perfectamente diversas; una la relacionada con la pérdida de la libertad de un ciudadano cuando el agente actúa "con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo con fines publicitarios de carácter político..."

La segunda modalidad se estructura cuando se priva de la libertad a una persona teniendo como propósito o motivación cualquiera otra diversa a los beneficios o utilidades precisadas en el artículo anterior, o cuando no se actúa con finalidades de publicidad política. Y finalmente el secuestro terrorista que es el consagrado en el art. 22 del Decreto 180 en el que el comportamiento del agente está guiado por el propósito terrorista, de crear zozobra e inseguridad social, pudiendo ser que se trate de una actividad con finalidades políticas o de cualquier otra naturaleza.

Ahora bien, cuando se trata del secuestro tipificado en el artículo 268 en el que se haya actuado con fines publicitarios de carácter político, o cuando la víctima es una persona de una determinada importancia política o social, puede presentarse alguna dificultad para distinguirlo del secuestro terrorista; allí es labor del intérprete entrar a determinar si la escogencia de la calidad de la víctima estuvo orientada a la búsqueda de personales propósitos o si fue, por el contrario, el de ocasionar desasosiego social como consecuencia de la importancia de la víctima.

De todas maneras, considera la Sala, que ante cada caso concreto es menos difícil determinar cuándo la finalidad puede ser simplemente política sin ser terrorista y cuándo política con propósitos terroristas; pues en la primera hipótesis, la actuación se dirige a promover una determinada ideología, la imagen de un líder, o unos específicos propósitos de activismo del partido o del movimiento; pero cuando la lucha política ha tomado los caminos de la subversión y de la búsqueda

del poder por medios violentos o terroristas, de manera regular está matizada generalmente por demostraciones de fuerza, que tienen el objetivo de dar una sensación de vigor y poderío de los cuales carecen; apariencia que consiguen mediante el amedrentamiento y la zozobra que logran producir entre los miembros de la comunidad, quienes terminan por creer que se encuentran enfrentados a movimientos de mayor potencialidad política y militar.

Ya la Corte en pronunciamientos que preceden a este, había llegado a las conclusiones anotadas. Así, en sentencia del 22 de agosto de 1990, siendo ponente el Magistrado que en esta actúa en la misma condición, se dijo:

"Comparte la sala la impugnación del censor, porque la verdad es que la puesta en vigencia del decreto 180 de 1988 como legislación de estado de sitio dictada bajo las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional, produce las más diversas consecuencias. Una de ellas es la creación de nuevos tipos penales que no aparecen en la codificación ordinaria; otra es que suspende todas aquellas disposiciones de la ley común -de derecho penal material o procesal- que le sean contrarias; pero ha de reconocerse que en relación con varios delitos se presenta un verdadero paralelismo, entendiendo esta expresión como la existencia de un mismo ilícito previsto simultáneamente en las normas ordinarias y de estado de sitio, en ocasiones con una mayor riqueza descriptiva en la segunda, pero en otras repitiendo la descripción de la conducta típica existente en la primera.

"En las condiciones anteriores el intérprete debe ser especialmente cuidadoso para determinar con claridad cuáles son los preceptos ordinarios que han sido suspendidos y cuáles rigen simultáneamente con los de estado de sitio y, de presentarse esta última hipótesis, cuándo y en qué circunstancias debe ser aplicada la disposición común o la de excepción.

"En el supuesto de la doble tipicidad en ordenamientos de origen y contenido políticos completamente diferentes, se presentan los más diversos fenómenos; tal como el caso del homicidio que en la legislación para tiempos de paz contiene un tipo básico, con otros subordinados, agravados y privilegiados y desde la perspectiva de la culpabilidad de triple concepción, esto es, las modalidades dolosa, culposa y preterintencional. Por su parte, en la normatividad extraordinaria aparece un homicidio terrorista, que se concreta por la muerte de alguna de las personas específicamente enumeradas en la norma que lo consagra (artículo 29 del decreto 180 de 1988), es decir, que se trata de un tipo con sujeto pasivo cualificado y con particulares circunstancias de agravación prevista en el artículo 30.

"Similar duplicación de tipos se presenta en las dos compilaciones legislativas en relación con el secuestro, pero con mayores complejidades de interpretación, que justifican el que esta corporación con anterioridad haya hecho una determinada exégesis del fenómeno y ahora insista en una nueva versión hermenéutica del mismo problema, cuyas bases se sentaron en providencia del 6 de junio del año en curso, a la cual se hará referencia en su oportunidad.

"Efectivamente, en el artículo 268 del Código Penal aparece la descripción del secuestro extorsivo, que no está tipificado bajo ese nomen iuris en el artículo 22 del decreto 180 de 1988, en donde se define la conducta, allí denominada simplemente 'secuestro' y que no coincide con las expresiones utilizadas por el estatuto punitivo común en los artículos 268 (secuestro extorsivo) y 269 (secuestro simple), este último, en la medida en que en él no aparece la expresión 'con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior', lo que precisa, para determinar su adecuación, hacer el juicio correspondiente sobre los fines del agente, descartando los ya relacionados en el artículo que consagra el secuestro extorsivo, operación mental que por tanto no resultaría necesaria frente al tipo del artículo 22 del Estatuto para la defensa de la democracia.

"No obstante lo anterior, en la norma 23 del decreto 180 se estipulan unas circunstancias de agravación punitiva, la última de las cuales (literal h) recoge dos de los elementos subjetivos que se incluyen en la legislación ordinaria como ingredientes del secuestro extorsivo del artículo 268: 'para hacer u omitir algo' y 'fines publicitarios de carácter político', si bien la redacción del primero de ellos es más afortunada en la legislación ordinaria en donde aparece como 'para que se haga u omita algo', aludiendo más claramente al hecho de que la exigencia de acción u omisión se dirige a persona diversa del agente, en tanto que en la norma de excepción se utiliza el infinitivo 'hacer u omitir', que no brinda la misma claridad interpretativa.

"Y finalmente el artículo 1o. del decreto 474 de 1988, para efecto de señalar la competencia de los jueces de orden público, hace una enumeración de las personas sobre las cuales se podría cometer varios de los ilícitos previstos en el decreto 180, entre los cuales se incluye el secuestro. A pesar de tratarse de una norma procesal de señalamiento de competencia, es evidente que tiene repercusiones típicas en cuanto a la estructuración del delito de secuestro dentro de las modalidades del decreto 180.

"Es claro para la sala, y ya haciendo referencia de manera específica al secuestro, que es el problema jurídico que se demanda en casación, que tal delito dentro de la perspectiva del Código Penal puede ser, de acuerdo con sus modalidades, monotutelar o plurititelar, según que proteja uno o más bienes jurídicos. Pero en relación con las modalidades previstas en el decreto 180, es evidente que se agrega un nuevo bien jurídico que debe entenderse amparado por el tipo de secuestro, cual es la seguridad pública, la conservación del órden público y su restauración, afirmando que no puede desconocerse porque -si esas fueron las motivaciones políticas que llevaron a la Presidencia de la República a declarar en estado de sitio toda la Nación, y si en la búsqueda de los propósitos de restablecimiento del orden público turbado se dictó el decreto 180 de 1988 y en él se tipificó nuevamente el delito de secuestro con diferencias respecto de la legislación ordinaria que por ello mismo resulta contraria a las especificaciones de la norma de excepción y por tanto no puede entenderse como suspendida- es natural concluir

que la nueva forma de secuestro debe tener finalidades terroristas, así en su descripción no se haga expreso dicho elemento subjetivo, o el ánimo de causar perturbación pública o zozobra social; o debe ser realizado sobre una de las personas enumeradas en el artículo 1o. del decreto 474 de 1988 con finalidades similares. Y debe ser así, porque de otra forma no tendría sentido repetir normas, pues si no se puede inferir la suspensión de las disposiciones comunes, las nuevas deben necesariamente interpretarse y aplicarse dentro de los lineamientos de las circunstancias históricas y políticas que justificaron su nacimiento y de acuerdo con los parámetros de hermenéutica por medio de los cuales la Corte declaró su exequibilidad. Sólo de esta manera podría resolverse lo que en realidad constituye un concurso aparente de tipos.

"Para concluír es entonces necesario decir que para que pueda realizarse el proceso de adecuación en algunos de los comportamientos previstos en el decreto 180 (arts. 22 y 23) es indispensable que el secuestro haya tenido una motivación terrorista por parte del sujeto activo de la infracción, o que se haya actuado con el propósito de crear zozobra entre la ciudadanía; o que por la cualificación del sujeto pasivo del hecho se advierta la intención de afectar o perturbar el orden público; o que las circunstancias comportamentales de su realización necesariamente lleven a la alteración del orden público, debiéndose, en todos estos casos, al aplicar la ley, recordar las motivaciones que tuvo el gobierno nacional para declarar turbada la normalidad institucional en todo el territorio nacional mediante el decreto 1038 del 1o. de mayo de 1984, móviles que son importantes porque, recuérdese que esta corporación, en sus decisiones de constitucionalidad, ha venido exigiendo de manera reiterada que el contenido de los decretos de estado de sitio debe tener conexidad con los motivos que tuvo el ejecutivo para declarar turbado el orden público y, cuando no se ha establecido tal relación, se ha declarado su inexequibilidad por ausencia de la misma."

"Es entonces el decreto 180 y en general todos los que se han dictado bajo las facultades que confiere el artículo 121 de la Carta a partir de entonces, el remedio extraordinario que el ejecutivo ha buscado ante el fracaso de las previsiones de la legislación ordinaria; y siendo ésta la motivación política y social que justificó la declaratoria de estado de sitio, es de absoluta necesidad concluir que existiendo normas paralelas sólo podrán ser aplicadas las de estado de sitio, cuando las conductas efectivamente afecten el orden público, que se pretende proteger de manera extraordinaria, porque cuando se trata de violaciones normales al orden jurídico, como consecuencia de lo que podría denominarse criminalidad convencional, es apenas natural que se recurra a la legislación ordinaria, porque proceder de otra manera sería desconocer el querer del legislador, que concibió tal legislación excepcional sólo en razón de las consideraciones antecedentemente transcritas y se desconocería también de contera la jurisprudencia constitucional de la Corte de manera indirecta, en cuanto que se les estaría dando viabilidad jurídica a normas extraordinarias para solucionar o sancionar casos y conductas que nada tienen que ver con los motivos de perturbación y que no afecten en mayor grado el orden

público, debiéndose entender éste dentro de la concepción política que de él tuvo el ejecutivo para justificar la expedición del decreto 1038 de 1984. La Corte, de manera reiterada, ha venido realizando claras precisiones en cuanto a los alcances de la legislación de emergencia, no sólo por su jurisprudencia constitucional, sino por las decisiones de la sala de casación penal, que en varias ocasiones se ha pronunciado sobre el tema, especialmente en referencia al tantas veces mencionado decreto 180".

"Si se tienen en cuenta las reflexiones que de manera reiterada ha dado la sala para captar a cabalidad el alcance de las normas previstas en el decreto 180 y en razón de las motivaciones sociales y políticas que tuvo el ejecutivo para dictarlo, es entonces claro concluir que cuando el numeral 2o. del artículo 23 del decreto 474 de 1988 hace relación a los artículos 268 y 269 del Código Penal, es porque el legislador extraordinario consideró que dichas normas continuaban vigentes de manera paralela a las previsiones que sobre el secuestro aparecen en los artículos 22 y 23 del decreto 180 y artículo 1o. del decreto 474 y no como se afirma en la jurisprudencia que se ha modificado, que es para indicar que la justicia ordinaria seguirá conociendo de los delitos de secuestro que se hubieren cometido con anterioridad a la vigencia del Estatuto para la defensa de la democracia.

"De aceptarse la tesis que en ocasiones venía sosteniendo la Sala, de la suspensión de los artículos 268 y 269 del Código Penal por las disposiciones del decreto 180 de 1988, debería concluirse en la inexequibilidad del decreto mencionado, puesto que en esta forma las previsiones de los artículos 22 y 23 no guardarían conexidad con los motivos que tuvo el ejecutivo para declarar turbado el orden público en todo el territorio nacional, lo que resulta imposible, debido al pronunciamiento que la sala plena de esta corporación hizo con referencia a la citada legislación de excepción.

"Se entiende ahora que cuando se dictó el decreto 180 que preveía el delito de secuestro con similar estructura típica a la del Código Penal (secuestro simple, artículo 269), pudiera aceptarse esta interpretación, porque si se trataba de dos normas que prevén una misma conducta, pero una con mayor penalidad, era evidente concluir que la correspondiente a la legislación ordinaria, necesariamente estaba suspendido por decisión tácita del decreto de estado de sitio. Pero esta duda interpretativa que hubiera podido surgir inicialmente, se despeja para acoger la segunda interpretación, que ahora se reitera, porque si esa hubiere sido la intención del legislador, así lo hubiera manifestado expresamente, esto es, hubiera indicado que la competencia para conocer los jueces especializados, en relación con los delitos de secuestro previstos en los artículo 268 y 269 del C.P., era en relación con los delitos cometidos antes de la vigencia de la legislación extraordinaria; pero como evidentemente esto no se afirma en la ley, no puede el exegeta darle alcances superiores a los contenidos en la propia norma.

"El compartir la jurisprudencia anterior implicaría desconocer una realidad procesal evidente en cuanto a las competencias, para efectos de reconocer la

subsistencia o vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal, porque dentro de tal criterio se podrían proponer varios interrogantes que no tendrían respuesta, de perseverarse en la doctrina que ahora se precisa, o que necesariamente llevarían a reconocer la vigencia de tales normas ordinarias.

"Los secuestros cometidos en personas diversas de las enumeradas en el artículo 1o. del decreto 474 de 1988, por qué funcionario serán conocidos?

"Cuáles serán los funcionarios competentes para conocer los delitos de secuestro de las personas enumeradas en la norma antes citada, pero cuando las motivaciones de los agentes sean diversas a la de sus 'creencias u opiniones políticas o no'? Cuál el funcionario competente para conocer del delito de secuestro, cuando no tenga motivaciones terroristas, ni ánimos de crear zozobra o desasosiego social?

"Es evidente que los artículos 268 y 269 del Código Penal siguen vigentes, a pesar de la existencia del artículo 22 del decreto 180 y del 1o. del decreto 474 de 1988.

"Es igualmente evidente que cuando el numeral 2o. del artículo 23 del decreto 474 de 1988 menciona los artículos 268 y 269, no es para conferirles competencia a los jueces especializados en los delitos de secuestro cometidos antes de la legislación del estado de sitio, como se había afirmado, sino para señalar la facultad de juzgamiento en la justicia ordinaria de las otras formas de secuestro, que por no quedar comprendidas en los artículos 22, 23 del 180 y 1o. del 474, necesariamente lo están en los artículos 268 y 269. Por ello y en relación con el caso concreto motivo de análisis, se ha de concluir que desde la perspectiva de la competencia, el proceso estuvo bien fallado, en cuanto lo fue por un juzgado especializado, y en segunda instancia, por el Tribunal del Distrito Judicial de Cali. Pero lo que no acaba de entender la sala es que, siendo justicia ordinaria, se haya aplicado una norma (artículo 22 del decreto 180 de 1988), que es competencia exclusiva de los funcionarios de orden público. Siendo coherentes, o se ha debido aclarar incompetente y remitirlo a los jueces de orden público, o si, como lo hizo, se creía competente, ha debido dar aplicación al artículo 269 del Código Penal.

"En las condiciones anteriores ha de concluirse que efectivamente se ha presentado una infracción directa a la ley penal, como acertadamente lo propone el censor, por aplicación indebida de los artículos 22 y 23 del decreto 180 de 1989 y consecuencialmente se ha de casar parcialmente la sentencia, en cuanto hace relación con el delito de secuestro y, en tales condiciones, tal como lo dispone el numeral 1o. del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal, se procederá a dictar el fallo de reemplazo".

De conformidad con las argumentaciones realizadas en precedencia, es forzoso concluir que existen las tres formas de secuestro, tanto las tipificadas en la norma penal ordinaria como la prevista en la legislación de estado de sitio hoy convertida en legislación permanente.

Analizados los aspectos legislativos y jurisprudenciales anteriores se debe precisar a cual de las descripciones típicas del secuestro puede corresponder la conducta de los procesados. Es claro que por la forma como se desarrolló el secuestro, como actuaron en los momentos subsiguientes, por la confesión de lo que pensaban hacer con el dinero obtenido de la ilicitud, y la calidad de la víctima, se ha de concluir que se trata de un secuestro extorsivo tal como aparece tipificado en el Código Penal, pues en verdad la finalidad terrorista no se aprecia en ninguna de las actuaciones de los sentenciados. Debe así mismo descartarse la existencia del secuestro simple, del que hablan los impugnantes, porque como ya se había precisado, este delito solo puede existir cuando el agente actúa con finalidades diversas a la de la búsqueda de un provecho o cualquier otra cualidad ilícita, o para que se haga u omita algo o cuando busca finalidades publicitarias de tipo político o cuando se procede con objetivos terroristas, y como en este caso el hecho se realizó con el propósito de obtener un provecho ilícito de carácter económico y no se demostró una finalidad terrorista, ha de concluirse la existencia del secuestro extorsivo previsto en el artículo 268 del C.P.

En las condiciones anteriores y en desacuerdo parcial con la impugnante y con el representante del Ministerio Público se casará parcialmente la sentencia en relación al delito de secuestro porque efectivamente se presenta una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 22 del Decreto 180 de 1988, -convertido en legislación permanente en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2266 de 1991- y por falta de aplicación del artículo 268 del C.P.

Como ambos recurrentes plantearon la misma causal es obvio que la decisión debe favorecer a los tres procesados que recurren en casación, Luis Alfredo Moreno, Gabriel Onofre Rayo y José Hermes Manjarrés Betancourth y también a los no recurrentes César Augusto Beltrán Aguilera, Hildebrando Palomá Rico. (Art.243 del C. de P.P.).

No se hace extensivo los efectos del recurso extraordinario en relación con el procesado Gabriel Bocanegra Velásquez, porque de hacerlo su situación desde el punto de vista punitivo se vería gravemente afectado.

Lo anterior aunque parezca paradójico es posible porque al habérsele condenado a 2 años y 10 meses como cómplice de los delitos de secuestro terrorista y hurto agravado y calificado, pero haciéndolo acreedor a la rebaja por colaboración eficaz (art. 37 Decreto 180 de 1988) que la prevé en las dos terceras partes, que dio finalmente esa penalidad de 2 años y 10 meses.

La Sala consideró que quién prestó una real colaboración eficaz fue el procesado Palomá porque cuando Bocanegra dio algunas informaciones ya nada aportaban a las autoridades; ninguna colaboración novedosa ni eficaz y por tanto al condenársele por secuestro extorsivo, tampoco era acreedor a la rebaja prevista en el art. 34 de la ley 2a. de 1984, por no haber existido la colaboración que lo haría acreedor a una rebaja de pena de conformidad con dicha norma.

En las anteriores condiciones, como cómplice tendría una pena de 4 años, la mitad de la de los autores, muy superior a los 2 años y 10 meses, impuesta en segunda instancia.

En las condiciones anteriores hacer extensivo los efectos de la casación a este procesado se estaría haciendo más gravosa la situación de quien en este caso no es recurrente; y por tanto se dejará sin modificación la sentencia recurrida en relación al mismo.

Por otra parte, el defensor del procesado Moreno propone un segundo cargo de violación directa a la ley sustancial por la supuesta aplicación indebida de los artículos 349, 350. 1.6.9.10. del Código Penal y por falta de aplicación del artículo 352 ibídem.

En este reproche el censor manifiesta que se ha violado el principio del non bis in idem por la coexistencia del secuestro con el hurto calificado y agravado, sin embargo el impugnante sostiene la coexistencia del secuestro con el delito de hurto uso, lo que hace evidente la contradicción intrínseca de la propuesta de censura, pues si no es admisible en el primer caso, no hay razón para afirmar que sí puede aceptarse en segundo evento.

El impugnante también predica una supuesta errónea calificación del proceso en cuanto afirma que: "...se ha quebrantado el principio de tipicidad o de adecuación típica establecido en el artículo 3 del C.P. cuando se ha seleccionado la norma que no corresponde a las conductas desplegadas por Luis Alfredo Moreno". De haber sido así, ha debido formularse el ataque por la vía de la nulidad, como con acierto lo destaca la Procuraduría Delegada.

En las condiciones anteriores y ante desaciertos técnicos tan evidentes, no es posible que el cargo prospere.

Tomando en cuenta que a los recurrentes Moreno, Rayo y Manjarrés y al no impugnante Beltrán se le condenó en primera instancia por la modalidad de secuestro terrorista, a quince (15) años de prisión, y en segunda se le aumentó a diecisiete (17) años, por haberse revocado la absolución por el hurto calificado y agravado, ahora se tasará la pena que se les debe imponer, partiendo de la mínima prevista para el secuestro extorsivo, esto es la de seis años, a los cuales se sumarán los dos que se aumentaron por el delito contra el patrimonio económico, para dejarla finalmente en ocho (8) años de prisión; a la vez se reducirán la penas accesorias en la misma proporción y se revocará la pena de multa, por cuanto no está consagrada para el delito de secuestro extorsivo.

En síntesis, los procesados Luis Alfredo Moreno, Gabriel Onofre Rayo, José Hermes Manjarrés y César Augusto Beltrán serán condenados a la pena principal de ocho (8) años de prisión como responsables de los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado y agravado.

Los efectos del fallo que se casa, como es apenas evidente, habrá de cobijar igualmente la situación jurídica del otro procesado, porque al haber sido condenado también por el delito de secuestro terrorista, de la misma manera respecto de ellos es predicable la violación directa de la ley penal que afecta la sentencia impugnada, excepto a Bocanegra por las razones expresadas con anterioridad. (Art. 243 C. de P.P.).

Así, para dosificar la pena correspondiente al sentenciado Palomá, recuérdese que fue absuelto por el delito de hurto y condenado en primera instancia como coautor del delito de secuestro terrorista, habiéndose reducido la penalidad en dos terceras partes por colaboración eficaz y fijado la pena principal en cinco años de prisión. No obstante, tal penalidad se incrementó en ocho (8) meses para Palomá como consecuencia de la revocatoria de la absolución por el hurto.

Modificada la adecuación típica de la conducta, la situación de éste procesado es distinta. Así, la primera advertencia que se debe hacer es la de la inaplicabilidad de la rebaja de la pena por colaboración eficaz consagrada en el art. 37 del Decreto 180 de 1988, por cuanto ya no se trata de uno de los delitos descritos en ese estatuto. Sin embargo, considerando que Palomá, fue no solo el primero de los procesados, sino además el único que colaboró eficazmente con el esclarecimiento de los hechos y la participación de los responsables, por cuanto desde la versión libre relató la planeación del secuestro, es merecedor a la rebaja de pena de que trata el artículo 34 de la ley 2a. de 1984, esto es la de una tercera parte a la mitad. En consecuencia a este sentenciado, de la pena fijada para sus compañeros de delincuencia, se le reducirá la mitad, quedando concretada en cuatro (4) años de prisión.

Y es necesario agregar que en este caso específico la sentencia de segunda instancia no puede entenderse limitada por la norma constitucional que se comenta, por cuanto los delitos de competencia de los jueces especializados estaban sometidos a consulta obligatoria (art. 19 de la ley 2a. de 1984), institución procesal que sí admite la agravación de la pena en segunda instancia y por ello al haberse revocado la absolución por hurto para condenar por el mismo no se puede considerar como violación del principio constitucional existente en el art. 31.

Así las cosas, Hildebrando Palomá Rico será condenado a la pena de cuatro (4) años de prisión, en condición de coautor de los delitos de secuestro extorsivo y hurto. A ese término se reducirán las penas accesorias.

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 la sentencia impugnada.

CONDÉNASE a los procesados Luis Alfredo Moreno, Gabriel Onofre Rayo, José Hermes Manjarrés y César Augusto Beltrán Aguilera a la pena principal de ocho (8) años de prisión, como coautores responsables de los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado y agravado.

CONDÉNASE al procesado Hildebrando Paloma Rico a la pena de cuatro (4) años de prisión como coautor responsable de los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado y agravado.

REVÓCASE, en el caso de todos los procesados, la pena de multa.

MODIFÍCANSE las penas accesorias, limitándolas en su duración al mismo tiempo de las penas principales.

CONFÍRMASE las restantes determinaciones del fallo impugnado, especialmente en cuanto a la inmodificabilidad de la sentencia de Gabriel Bocanegra Velásquez.

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

"Las apelaciones que se surtan en etapa de investigación..." Esa expresión se refería a "todas" las oportunidades de pronunciamiento, y su "ratio" o finalidad a la guarda efectiva de la autonomía no solamente decisoria sino de pensamiento, orientación o criterio entre las dos concretas y definidas etapas de la actuación.

Corte de Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7961

Contra: José Humberto Arce G.

Impedimento

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 140

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

De plano resolverá la Sala el impedimento manifestado por el Dr. José Hugo Valdés Corral Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien con base en el artículo 13 transitorio del vigente procedimiento Penal en concordancia con el inciso 3o. del artículo 34 del Decreto 1861 de 1989, se niega a conocer del fallo proferido dentro del presente asunto en contra de José Humberto Arce González, por haber revisado con anterioridad el auto de citación a audiencia adverso al mismo sindicado.

ANTECEDENTES

Con base en las copias de la denuncia formulada por la señora María Emma Ruíz López, el Juzgado Tercero Especializado de la ciudad de Cali avocó investigación por el punible de extorsión en cuantía de quinientos mil pesos, acorde con la competencia asignada en el artículo 29 de la Ley 2a. de 1984, vinculando al proceso a Humberto Arce mediante indagatoria y a Isabel Ruíz mediante declaración de ausencia, resolviendo la situación provisional del primero con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Clausurada la investigación, su mérito se calificó mediante providencia de septiembre 20 de 1990 con auto de citación a audiencia, y con providencia separada se le resolvió la situación jurídica a la Ruíz López con auto de detención.

Como la defensora de la procesada interpusiera el recurso de apelación, de él correspondió conocer en el Tribunal a la Sala de Decisión presidida por el dr. Valdés Corral, que con ponencia suya le impartió confirmación al auto impugnado, pasando luego el expediente a conocimiento del Juzgado de Orden Público de Cali, despacho que con pronunciamiento de mayo 22 de 1991 dio por acreditada la menor edad de la sindicada al momento de ocurrencia de los hechos, procediendo a ordenar la nulidad de lo actuado a partir del auto que cerró la investigación, invalidación que hizo extensiva al caso del co-procesado.

Resuelta la colisión negativa de competencia que surgió a raíz de aquella decisión con fundamento en el cambio de competencias surgido del Decreto 1676 de 1991 por consideración a la cuantía de la exigencia ilegítima, la investigación continuó a cargo del Juzgado 14 de Instrucción Criminal de Cali que en diciembre 24 de 1991 produjo nueva calificación mediante resolución acusatoria, ciñendo así el procedimiento al trámite del Decreto 052 de 1987.

Para la etapa del juicio pasó la actuación al Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, y evacuada la diligencia de audiencia pública se profirió en julio 23 de 1992 siguiente el fallo de condena, de cuya nueva alzada correspondió conocer al Magistrado Doctor Miguel Angel Torres Calero, quien la trasladó al Despacho de su compañero el doctor Valdés por haber conocido con precedencia del asunto, generándose allí el incidente de impedimento que mediante decisión Dual han inaceptado sus colegas de Sala, razón por la cual procede ahora el pronunciamiento a la Corte.

MOTIVOS DE LA DISCREPANCIA

La excusación del Magistrado Doctor Valdés Corral se limita a evocar de los antecedentes históricos del proceso aquella decisión suya de fondo proferida

dentro de la etapa sumarial, y en derecho la previsión del inciso 3o. artículo 34 del Decreto 1861 de 1989, concordante con el artículo 13 transitorio del actual Código de Procedimiento Penal.

Para contestar a esas razones y dentro de la misma brevedad de los motivos, la Sala Dual sostiene que como la providencia suscrita por el doctor Valdés resultó invalidada por el Juez de Orden Público, su impedimento no puede considerarse como válido, pues repitiendo los términos de una jurisprudencia de ésta Sala fechada en julio 27 de 1939 recuerda que "La anulación del juicio por irregularidades en el procedimiento, borra jurídicamente cuando allí existía y se hallaba afectado de nulidad..." de manera que si resulta inaceptable otorgar fuerza a lo que ha desaparecido, los fundamentos de hecho del impedido se tornan inaceptables.

Consideraciones de la Sala

1. Resulta determinante para la definición del presente incidente recordar dentro de los antecedentes de la actuación, que luego del decreto de nulidad emanado del Juzgado de Orden Público el procedimiento se enderezó dentro de los trámites previstos en el Decreto 052 de 1987 y bajo ellos culminó, de modo que las causales de recusación que aquí operan tendrán que ser aquellas previstas dentro de ese ordenamiento.

Haciendo parte de ellas y con miras a garantizar ante la segunda instancia la marcada separación funcional entre la conducción de la etapa del sumario y la del juzgamiento dentro de aquellos procesos de conocimiento por los juzgados del circuito, era la razón de ser del impedimento previsto originalmente en el artículo 535 de ese Código de Procedimiento Penal la de realizar los principios de autonomía e independencia que caracterizaba cada una de las dos etapas del proceso, de manera de evitar que por la intervención de una misma Sala en la revisión de las decisiones de fondo proferidas tanto en el sumario como en la causa, pudiera por esa unidad de criterio y vínculo intelectual adquirido ante el primer pronunciamiento, comprometerse los futuros, desnaturalizando el incipiente esquema acusatorio que bajo esas circunstancias comenzaba a insinuarse.

2. Y siendo esa finalidad de aquel impedimento de Sala, según lo hizo ver la Corte en decisiones como la de abril 20 de 1988 que al ratificar lo dicho hasta entonces en providencias de octubre 27 y diciembre 1o. de 1987 en el sentido de apuntar aquella excepcional causal de impedimento a la necesidad de

"...preservar durante todo el proceso la tajante separación que el nuevo ordenamiento marca para dichos eventos, y que en últimas se traduce en un factor de competencia, al señalar la propia ley que, invariablemente, *otro* juzgador

distinto del que conoció por apelación en la etapa instructiva, debe ser quien realice lo propio en el tramo del juicio."

No parece difícil comprender que seguiría constituyendo motivo para aquella separación ese compromiso intelectual surgido del pronunciamiento precedente que conservaba la unidad de pensamiento en la forma de interpretar los hechos y resolver el problema en derecho, presupuestos que se conservan en casos que, como el presente, no obstante resultar anulada parte de la actuación y dentro de ella el pronunciamiento que sobre el fondo del asunto había adoptado la Sala de Decisión en la segunda instancia, de nuevo correspondiera a los mismos integrantes definir el tema frente al fallo final, pues así no se trate de tener allí como base de la acusación la propia providencia, sí del antecedente de haber tomado sobre el mérito de la actuación cumplida en la etapa del sumario una postura procesal concreta y definida sobre su solución, factor que se comprende dentro de aquella descripción legal que el magistrado impedido invoca y que se definía en la genérica y omnicomprensiva expresión de

"Las apelaciones que se surtan en esta etapa de investigación..."

porque inequívocadamente esa expresión se refería a "todas" las oportunidades de pronunciamiento, y su "ratio" o finalidad a la guarda efectiva de la autonomía no solamente decisoria sino de pensamiento, orientación o criterio entre las dos concretas y definidas etapas de la actuación.

Por estos claros motivos, adjetivo se ofrece el que la decisión adoptada bajo ponencia del magistrado Valdés resultase invalidada por acto posterior de otro funcionario, porque al fin y al cabo se trataba de una determinación tomada dentro de la etapa sumarial que había evaluado la prueba, calificado los hechos y referido a la cuestión de fondo de la adecuación del tipo y la sopesación de la responsabilidad del acusado, elementos suficientes para generar en los autores de aquel pronunciamiento la causal de separación a que refiere, con vigencia para este proceso, el artículo 34 del Decreto 1861 de 1989.

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

RESUELVE

Declarar fundado el impedimento manifestado por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali Doctor José Hugo Valdés Corral, disponiendo como consecuencia que al regreso del expediente a esa Corporación pase a quien le sigue en turno, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Suavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

DEFENSOR \ DERECHO DE DEFENSA

No es la simple ausencia temporal del defensor motivo suficiente para predicar un atropello al derecho de defensa, salvo en los casos expresamente señalados por la ley, como la diligencia de indagatoria o la audiencia pública, por ejemplo. Si no se ha cortado la defensa material, permitiendo en todo momento su cabal ejercicio, el cometido máximo de la administración de justicia, esto es el proferimiento de un fallo ponderado que refleje la verdad procesal, se cumple con suficiencia, convirtiendo una posible nulidad en simple irregularidad, de suyo incapaz de afectar el derecho procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 7122

Contra: Lisandro Antonio Cardona Pérez

Delito: Homicidio

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

Aprobado acta No. 0140

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Corte sobre la demanda de casación interpuesta por la defensora de Lisandro Antonio Cardona Pérez, contra la sentencia proferida por el Tribunal

Superior de Pasto, de noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991), que confirmó la dictada en agosto ocho (8) de la misma anualidad, por el Juzgado Unico Superior de Mocoa (Putumayo), mediante la cual condenó al encartado a purgar la pena principal de diez (10) años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y al pago de cuatrocientos setenta (470) gramos-oro a título de indemnización por los perjuicios ocasionados, como autor penalmente responsable de un delito de homicidio.

Hechos

El compendio lo realizó en forma acertada el ad quem. La Sala hace eco de sus palabras:

"...Se ubica el 20 de agosto del año próximo pasado...(1990)... aproximadamente a la una de la madrugada en el restaurante "El Norteño", sector urbano de la población de la Hormiga (Putumayo). La noche anterior con ocasión de la despedida de unos seminaristas se reunieron en la casa del señor Miguel Antonio Palacios, Lisandro Cardona Pérez y Luis Cristóbal Arteaga Insuaty, entre otros, allí departieron alegremente y todo fue concordia hasta que acercándose la una de la mañana Cardona y Arteaga decidieron despedirse o enrumbarse (sic) a sus hogares. Una vez llegaron a la casa del primero de los nombrados aquellos se enfrascaron en discusión que terminó con la muerte instantánea del segundo de los citados...".

Actuación procesal

La síntesis pertenece a la Delegada. Escúchesele:

"...Por los hechos conocidos, el Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal de la Hormiga-Valle del Guamues (Putumayo), el día veintiuno de agosto de mil novecientos noventa, dictó auto cabeza de proceso ordenando la evacuación de múltiples probanzas tendientes a establecer la autoría, responsabilidad y circunstancias. Vinculado al proceso mediante indagatoria, con providencia que lleva fecha de agosto treinta y uno de mil novecientos noventa se resolvió la situación jurídica del señor Lisandro Antonio Cardona Pérez con medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación.

"La decisión calificatoria del mérito sumarial tuvo ocurrencia el cinco de diciembre de mil novecientos noventa, en la que se profirió resolución de acusación en contra del procesado.

"Abierto juicio a pruebas por el Juzgado Cuarto Superior de Pasto, posteriormente con auto de abril tres de mil novecientos noventa y uno se dispuso a la

práctica de las pedidas por el Ministerio Público (folio 114 y ss. C.P.), las que fueron ratificadas por el Juzgado Unico Superior de Mocoa, despacho al que hubo de ser enviado el expediente por competencia (folio 124).

"La vista pública se realizó el día veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y uno, a pesar de programarse en principio para el veintiséis y haber sido denegada solicitud de aplazamiento al procesado. Apelado el fallo de primer grado y desatado el recurso, finalizó con su confirmación integral por parte del Tribunal Superior de Pasto, pronunciamiento que es motivo de la impugnación extraordinaria..."

LA DEMANDA

Con fundamento en la *causal primera* de casación, la recurrente impugna la providencia de segunda instancia "... por la violación indirecta de la ley sustancial... por error de hecho al darse un alcance diferente a las pruebas...ya que no se tuvo en cuenta ...que el condenado...se encontraba incurso en la magna figura del *in dubio pro reo*...". Al efecto propone los siguientes reproches:

Primero:

Se le dio "...un alcance diferente...al testimonio del señor Germán Arciniegas Ortega único testigo de cargo...", es la frase enunciativa de su tacha. La transcripción de esta declaración es su siguiente paso. Ayudándose con las palabras del deponente sobre el haber "...sentido..." el disparo pero dentro de la casa, por lo cual no puede asegurar "...como estaba ubicado don Lisandro..." concluye que el testigo no vio disparar al acusado, de donde deduce que "...no le consta que mi prohijado haya sido la persona que disparó arma de fuego alguna simple y llanamente porque no lo hizo...", tal como lo narra el encausado y lo corrobora su esposa.

A continuación advierte sobre la estrecha amistad de Cardona y Arteaga, la ausencia de disgusto el día de los hechos, el informe sobre la tragedia que precisamente lo dio Cardona, brindando a continuación una primera hipótesis: "...será posible que si mi prohijado hubiese sido responsable del ilícito...se hubiera quedado en el lugar de los hechos y mas si hubiese existido un testigo que lo pudiera identificar ?..." . Viene entonces la conclusión esperada: "...mi poderdante...no es el responsable de la muerte de su amigo...", a la que agrega que de "...de todo lo anterior se deduce que hay hechos que establecen la falta de idoneidad del predicho testimonio, mas cuando don Lisandro es un hombre de bien, dedicado a su familia y al trabajo honrado...", pues no posee ni ha portado armas, ni tampoco se le hallaron cuando se sometió su casa a una minuciosa requisa.

Igual prédica le merece el occiso. "Honesto" es el calificativo que le da, al tiempo que resalta la inexistencia de controversia alguna con Cardona Pérez, a diferencia de lo que narra Arciniegas. "...como no lo quiere hacer ver el testigo...",

son las palabras que anuncian la intención de restarle credibilidad, lanzando a continuación una frase que permite pensar que contradice la restante prueba testimonial: "...pues es la única persona que describe un presunto disgusto en el escenario que se aprecia alrededor de los protagonistas de este drama...".

Un segunda conjetura signa la continuación de su escrito. Si no hubo disgusto y, por el contrario, el grupo de amigos departía alegremente, "...qué raro que esto sucediera precisamente a la una de la mañana y cuando solo se encontraba como testigo el señor Germán Arciniegas...", la configuran. La oración siguiente prosigue por el mismo camino: "... si mi prohijado hubiese estado armado... sus amigos lo hubieran notado pues...las prendas de vestir que portaba...eran livianas y...harían visible el bulto...y mas cuando ya había descompostura en su vestir..."

Culmina esta primera parte de su intervención trayendo a colación un testimonio sobre la buena conducta anterior del reo, resaltando como "...se presentan serias dudas respecto de la veracidad de su testimonio...(el de Arciniegas)...tal como lo hace ver mi antecesora en su apelación...y que conlleva al honorable Tribunal de Pasto a una errónea apreciación del mismo al considerar que el testimonio de Arciniegas... no tiene ninguna objeción...".

Segundo:

Considera que "... se apreció erradamente y le dio el carácter de indicio a la trayectoria de la bala, según la necropsia...y la diligencia de inspección judicial... para corroborar el testimonio de Arciniegas Ortega...", pese a que desvirtúa con el acta de levantamiento del cadáver, la necropsia y el posterior dictamen del legista, pues si bien es cierto que el disparo se hizo de atrás hacia adelante, como lo relata Arciniegas, también lo es que de igual forma fue de abajo hacia arriba.

De nuevo la cita textual de lo dicho por Arciniegas configura el respaldo a sus palabras, en lo referente a la posición de Cardona y Arteaga, llevándolo a "...ratificar..." que si el primero hubiera hecho el disparo, "...la trayectoria de la bala sería en forma horizontal de atrás hacia adelante y no como la describe el dictamen médico-legal...".

Para concluir, recuerda la casacionista, que el testigo no vio disparar al indagado, refiriéndose apenas a su ubicación trasera respecto de la víctima, luego de lo cual entra a mencionar la inspección judicial donde se habla del impacto de proyectil de arma de fuego que aparece en una pared de la edificación en donde ocurrió el suceso criminoso, con los detalles de altura, "...medidas que llevan a deducir que a la salida del restaurante había un escalón...hecho que defiere de lo afirmado por el testigo de cargo...". En este momento se pregunta la censora sobre esta contradicción, recreando seguidamente el escenario según su propio criterio, pues ello "...nos dirige a pensar...que fue otra persona la que causó la muerte a don Cristóbal...", afirmación que apoya, conforme a su dicho, en la referida inspección

judicial y en el testimonio de Yesid Castillo, sobre la posibilidad de que el disparo se hubiera hecho desde afuera o desde dentro de la residencia.

Con una nueva presunción busca darle claridad al asunto: "...Entonces o nos está mintiendo el testigo de cargo o simplemente por el susto al escuchar la detonación y salir corriendo no se dio cuenta que fue otra persona o un tercero quien verdaderamente cometió el hecho punible..." a renglón seguido controvierte al Tribunal sobre el que la trayectoria de la bala no incide en la veracidad del testigo, señalando "...que si la bala solo atraviesa tejidos blandos, su trayecto se hará en línea recta...".

Con las anteriores palabras termina la exposición de las censuras, dedicándose a continuación a precisar el alcance de la impugnación, reafirmando que la sentencia recurrida "...le dio un alcance diferente a las pruebas existentes... sin tener en cuenta la absolución con el fundamento del in dubio pro reo...", aclarando más adelante que "...fueron ignorados los requisitos del artículo 248 y 247 del Código de Procedimiento Penal...", los artículos 2o. y 5o. del Código Penal y la "...ley sustancial descrita en el mismo Código Penal en el Libro 1o., Título 3o., Capítulo I, del Hecho Punible, artículo 21...".

Finaliza su intervención con un aparte signado como "...El concepto de la violación..." en el que, en primer término, cita el fallo de primera instancia sobre la encrucijada en que se encuentra el sentenciador "...de resolver a cuál de las dos partes antagónicas creer, y el caso que nos ocupa no escapa a esa eventualidad...", afirmación que lo lleva a deducir que "...tácitamente en este hecho se está admitiendo la *Duda*, al momento de proferir sentencia no se tiene en cuenta y se da un alcance diferente a las pruebas existentes en el proceso...".

Luego, centra su atención en la sentencia impugnada para repetir la idea sobre la errónea interpretación a las pruebas que obran en el plenario, lo que daría lugar a la absolución del encartado con fundamento en el in dubio pro reo, por lo cual demanda de la Corte proferir tal decisión, casando el fallo materia del recurso.

Concepto del Procurador Segundo (2o) Delegado en lo Penal.

Una vez resaltadas las falencias técnicas que impiden la improsperidad del libelo, pues no busca otra cosa que restarle credibilidad al principal testigo de cargo, el Ministerio Público solicita de la Colegiatura la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a pruebas, por no habérsele reconocido personería ni habérsele dado posesión al apoderado nombrado por el procesado para representarlo en la etapa de la causa -siendo obligación del funcionario utilizar los mecanismos a su alcance a fin de hacer comparecer al abogado nombrado por el imputado- designándole en su lugar, cinco meses después, un defensor de oficio, cuando ya había precluido la etapa probatoria, violentándose de esta manera el derecho a la defensa.

La Corte

1. La solicitud de nulidad

En razón a la prioridad que tiene la causal tercera, estúdiase, en primer término, la petición de nulidad que formula la Delegada.

a.- En el caso que ocupa la atención de esta Sala de la Corte, el Juzgado Veintitrés (23) de Instrucción Criminal de La Hormiga-Valle del Guamues (Putumayo), profirió resolución de acusación contra Cardona Pérez el cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), debiendo oficiar a la cárcel de Mocoa, donde se encontraba recluido el acriminado, para la respectiva notificación. No obstante, el despacho comisorio fue devuelto el veintidós (22) de enero siguiente por no haberse allegado copia de la resolución de acusación, remitiéndose de nuevo a Mocoa con el anexo respectivo, informándole el comisionado, en febrero ocho (8), haber cumplido con el encargo. Finalmente, en febrero veintiuno (21), ejecutoriada la providencia, se envió el expediente al Juez Superior (reparto) de Pasto para que asumiera la dirección de la causa, correspondiéndole al Cuarto (4o) Superior dicha tarea quien, el ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991) asumió el conocimiento y abrió el juicio a pruebas, ordenando la notificación personal de rigor.

El día once (11) del mismo mes y año se libró el despacho comisorio pertinente al establecimiento carcelario de Mocoa. A la par con esto, dos (2) días después, el Agente del Ministerio Público solicitó, para un mayor esclarecimiento de los hechos, el recibir las versiones de los agentes de policía que escucharon del único testigo presencial su versión del hecho criminoso. Esto con el fin de saber si "...al presentar la denuncia dio el nombre del agresor...". Además, con el fin de tener mejores elementos de juicio para tasar los perjuicios materiales y morales causados con la infracción, pidió el Fiscal que se recepcionara la declaración de la esposa del interfecto.

Sorpresivamente, luego de la aquiescencia a un permiso solicitado para trasladar al interno por unas horas para participar en un evento cultural, aparece un memorial fechado el dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), en el que Cardona le revoca el poder a su apoderado, nombrando a la Dra. Olga Nieto para que lo asista de ahí en adelante. El escrito, sin embargo, fue presentado ante el Juzgado Segundo (2o) Superior, quien no lo aceptó por no estar tramitando ningún proceso contra Cardona. Lo propio sucedió en el Juzgado Tercero (3o) Superior, en febrero dieciocho (18), hasta que, finalmente, el día veintiséis (26) del mismo mes llegó a manos del Juzgado Cuarto (4o) Superior.

Paralelamente a esto, el veinte (20) de marzo se surtió la notificación al detenido del auto que abrió el juicio a pruebas, sin que el procesado hubiera

ejercido su derecho a pedir alguna. El día tres (3) de abril, el funcionario del conocimiento ordenó la práctica de las probanzas impetradas por la agencia fiscal y, además, oficiosamente dispuso la ampliación de la versión del testigo único del lucidente, Germán Arciniegas, sobre pormenores del hecho, así como oír las declaraciones de María Gladys y María Sonia Cardona, quienes, al decir de Arciniegas, también estuvieron presentes en el desarrollo de los acontecimientos.

No obstante, las deposiciones de María Gladys y María Sonia, no cumplieron con el objetivo esperado en vista de haber ejercitado su derecho a no declarar por su parentesco con el procesado. En cambio, la cónyuge de la víctima sí aportó los datos necesarios sobre su esposo y familia para establecer la cuantía de los perjuicios morales y materiales derivados del acto criminoso. De igual manera, se recepcionó la ampliación del dicho de Arciniegas quien detalló su propia ubicación en el momento del disparo, razón por la cual no pudo precisar las de los protagonistas del lance que se encontraban a espaldas suyas y dentro de la casa. No empece, como quiera que manifestó haber sido llamado por Cardona al día siguiente del homicidio para que no declarara en su contra, se confirmó tal aseveración llamando a declarar a su padre, Alberto Arciniegas.

Estas pruebas fueron recepcionadas en los primeros días de junio, por el Juzgado Veintitrés (23) de Instrucción Criminal de La Hormiga-Valle del Guamuez (Putumayo), en acatamiento a la comisión que al efecto impartiera del Juzgado del conocimiento, en abril veinticuatro (24). Devuelto el expediente al Juzgado Superior, el día siguiente el secretario informa que la apoderada nombrada por el inculpado no se ha posesionado, hecho que obliga al titular del Despacho a designarle un representante de oficio, quien asume la defensa cuatro (4) días después, el diecisiete (17) de junio, fijándose luego el veintiséis (26) de julio como fecha para la celebración de la audiencia pública. Posteriormente, el dieciséis (16) de julio, el encartado solicita vista del expediente, petición que se le concede al día siguiente, recibiéndose un nuevo escrito el veintidós (22) de julio en el que solicita el aplazamiento del debate público por resultarle imposible a su nueva apoderada, Dra. Edilia Ortega, trasladarse a Mocoa en la fecha indicada al efecto. De inmediato, el Juzgado le responde que no existe constancia alguna en el proceso sobre la existencia de un poder otorgado a la Dra. Ortega, destacando el nombramiento oficioso del Dr. Mora quien "...se dedica con interés y diligencia a asistir a su pupilo, teniendo en su poder al momento de recibir el memorial motivo de estudio, el cuaderno original... con el objeto de preparar la defensa..." . Además, resalta que no se ha recibido "...ninguna solicitud por parte del encausado respecto de su inconformidad con la defensa de oficio...", cuya designación obedeció, de otra parte, "... a la manifestación del sindicado sobre su crítica situación económica, misma que le impedía designar un procurador judicial...". La negativa a la postergación de la vista pública, es la consecuencia.

Luego, en el debate oral, se recibió la única prueba que no se había podido evacuar, esto es, el testimonio del Capitán de la Policía Nacional, Yesid Castillo,

quien en el decurso de la audiencia expuso todos los pormenores conocidos, incluso su personal opinión sobre el origen del disparo, el que pudo haberse realizado dentro o fuera de la casa, bien que agrega que por la ausencia de vestigios, esa situación no puede establecerse con certeza. A seguida, aparece en el acta, el texto de la intervención del Fiscal, quien solicita la aplicación del "in dubio pro reo" por la ausencia de móvil delictivo, aceptando que la participación de Cardona, de haberse dado, se produjo en estado de ira e intenso dolor. A continuación, el defensor de oficio solicitó la nulidad de lo actuado, por no haberse accedido, en la etapa instructiva, a practicar las pruebas solicitadas por el apoderado de Cardona en ese entonces, evacuándose algunas tan solo en la etapa del juicio. Luego, le resta credibilidad al testigo de cargo por su vida viciosa enfrentándole la buena conducta del acriminado que lo ha hecho merecedor del aprecio general.

Días más tarde, el veintinueve (29) de julio, se recibió una comunicación de Cardona en la que confiere su representación judicial a la Dra. Edilia Ortega, reconociéndosele de inmediato la personería y dándole la debida posesión. Al propio tiempo, la defensora solicitó copia informal de toda la actuación. La sentencia de primera instancia aparece datada en agosto ocho (8), recibiéndose el veintiuno (21) siguiente un escrito del Procurador Provincial, quien solicita la declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a pruebas, por no habérsele dado posesión a la apoderada nombrada por el encartado y haber este permanecido huérfano de defensa por un lapso de cinco (5) meses hasta que se le designó un defensor de oficio. En lo que se refiere a la representante judicial de Cardona, también ella resalta este vicio, amén de apelar la decisión condenatoria, aceptando el recurso el Juzgado Superior y dejando en manos del Tribunal la respuesta a estos pedimentos.

b) Esta prolija relación de la actuación procesal cumplida en la etapa de la causa, en lo que se refiere a la primera instancia, tuvo como objeto el indagar si, aparte de la ausencia de la defensa técnica por algún tracto, la defensa material se cumplió a cabalidad. La respuesta es positiva. Bien se ve que el procesado tuvo la oportunidad de examinar el expediente y que, en su momento, el defensor de oficio de manera activa y relevante cumplió su papel. De igual manera se enriqueció el expediente con nuevas pruebas, con miras a establecer los precisos lindes de la responsabilidad achacada a Cardona Pérez. Incluso, se le recibió una ampliación de su versión al testigo Arciniegas y la exégesis del oficial de la Policía Nacional que acudió al lugar de los hechos, cuyas manifestaciones le sirvieron al casacionista para sustentar su impugnación.

El Juzgador, por tanto, con diligencia, contando con la colaboración del Agente Fiscal, profundizaron en la investigación de los hechos, con el fin de establecer la verdad de lo ocurrido. Las pruebas decretadas en la etapa del juicio era idóneas para cumplir el cometido. Además, si se examina la indagación de la primera etapa, también se obedeció cabalmente esta preceptiva, acopiando abundante prueba testimonial, pericial y documental.

Así las cosas, no es la simple ausencia temporal del defensor motivo suficiente para predicar un atropello al derecho de defensa, salvo en los casos expresamente señalados por la ley, como la diligencia de indagatoria o la audiencia pública, por ejemplo. Si no se ha coartado la defensa material, permitiendo en todo momento su cabal ejercicio, el cometido máximo de la administración de justicia, esto es, el proferimiento de un fallo ponderado que refleje la verdad procesal, se cumple con suficiencia, convirtiendo una posible nulidad en simple irregularidad, de suyo incapaz de afectar el decurso procesal, máxime cuando se resguardó con posterioridad la defensa técnica, nombrándole al efecto un defensor de oficio.

Recházase la petición de nulidad solicitada por la Delegada.

II. La demanda

a.- Primer cargo

Según lo enuncia expresamente en el aparte "...Causal de Casación aducida...", y tácitamente cuando acomete la exposición argumental de este reproche, la censora sitúa su crítica en el ámbito de la *causal primera*, segmento final. "...por error de hecho al darle un alcance diferente al testimonio de Germán Arciniegas Ortega...". No obstante, cuando se piensa que los renglones siguientes los va a dedicar a realizar la necesaria confrontación entre el verdadero alcance y sentido de la deposición y el errado que le dio el Tribunal, tuerce su camino al brindar, en vez de esto, su personal interpretación de la prueba.

Obsérvese. Luego de citar un aparte en el que el testigo habla de haber "...sentido..." el disparo dentro de la casa, y no poder precisar "...como estaba ubicado don Lisandro...", concluye que al deponente no le consta que el inculpado Cardona Pérez haya disparado y ni tampoco el sitio donde se encontraba...", cuestiones diferentes a lo dicho en la exposición, pues si bien no vio el momento en que se accionó el arma, sí sabía que dentro de la casa se encontraba el encartado, ignorando donde estaba ubicado dentro de ella, que es muy diferente. Se resalta, entonces, un intento por acomodar la versión del deponente a sus propios intereses, sin mostrar aún en que consistió la tergiversación del Tribunal.

La lectura prosigue en pos de la necesaria claridad al aserto inicial, pero la búsqueda resulta infructuosa. Perseverante, la casacionista no desanda sus pasos y antes, por el contrario, prosigue en el equivocado sendero de presentar a estudio de la Sala su particular criterio sobre las probanzas recaudadas. Así, habla de la estrecha amistad que unía a los protagonistas del lance, el ánimo de camaradas que enlazaba a los circunstantes en aquella noche de infortunio y el informe que el propio Cardona Pérez dio del hecho criminoso a algunos declarantes cuyas voces fueron escuchadas en el proceso.

Luego presenta hipótesis que persiguen demostrar la inocencia de su poderdante, como el haberse quedado en el lugar de los acontecimientos pese a la existencia de un testigo del crimen, o a la inexistencia de una actitud agresiva en la velada que compartía el grupo de amigos, extrañándole el porqué, precisamente cuando se quedaron solos el reo y el interfecto y en presencia de Arciniegas Ortega, se produjera la reyerta y con ella el homicidio que causó la presente investigación. Sin embargo, aún no informa a la Corte que la distorsión que el Tribunal hiciera al dicho de Arciniegas, empecinándose ahora en advertir sobre el hombre de bien que siempre ha sido Cardona, amén de la dedicación a su familia y su honradez.

La requisa, con resultados negativos, que se practicara en la casa de habitación del acriminado con el fin de buscar el arma homicida, y de los testimonios que adveran sobre jamás haberle visto portar una, son los nuevos planteamientos que agrega en su escrito, junto con el de la imposibilidad de disgusto entre ambos, teniéndose en cuenta que el occiso también era una "...persona honesta..." y las ropas livianas que portaba Cardona aquella noche, hubieran permitido observar "... el bulto que se forma al portar un arma...".

Como se ha visto, este nuevo panorama presentado por la recurrente, temprano revela la intención de restarle credibilidad a la versión de Germán Arciniegas Ortega, objetivo que traslada su impugnación al campo del error de derecho por falso juicio de convicción. El aserto lo confirman sus palabras postreras en el último párrafo del reproche: "...se presentan serias dudas respecto de la veracidad de su testimonio...que conlleva...a una errónea apreciación del mismo...". El fracaso es ostensible ante la ausencia de tarifa legal que permita establecer la diferencia entre el valor que le asigna la ley a la prueba y el reconocido por el fallador.

Deséchase la acusación.

b.- Segundo cargo.

Asegura la casacionista que "... se apreció erradamente y le dio carácter de indicio a la trayectoria de la bala... para corroborar el testimonio de Arciniegas Ortega...". La frase es diciente. Continúa con su intención de minimizar la exégesis del testigo, esta vez descalificando la prueba que la apoya, con lo cual la censura se convierte en una extensión de la primera, alterada por los mismos vicios que provocaron el rechazo de ésta.

De nuevo, como si se hallara frente a un Juez de instancia, presenta a su acomodo el escenario del hecho delictuoso y sus protagonistas, incluso aventurando dictámenes propios de balística y repitiendo -esta vez si lo encuentra veraz- que Arciniegas no vio al procesado disparar el arma que tenía en la mano, lo que indica la inocencia de su poderdante.

Pero, como en la acusación precedente, no muestra el pretenso error de hecho cometido por el Tribunal. El lugar de la posible distorsión habla de la índole de indicio que le dio el sentenciador a la trayectoria del proyectil, mostrando un problema de valoración, ámbito propio del error de derecho por falso juicio de convicción. Para llegar a él, deduce la existencia de escalones para explicar el ángulo de tiro y plantea hipótesis como el disparo desde el piso o la existencia de un tercero "...quien verdaderamente cometió el hecho punible..."

Así las cosas, la censura se reduce al planteo de hipótesis que buscan, al arbitrio de su hacedora, un reacomodo de la realidad procesal, favorable a los intereses que defiende. Interpretaciones personales, por tanto, incapaces de conmover la certeza y logicidad que se presumen de todo fallo judicial. De esta manera, la duda queda descartada y con ella el cargo propuesto.

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

Denegar la casación impetrada.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen .

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

HURTO CALIFICADO \ VIOLACION DIRECTA \ DEMANDA DE CASACION

Constituye violencia sobre las cosas, cualquier acto de fuerza que se ejercite sobre el bien mismo, objeto de la sustracción o sobre las cosas que a manera de defensa privada han sido colocados por su propietario para su protección o defensa.

No es suficiente con señalar la causal, sino que es preciso e indispensable, expresar las razones jurídicas y lógicas demostrativas del presunto error in indicando en que incurrió el fallador, en la aplicación e interpretación del precepto sustancial. Ese deber de sustentar en debida forma la causal es ineludible y su omisión hace improcedente la censura.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6726

Acción: Carlos Alberto Maldonado Montoya y otro.

Delito: Hurto calificado

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No.139. Nov. 24/92.

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinticinco de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Carlos Alberto Giraldo Montoya y Juan Carlos Sánchez fueron condenados en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), a la pena principal privativa de la libertad de veintiocho (28) meses de prisión como responsable del delito de hurto calificado.

A los sentenciados se les negó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

La anterior decisión fue recurrida en apelación por el defensor de los sentenciados y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales mediante sentencia del 13 de agosto de 1991, le impartió aprobación con una ligera modificación en cuanto a la pena accesoria de la pérdida de la patria potestad que fue revocada.

Contra esta última providencia se interpuso en oportunidad el recurso extraordinario de casación por el abogado defensor de los procesados, impugnación que la Corte entra a resolver.

En la sentencia recurrida se encuentra la siguiente acertada síntesis de los hechos que dieron origen a la investigación:

"Pasadas las seis de la tarde del veintidós de abril del corriente año (1991), el señor Luis Alberto Tabima Becerra dejó estacionada, junto a la bomba de gasolina de propiedad de Silvio Gómez, la cual está situada en las afueras de la población de Supía -paraje conocido como "La Ye", dejo estacionada- se repite- la volqueta distinguida con placas OM-5970, de propiedad de la compañía "Indumezclas". Hacia las diez de esa misma noche, en circunstancias que no aparecen bien definidas dentro de la investigación, dos hombres se hicieron presentes en el lugar y se llevaron dicho vehículo. Más o menos veinte minutos después la policía que prestaba servicio en el paraje de La Felisa y conocía al conductor de la volqueta, la retuvo cuando por allí pasaba manejada por uno de los acusados y transportaba como pasajero al otro implicado y a un tercero que resultó ser menor de dieciocho años. Se hicieron las averiguaciones pertinentes y como no satisfacieron las explicaciones de los ocupantes del automotor, éste y quellos fueron trasladados a Supía, donde se estableció que había sido llevada ilícitamente". (Cuad 2-Fl.113).

Por estos hechos fueron condenados Carlos Alberto Giraldo y Juan Carlos Sánchez, por un delito de hurto calificado por la violencia física a las cosas como medio para consumar el delito y agravado por la nocturnidad, el haberse realizado el comportamiento por dos o más personas y sobre un automotor, numerales 6o., 9o. y 10o. del art. 351 del C. Penal.

DEMANDA DE CASACION

No obstante la afirmación del demandante en el sentido de que solo formula un cargo contra la sentencia, es lo cierto que al amparo de la causal primera de casación, presenta varios reproches, al considerar que se han quebrantado directamente por aplicación indebida los arts. 350 y 351 del C.P. y por falta de aplicación del art. 68 del mismo estatuto y el art. 246 del C. de P P.

Sostiene el actor en el primer cargo, que el delito de hurto imputado a sus defendidos fue considerado indebidamente como calificado, pues el hecho que el juzgador tuvo en cuenta para deducir la aplicación del art. 350 del C.P. (violencia física a las cosas) carece de la relevancia que para tal fin exige la ley.

Expresa en las fundamentaciones del cargo, que los acusados para apoderarse del vehículo, se limitaron a mover el vidrio desviador del aire, meter la mano y sacar el seguro de la puerta, y una vez adentro para poner en movimiento el automotor, solo removieron el swiche o encendido del automotor "... y lo pusieron como se conoce en el argot de los conductores, en "directo", acción que consiste en unir los cables que conectan el swiche con el motor de arranque...", operación que según el demandante no requiere destreza alguna "ni compromiso muscular de carácter apreciable...". De ahí que el casacionista afirme, que en el caso de autos "se configura si acaso, un simple hurto, pues la remoción del swiche para juntar los cables, no requiere esfuerzo alguno relevante y por el contrario la maniobra fue tolerada y consentida por el celador, que ciertamente no resulta ajeno a los hechos sino comprometido en ellos...".

Considera en un segundo cargo el actor, que también fue deducida equivocadamente la circunstancia agravante de la nocturnidad (art. 351 del C.P.) porque en su concepto, no obstante que el delito se perpetró en horas de la noche, ese aspecto no incidió en la consumación del reato, "...porque las personas que retiraron la volqueta, hubieran podido hacerlo de día o de noche, ya que de igual forma habían obtenido el consentimiento del celador...".

En el tercer cargo, considera mal deducida la agravante del art. 351-10 del C.P., haberse realizado la conducta "por dos o más personas que hubiesen acordado la ejecución del hecho..." circunstancia que según el censor no cuenta con ningún respaldo probatorio.

En su cuarta censura se alega la falta de aplicación en la sentencia del art. 68 del C.P. al no otorgarse a los sentenciados el beneficio de la condena de ejecución condicional, "...cuando el sentenciador agrega sin pruebas que así lo acredite, que los sindicados que viajaban en compañía de un menor de 18 años, iniciaron a éste por el camino proclive de la delincuencia...".

Se queja el actor en el último de sus cargos, que el Tribunal dejó de aplicar el art. 64 del C.P. olvidando "...que mis poderdantes obraron en estado de embriaguez".

Concluye su libelo el recurrente, solicitando a la Corte casar la sentencia y proferir en su contra la que deba reemplazarla.

La Procuraduría Delegada

Conceptúa la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal que el libelo presentado exhibe grandes desaciertos técnicos que lo conducen inexorablemente

a la improsperidad. Pone de presente que el actor, no obstante que alega violación directa de la ley sustancial, desconoce la valoración probatoria, desviándose por los caminos del quebranto indirecto, al afirmar que "se crearon pruebas", no se tuvieron en cuenta determinados testimonios, etc., posición claramente incompatible porque no se puede apoyar la censura en una violación directa y fundamentarla con razonamientos propios del quebranto indirecto.-

Sostiene además la Procuraduría, que el recurrente en algunos cargos, si bien escoge la vía de la impugnación correcta, en su fundamentación se limita a realizar una serie de afirmaciones vagas y generales "... sin sustentación o argumentos que la respalden...".-

Fiel a su criterio se abstiene en consecuencia la Delegada, de pronunciarse sobre el aspecto de fondo de buena parte de los cargos que deben desecharse debido a su incorrecta presentación.-

Analiza otros cargos y se aparta por entero de la posición asumida por el recurrente.-

Así en relación con la circunstancia agravante de la nocturnidad, expresa la Procuraduría que resulta infantil suponer, que la participación del celador en el delito impida aplicar la citada circunstancia de agravación en un delito consumado a las diez de la noche en condiciones que hacían más vulnerable la protección del bien y ampliaba la posibilidad de impunidad delictiva.-

Se ocupa luego la Delegada del reproche a la circunstancia de agravación deducida de la pluralidad de delincuentes, para afirmar que ese concierto o entendimiento, surge de manera inequívoca de lo probado en el proceso.-

Considera errado el planteamiento del censor al pretender quebranto directo del art. 246 del C. de P. P. por tratarse de una norma meramente instrumental.-

Solicita se rechace el cargo por falta de aplicación del art. 64 del C.P., pues no es suficiente para demandar la causal de atenuación punitiva, invocar el estado de embriaguez del sujeto agente, sino que es necesario demostrar que esa circunstancia orgánica influyó en la ejecución del hecho, labor que no desarrolla el impugnante.-

Considera finalmente la Delegada, que estuvo bien denegado el beneficio de la condena de ejecución condicional, porque la gravedad del hecho así lo aconsejaba, dado el valor del bien hurtado y las modalidades que rodearon la consumación del hecho ilícito.-

Concluye el concepto, sugiriendo a la Corte no casar la sentencia.-

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo:

Se alega violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del art. 350 del C. P., pues se incurrió en el error de considerar por el juzgador como un delito de hurto calificado, aquello que sólo constituye un hurto simple.-

Para el censor, el haber destrozado el interruptor o arranque del vehículo, desprendiendo los cables y haber efectuado una conexión directa para encender el automotor, ponerlo en movimiento y lograr por este medio su apoderamiento, no constituye empleo de violencia sobre las cosas, sino apenas el medio natural para efectuar la sustracción, oponiendo su parecer al del Tribunal, entidad que al examinar en su sentencia esta circunstancia calificadora del hurto, halló acreditada la violencia física a las cosas en la actuación de los acusados y anotó al respecto:

"Para poner en funcionamiento el motor de un vehículo -y el de autos no era excepción- técnicamente las casas fabricantes colocan un interruptor que se acciona mediante llaves. Este dispositivo sirve al mismo tiempo como seguridad, para que solamente quien está en posesión de la llave pueda accionarlo. En el evento que nos ocupa, los ladrones no usaron llaves, ni las genuinas ni otras falsas, sino que violentaron el dispositivo técnicamente instalado y lo reemplazaron por una rústica aunque eficaz conexión de cables, desde luego empleando la fuerza para superar la seguridad que la instalación original representaba. La modificación introducida en estas condiciones, tuvo importantísima repercusión sobre la cosa misma y también en el ámbito penal, como que constituye demostración plena de que estamos frente a un delito de hurto calificado...".-

Para la Corte es indudable, que el Tribunal procedió con acierto, al considerar como calificado por la violencia sobre las cosas, el hurto consumado en las anteriores circunstancias.-

Dispone el art. 350 del C. P. que el hurto será calificado cuando se cometiere con violencia sobre las personas o las cosas.-

Constituye violencia sobre las cosas, cualquier acto de fuerza que se ejercite sobre el bien mismo, objeto de la sustracción o sobre las cosas que a manera de defensa privada han sido colocados por su propietario para su protección o defensa. En estas condiciones, la fuerza sobre las cosas tiene por objeto facilitar la labor de apoderamiento.-

Como lo ha dicho la Corte, "el fundamento de la calificación estriba en que el delincuente vulnera con la violencia los obstáculos que la actividad de los particulares pone en juego para mantener la seguridad de sus cosas; es un quebrantamiento de las medidas precautelativas desarrolladas por ellos para evitar que sus intereses mobiliarios sean sustraídos fácilmente de sus ámbitos de vigilancia y custodia...".-

Es indispensable además, que entre el empleo de la fuerza y el acto de apoderamiento exista una clara relación de causalidad, esto es, que la fuerza sea el medio para realizar la conducta.-

No es indispensable para que la fuerza califique el hurto, que aquella sea la consecuencia de un gran despliegue de energía y vigor y que ocasione grave daño a las cosas predispuestas para la defensa del bien. Es suficiente, que el sujeto agente desarrolle una fuerza "anormal", es decir, distinta a la que emplea el dueño del bien para remover y apoderarse de la cosa, aunque no demande gran esfuerzo físico como cortar una cadena que asegura la entrada al sitio donde se halla el bien, arrancar los cables de un aparato eléctrico, destrozar un candado, cortar las cuerdas de una cerca de alambre, para sacar los semovientes del predio, romper los vidrios de un cofre o estuche o de la ventanilla de un automóvil, o anular las cerraduras de una puerta o escritorio, etc.-

Y aplicando estos conceptos, se debe admitir que el delito que ocupa la atención de la Sala es un hurto calificado porque se hizo uso de un medio mecánico o eléctrico fraudulento; y mediante la fuerza se arrancó y destruyó la llave o swiche del encendido, avaluado en veinte mil pesos ($ 20.000.00), se desprendieron los cables y se efectuó una conexión directa, que puso en actividad el motor y facilitó la remoción y apoderamiento del vehículo incurriendo en la circunstancia de calificación que señala la ley.-

Mediante este acto de fuerza se quebrantaron las seguridades del vehículo, predispuestas para que sólo el poseedor de la llave pudiera ponerlo en movimiento. Los delincuentes hicieron uso de imaginación, habilidad y esfuerzo para burlar las barreras que defendían la propiedad del automotor.-

De ahí que no haya incurrido en error el Tribunal al señalar que los acusados en el caso de examen consumaron un hurto calificado dentro de las previsiones del art. 350 del C. P.C.-

No prospera el cargo.-

En el segundo y en el tercero de los cargos, sostiene el casacionista que se aplicó indebidamente el art. 351 del C. P. al deducir en contra de los acusados las modalidades agravantes de los numerales 9o. y 10o. del citado precepto.-

Sostiene que la nocturnidad no tuvo influencia en la realización del hecho, debido a que por la complicidad del celador, el delito había podido consumarse tanto de día como de noche. En relación con la segunda circunstancia agravante se limita a decir que no estuvo debidamente probada.-

Como bien lo anota la Procuraduría, una censura presentada en forma tan vaga y superficial no puede prosperar y menos aún si para apoyar el quebranto directo

de la ley, se desconoce la prueba y se discuten los fundamentos de hecho que sirvieron de base al juzgador para adoptar la decisión.-

Repetidamente ha dicho la Corte que no es suficiente con señalar la causal, sino que es preciso e indispensable, expresar las razones jurídicas y lógicas demostrativas del presunto error in iudicando en que incurrió el fallador, en la aplicación e interpretación del precepto sustancial. Ese deber de sustentar en debida forma la causal es ineludible y su omisión hace improcedente la censura.-

Es indudable, que en la formulación del cuarto cargo concurre la falta de técnica que pone en evidencia la Delegada. Alega el recurrente la violación directa del art. 68 del C. P. por falta de aplicación al no reconocerse a favor del acusado el beneficio de la condena de ejecución condicional, pero tampoco fundamenta el cargo, limitándose a expresar que el Tribunal llegó a esa conclusión "sin prueba que así lo acredite", posición que no es posible asumir en sede de casación, cuando se plantea violación directa de la ley, pues en esta precisa impugnación el demandante debe aceptar los hechos para discutir únicamente las conclusiones jurídicas que de ellos se desprendan.-

Finalmente, el recurrente acusa la sentencia por violación directa del art. 64 del C.P., porque no se tuvo en cuenta la circunstancia genérica de menor punibilidad dedncida del estado de embriaguez de los acusados en el momento de consumar el hecho punible. Pero, como lo anota la Procuraduría, la censura escasamente se enuncia, sin fundamentación alguna y sin efectuar el más leve esfuerzo para demostrar la tacha que alega ni menos aún su incidencia en el caso juzgado. Un cargo así presentado no puede prosperar.-

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

NO CASA la sentencia impugnada a nombre de los procesados Carlos Alberto Giraldo Montoya y Juan Carlos Sánchez, de fecha, origen y naturaleza conocidos a través de esta providencia.-

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

VIOLACION INDIRECTA \ TENTATIVA

Si el casacionista critica al sentenciador de instancia por no haber aceptado la atenuante con base en la no demostración de quien fue el provocador y cuando le reprueba que haya rechazado la hipótesis sin analizar la prueba aportada al proceso, claramente está formulando una crítica probatoria y siendo así, la vía del ataque ha debido ser la indirecta.

Cuando el juzgador alude al medio idóneo no se acude a tal expresión para concretar el comportamiento ilícito en el uso de un instrumento esencialmente nocivo o dañoso, sino a la forma en que ha sido empleado y al efecto que ha producido; pues la aseveración deja abierta la posibilidad de que aún utilizándose un elemento propio para causar daño, este no haya "resultado" idóneo a tales efectos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación

Radicación No. 6488

Procesado: Clodoveo A. Rodríguez M. y otro.

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 138 (noviembre 18/92)

Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veinticinco de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

La providencia mediante la cual el Juzgado 27 Superior de Santafé de Bogotá condenó a los procesados Nolberto Rivera y Clodoveo Alberto Rodríguez Moncada como responsables del delito de homicidio tentado, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la capital de la República en sentencia del 29 de mayo de 1991.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por la Sala. Presentadas las demandas respectivas, se declararon ajustadas a las exigencias legales.

El Procurador Delegado rindió concepto solicitando se case parcialmente la sentencia.

HECHOS

En las horas de la mañana de 24 de junio de 1987, en desarrollo de una balacera, Pedro Parra Flórez resultó herido con los impactos de una ametralladora que disparaba Nolberto Mora Rivera, escolta de José Clodoveo Rodríguez; igualmente resultó lesionado en una pierna el transeúnte Juan Manuel Acosta. Una vez que Parra fuera conducido a un carro de la Policía, Clodoveo Alberto Rodríguez le disparó una escopeta hiriéndolo en la cadera.

Los hechos anteriores fueron el capítulo final de una disputa por linderos de los predios colindantes ubicados en la carrera 9 con calle 57, uno de propiedad de las hermanas del doctor Pedro Parra Flórez y el otro de la sociedad gerenciada por José Clodoveo Rodríguez Franco, padre de Clodoveo Alberto.

ACTUACIÓN PROCESAL

Abierto el proceso penal mediante auto del 26 de junio de 1987, se indagó a Pedro Antonio Parra Flórez.

El 27 de agosto de 1987 se profirió auto declarando personas ausentes a José Clodoveo Rodríguez, a Clodoveo Alberto Rodríguez y a Nolberto Mora Rivera. No obstante, los días 4 y 7 de septiembre del citado año, en su orden fueron escuchados en indagatoria, José Clodoveo Rodríguez Franco y Nolberto Mora Rivera, habiéndose dispuesto la detención preventiva de los dos sindicados el 11 del mismo mes.

El 13 de octubre, también de 1987, se indagó a Pedro Antonio Montenegro, y el día 19 del mencionado mes se decretó la detención preventiva de éste último y de Rodríguez Moncada.

El 2 de enero de 1988 se dictó la resolución de acusación contra Nolberto Mora Rivera, Clodoveo Rodríguez Moncada y Pablo Antonio Montenegro, por los delitos de lesiones personales y homicidio agravado en el grado de tentativa. Esta decisión fue modificada mediante auto del 4 de febrero de 1988, en el sentido de dejar la resolución de acusación contra Rivera únicamente por el delito de tentativa de homicidio y ordenar la reapertura en relación con las lesiones personales.

Cumplida la diligencia de audiencia pública el 31 de octubre de 1990, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia, el 23 de noviembre siguiente y el 29 de mayo de 1991, respectivamente.

LAS ARGUMENTACIONES DE LAS DEMANDAS

La demanda presentada en favor de los intereses de Clodoveo Alberto Rodríguez Moncada plantea un único cargo al amparo de la causal primera, partiendo de la consideración de que la sentencia es violatoria, en forma directa, del artículo 60 del C. P., por falta de aplicación del mismo.

El libelista, luego de hacer un análisis doctrinario sobre los elementos de la atenuante, concluye que el procesado actuó en el estado anímico allí descrito, por ello afirma: "El devenir vital permite determinar si hubo o no gravedad en el acto provocador ejecutado por Parra en contra de un interés de Clodoveo Alberto para quien, incuestionablemente, por la información recibida, su padre había sido víctima de aleve atentado por parte del médico Parra de quien sabía, con certeza absoluta que era su enemigo y con quien en varias oportunidades anteriores habían tenido serios altercados".

"En el honesto entendimiento de Clodoveo Alberto, Parra, con gravedad e injusticia había ejecutado un comportamiento que ofendió sus intereses jurídicos y personales y generó una alteración emotiva que, por cierto, la sentencia declara en repetidas oportunidades".

El aquí impugnante termina solicitando se case la sentencia y se reconozca la atenuante de la ira.

Por otra parte, en la demanda presentada en defensa de los intereses de Nolberto Mora Rivera, se formula también un único cargo, al amparo de la causal primera, por la presunta violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 323 y 22 del C. P. y por falta de aplicación del numeral 9 del artículo 1o. de la ley 23 de 1991.

Considera el censor que los actos ejecutados por Mora Rivera no tenían la clara voluntad de ocasionar la muerte a Parra Flórez, como de manera equivocada la consideró la instancia. En orden a tales conclusiones expresa: "El primer

argumento de la sentencia acusada para afirmar en Nolberto Mora Rivera intención de causar la muerte a Pedro Parra Flórez está contenido en el pasaje de la sentencia conforme al cual 'desde el momento en que se dispara sobre la víctima' se da comienzo a la consumación de un homicidio. Apreciación que frontalmente contradice la exigencia legal de que los actos, no los medios o los instrumentos como piensa el sentenciador, estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta que el agente quiere. El mero hecho de disparar contra alguien es un acto equívoco que, por lo tanto, no tiene la capacidad de afirmar claramente la intención de quien dispara fue la de causar la muerte: bien se puede disparar 'contra' alguien simplemente para provocar su huida, sin intención de causar herida alguna y, menos, la muerte; se puede , también, frustrado el propósito anterior, disparar contra alguien con el solo propósito de causar una herida y así impedir la consumación de un ataque mayor o la prosecución del iniciado, sin intención de causar la muerte; y se puede, en fin, disparar contra alguien con el claro propósito de causarle la muerte. El mero hecho de disparar contra alguien no demuestra, inequívocamente, que el disparador tenga, indefectiblemente, la voluntad de causar una muerte. Es que si así fuera, tendría que concluirse que en ningún caso se podría formular un juicio de reproche a título de lesiones personales contra alguien por haber causado una herida, dolosa, en el cuerpo de otra persona con un arma de fuego. Y esto no lo ha previsto el legislador".

"De otro lado, afirmar que el hecho de disparar un arma de fuego es demostración automática del propósito de matar, es incurrir en otro de los yerros de que padece la sentencia que acuso: predicar la idoneidad no de los actos, es decir, de la conducta, sino de los medios o de los instrumentos, con franca violación de la previsión normativa del artículo 22 del Código Penal conforme al cual la idoneidad o inidoneidad ha de predicarse de los actos, esto es, de los comportamientos o de la conducta del agente y no de los medios o instrumentos materiales de que éste se valga para el logro de su propósito. El error de la sentencia resulta franco: 'En el homicidio, por ejemplo, se da comienzo a la ejecución del delito desde el momento en que ... el medio resulta idóneo según la calidad del arma empleada...'. Más claro no puede ser: la prédica de la idoneidad la refirió a la ametralladora pero no al hecho de dispararla como la disparó. Olvidó el sentenciador que, en análisis concreto,una ametralladora puede ser ineficaz para causar una muerte en tanto que, como en el ejemplo recurrido tantas veces por la doctrina, un alfiler, una simple aguja puede ser eficaz para privar de la vida a un ser".

Con posterioridad, argumenta: "Prosiguiendo con la crítica de la sentencia y de su entendimiento de de los presupuestos de la tentativa, evocó el parte de la misma conforme al cual 'la distancia' entre quien dispara y quien recibe el disparo es circunstancia externa que denota 'que el comportamiento del sujeto estaba orientado a matar y no simplemente a herir' (fl. 58). Flaco argumento, toda vez que la simple distancia, de un lado, no es un acto y, de serlo no demuestra inequívocamente como lo exige la ley la clara intención de matar. De aceptar este argumento podría decirse que quien acecha a una persona a varios metros de

distancia, como, por ejemplo, un francotirador, no tiene el propósito de acabar con su vida? No es posible, indefectiblemente, afirmar que la distancia entre quien dispara y contra quien se dispara guarde proporción inversa con la intención del agente: que a mayor distancia menor intención y que a menos distancia mayor intención".

Prosigue el actor aduciendo que si la intención hubiera sido matarlo lo hubiera podido hacer, máxime si se tiene en cuenta lo destacado en la sentencia que se trata de un suboficial de la Fac versado en el manejo de armas de alto poder, enfrentado a un anciano armado de un simple revólver. Y para destacar la falta de intención homicida, resalta la versión indagatoria donde el interesado dice que si tal hubiese sido el propósito hubiese pasado el seguro del arma de la secuencia tiro a tiro a ráfaga.

A renglón seguido anota que en la inspección se precisó que los tiros atribuidos a su defendido hicieron impacto sobre la pared de la oficina a 2,68 y 3,40 metros del piso, situación que descarta que se hubieran disparado para matar.

Culmina subrayando que la herida ocasionada a Parra Flórez no fue grave y que solo comprometió tejidos blandos sin interesar la estructura ósea, de lo cual no se puede deducir intención homicida. De todo ello, el actor concluye que si la muerte de Parra no se produjo fue porque Mora Rivera jamás tuvo la intención de darle muerte. En consecuencia, solicita se case la sentencia y se dicte la de reemplazo condenando a Mora por el delito de lesiones dolosas.

Argumentos del Procurador Delegado

Solicita no se case la sentencia en relación con las pretensiones del impugnante que representa los intereses del procesado Clodoveo Alberto Rodríguez Moncada, quien critica la forma confusa y carente de técnica como plantea la censura, advirtiendo que desde el principio se observa gran contradicción, porque la argumentación arranca del desconocimiento de la atenuante que atribuye al sentenciador y de la falta de demostración de quien fue el provocador; así mismo pone de relieve la ausencia de los requisitos de gravedad e injusticia que reclama la figura de la ira; aduce también que las dos proposiciones negativas fueron presentadas sin análisis de prueba y que, en tales circunstancias, si la censura se plantea por no haberse encontrado un soporte jurídico probatorio para declarar la atenuante, a pesar de la existencia de medio de convicción que demandaban su reconocimiento, concluye que la impugnación ha debido orientarse por la vía de la violación indirecta "pues lo que en el fondo, cuestiona el recurrente son las pruebas que en su sentir llevaron al juzgador al juicio equivocado en el sentido de negar la atenuante".

Prosigue el Ministerio Público manifestando que si lo que el actor quería era atacar la sentencia por el no reconocimiento de la atenuante "la transgresión directa

de la ley sustancial que de esta forma alega, carece de fundamento pues lo cierto es que en el proveído se denegó, explícitamente el reconocimiento de la causal, aduciendo el fallador las razones de orden jurídico y probatorio que lo condujeron a adoptar esta determinación".

El Delegado considera que el impugnante hace un ataque por la vía indirecta, porque duda de que los hechos se hubieran producido como lo afirma el sentenciador, pero que realmente, conforme a la versión que se recibió al procesado, éste siempre se ubicó cerca de su padre cuando los hechos ocurrían; circunstancias en las cuales no puede alegar haber actuado en estado de ira por la supuesta herida de su padre. Su conclusión es la siguiente: "Luego lo que el demandante esgrime como una argumentación en derecho en esencia no es más que una discusión probatoria, con el agravante de que parte de presupuestos falsos al distorsionar la realidad procesal, y a través de ello, desconoce los hechos y pruebas que sustentaron la sentencia atacada; el desvío, pues, de la censura y demás imperfecciones técnicas y sustanciales anotadas, permiten predicar el fracaso de la acusación propuesta por transgresión directa de la ley sustancial".

Termina solicitando no se case la sentencia.

En relación con la demanda presentada por el abogado del procesado Mora Rivera, solicita se case la sentencia solo con respecto a éste y se dicte fallo de reemplazo por la contravención de lesiones personales. Parte de sus argumentos sostiene que:

"El Tribunal, en consecuencia, se quedó únicamente con el requerimiento de la puesta en peligro del bien jurídico, que además no lo toma como un requisito general para el delito consumado y el tentado, sino como una característica diferenciadora entre los dos, incurriendo en el equívoco reseñado en precedencia y que ubica la doctrina como superado hacia la década de los años treinta del presente siglo. Este requisito debe existir como presupuesto -si se permite el término- tanto para la hipótesis de la consumación como la tentativa, pero es la dirección de la voluntad la que permite establecer la distinción entre los dos.

"Y, es que tampoco puede perderse de vista, que no hay 'un dolo de tentativa'; si se le imputa una 'tentativa de homicidio' a un procesado es porque su acción iba dirigida a causarle la muerte a otra persona y sólo por circunstancias ajenas a su voluntad es que no logró el resultado típico, es decir, su consumación. De ahí que no sea estrictamente preciso hablar de 'tentativa de homicidio', pues este tipo penal no lo hay en la regulación normativa; es un homicidio en el grado de tentativa la real imputación que debe atribuírsele. Debe, por tanto estar *probado* que el autor de la conducta reprochable quería matar.

"En este caso los juzgadores de las instancias se limitaron con los hechos probados a afirmar: 'que el comportamiento del sujeto estaba orientado a matar y

no simplemente a lesionar', o que los actos de este procesado 'demuestran una intención superior a la alegada a lo largo y ancho de este proceso', o que estos permiten colegir que 'tuvo la intención de acabar con una vida humana', cuando lo que dan por probado impone una conclusión totalmente opuesta.

"Es la acción hemos dicho, lo que se debe analizar en primer lugar, porque además de ser en ella donde corresponde ubicar la voluntad del agente, esta precede a la descripción típica. Si no hay conducta de nada sirve que el legislador haya establecido su genérica y abstracta prohibición; es la acción concretamente exteriorizada la que corresponde determinar si es la descrita normativamente y en nuestro criterio de esto no cabe duda, no solo porque es lo real (no lo idealista), sino porque la Constitución y la Ley Penal así lo disponen: En efecto, el Art. 29 de la nueva Carta Política (26 de la anterior), regula que el procesado debería responder por las leyes vigentes al momento en que realice *"el acto que se le impute"*, es decir, la acción o la conducta que se le impute; lo cual, significa que por mandato constitucional primero debe establecerse la conducta, si existe o no (puede concurrir alguna causa que acredite la ausencia) y luego, su relevancia típica, que esté dirigida a realizar el tipo objetivo. Y, la ley penal es consecuente con el superior mandato normativo, pues el Art. 19 establece que no habría hecho punible sin 'acción u omisión' y el mismo Art. 21 toma este derrotero.

"Pero qué acción es?. Es la final. Que esta va dirigida a un fin, hoy por hoy, nadie lo pone en duda, predique la tesis dogmática que fuese. Es que no resulta razonable admitir una conducta sin voluntad y esta no puede ser vacía, debe, como en efecto tiene, un objetivo, un fin. Cómo afirma lo contrario?. Ha afirmado la Corte Suprema de Justicia en conocido fallo de Sala Plena, con ponencia del Dr. Manuel Gaona Cruz al resolver una demanda de inconstitucionalidad por considerar el accionante que el Código Penal de 1980 era peligrosista y por ende, contrariaba la Constitución nacional que reconoce un derecho penal de acto, que no tenía razón por cuanto una Carta Política no podía afiliarse a teoría dogmática alguna. Y claro que le asistía razón a la Corporación. Entonces, si esto es cierto, necesario es colegir, que la acción a que se refiere el citado art. 29 de la nueva Constitución es la óntica, la final, pues es la que la deja en su real contenido, no lo somete a desfiguración alguna, corresponder al ser. Cosa distinta es que una tal concepción haya servido de fundamento a una tendencia penalística, ya que esto en nada contradice que el contenido real de la acción sea el de la finalidad. Es este mismo el que recoge, como no podía ser de otra forma, los Arts. 19 y 20 del Código Penal. De esto no cabe dubitación alguna: el Art. 40 en su numeral 1o consagra la bis absoluta, o sea, que está reconociendo la voluntad como contenido de la acción, así literalmente la incluya como causal de inculpabilidad, pues la fuerza física ataca es la voluntad del agente y si en la elaboración dogmática conceptual se la (sic) incluido, para alguna parte de la doctrina, es esta característica de la acción, esto no significa que se pueda realmente desprender de la conducta, toda vez que, al fin y al cabo, el juicio de reproche tiene como fundamento el acto, llámase acción o conducta; en otros términos, de concurrir esta causal de inculpabilidad lo que no hay es una acción culpable porque no hay acción.

"Así las cosas, cuál era la dirección de la voluntad del procesado Mora Rivera?. Para esta representación del Ministerio Público, la de lesionar a su víctima y no la de causarle la muerte. Tres son los sustentos del Tribunal y Juzgado de instancia, para concluir el homicidio tentado:

"a) *La clase de arma:* Una metralladora (sic). Este que fue el medio empleado ha condicionado el proceso, quizá creyendo que consideraba esta arma en abstracto, difícilmente podría concebirse que al utilizarla no se quisiera matar. Esto en principio puede ser cierto, pero en concreto y frente a las circunstancias en que sucedieron los hechos, la conclusión no debe ser esa.

"Está probado que la ametralladora tenía dos posibilidades únicas de manejo; o mediante ráfaga o tiro a tiro y los balísticos dejaron latente el interrogante sobre cómo fue utilizada por el procesado. Sin embargo, está probado en el expediente que además del disparo recibido por el lesionado en el hombro, se encontraron huellas de dos disparos más sobre una pared y el hoy recurrente, reconoció en su indagatoria que hizo seis disparos unos al aire y otros en parte *no vital* para obligar a desarmarlo.

"Ninguna prueba demuestra que se hayan realizado en ese momento más disparos con el arma. Y también admitió el incriminado que la ametralladora la había condicionado para disparar tiro a tiro. Entonces, imperativo es reconocer esta aseveración de Mora Rivera, pues no está probado lo contrario.

"Ahora, tampoco puede dejarse de lado en punto del análisis sobre las características del medio empleado para la exteriorización de la conducta, la carga de la metralladora (sic), pues tampoco pudieron los técnicos en balística determinar cuál sería para el momento en que sucedieron los hechos, debiendo en consecuencia admitirse que, siendo el proveedor apto para 20 proyectiles, esa era la carga en esa oportunidad. No a otra conclusión se puede llegar de la versión del procesado, cuando en su relato enfatiza sobre el número de disparos que realizó, el condicionamiento que previamente le había realizado al arma para que disparara 'tiro a tiro' y en general, de todo el contexto explicativo de su indagatoria, pues en su integridad tiende a demostrar cómo no fue su intención causarle la muerte al hoy lesionado, pues si esa hubiera sido su voluntad le hubiera disparado toda la carga, es decir, todo el contenido del proveedor, lo cual significa -se reitera- que para los momentos en que sucedieron los hechos el arma estaba con un número de proyectiles superior al efectivamente disparado, y como el proveedor, al parecer desapareció en manos de los policiales, pues de todas formas no obra en las diligencias, imperativo resulta deducir este importante interrogante infiriendo la respuesta de las demás pruebas aportadas al proceso y en este caso, de la injuriada del impugnante, por ser el medio de prueba del cual debe hacerse, ya que es quien conocía en qué condiciones estaba el arma para cuando decidió dispararla.

"No es, entonces, valida la genérica afirmación del Tribunal respecto a la naturaleza del arma como elemento sustentador del homicidio tentado ya que en

concreto, la potencial dañosidad de la ametralladora no imprescindiblemente puede indicar que su uso implica querer dar muerte a una persona, sino que todo depende -como además sucede con cualquier medio delictivo- de la forma como sea utilizado. En este caso, por el contrario, la modalidad de uso de la ametralladora, tanto respecto al condicionamiento mecánico: 'tiro a tiro', como en cuanto se refiere al número de disparos realizados, cinco o seis, y a la dirección impuesta por el tirador: dos al aire para amedrentar al contrincante y los otros, luego y en vista de no haber logrado el objetivo, para desarrollarlo, siendo únicamente uno el que hizo blanco a la altura de uno de los hombros del dr. Parra Flórez (fls. 149 y 153 del Cdno No. 1), desvirtúan o por lo menos, forman inconsistente el argumento de que la clase de arma, de por sí, es demostrativa del dolo homicida.

"Es que la potencialidad hipotética de la ametralladora y *la distancia* entre victimario y víctima, elemento este que también fue tenido en cuenta el Tribunal (sic) para sustentar su tesis del homicidio tentado, por estar Norberto Mora casi frente a frente al lesionado, es por el contrario, demostrativo de que la voluntad del procesado fue la de lesionar y no la de matar: Si el dolo hubiese sido homicida, es lo razonable que el tirador, hoy incriminado condiciona el arma para 'ráfaga' y no 'tiro a tiro'; pero si se pensare que aun con la reducción 'tiro a tiro' también podía causar la muerte, cómo explicar que a tan corta distancia y con un tal querer un ex-militar lesione a 'su blanco' es un hombro y con un solo disparo?. Es *la distancia*, por tanto, otro elemento que unido a la naturaleza del arma no puede considerarse en *abstracto*, sino en relación con la voluntad de la acción, es decir, que la corta distancia no es demostrativa por si sola como indicativa del 'querer matar'. Si esa hubiese sido su voluntad no cabe duda que lograba el fin homicida.

"b) *La lesión en parte vital del cuerpo:* Es el segundo gran pilar Tribunal para desvirtuar las lesiones y afirmar el homicidio tentado. El proceso informa que la lesión que sufrió el dr. Parra Flórez y cuya autoría se le imputa a Nolberto Mora *fue en uno* de sus hombros y que de acuerdo con la pericia médico-legal, no le ocasionó ninguna secuela y la incapacidad fue solo de 20 días entonces, en estas condiciones podría compartirse la conclusión del Tribunal? Incuestionablemente. No. Sin elucubraciones (sic) filosóficas ni profundizaciones médicas, es lo admitido que 'lo vital' es lo predicable de aquello que depende la vida y biológicamente en el ser humano ésta no depende de un hombro. Así de simple.

"El Tribunal no razona para demostrar su insular e inusitada conclusión y esto es explicable porque con qué premisas podía hacerlo?. Es entendible, claro está, que para determinar dicha vitalidad tampoco resulta absolutamente válido pregonarla respecto a un órgano y cualquier parte del cuerpo, abstractamente considerada; pero aquí ni un hombro ha sido ni es admitido con tal característica ni la naturaleza de la lesión le pudo suministrar esa connotación, pues, como ya se dijo, ninguna consecuencia médico-legal se le ocasionó a la víctima.

"El sitio de la lesión demuestra que la voluntad del agente delictual no fue la de matar. A tan corta distancia desde donde disparó la ametralladora, si homicida

hubiese sido su voluntad, el blanco bien pudo ser un órgano realmente vital como el corazón, por ejemplo. La voluntad fue la de lesionar, pues como lo afirma el procesado Mora en su indagatoria, lo que perseguía era primero amedrentar al dr. Parra y luego desarmarlo.

"c) *La actividad anterior del incriminado como cabo de la Fuerza Aérea*: Es igualmente otro elemento para que el Tribunal colija el homicidio tentado. Esta conclusión es también salida de contexto, porque, precisamente el conocimiento en armas es lo que permitió que pudiera dirigir, primero, disparos al aire con una ametralladora (los impactos en la pared hacen consistente la versión) e igualmente, que a corta distancia pudiera hacer blanco en un lugar *no vital* de la humanidad del dr. Parra Flórez, pues de otra parte, no puede olvidarse que este procesado actuaba solo como guardaespaldas y este es, precisamente, el procedimiento con que se adiestra a los militares para los casos de defensa cuando el contrincante está armado.

"Con estos elementos probados, dedujo el Tribunal el *homicidio tentado*, desconociendo que con ellos se demostraba, por el contrario, la voluntad de *lesionar*. De ahí que los Juzgadores solo se hayan conformado con enunciar la voluntad homicida y avanzaron hacia el bien jurídico como real elemento para distinguir entre unas lesiones personales y un homicidio tentado, lo cual como se expuso en precedencia, no resultaba sino se aneja a la voluntad del agente. Voluntad que debe probarse.

"Afirmar como lo hace el Tribunal, que los actos realizados por el ahora recurrente refleja 'que el comportamiento del sujeto estaba orientado a matar y no simplemente a lesionar', o que 'demuestran una intención superior a la alegada' a lo largo y ancho de este proceso, o que permiten afirmar que 'tuvo la intención de acabar con una vida humana' y no demostrar estas aserciones con el correspondiente análisis jurídico-probatorio, y en consecuencia, la dirección final de la conducta encausada a producir el homicidio que se le imputa, como tampoco la falta de consumación del hecho, por circunstancias ajenas a su voluntad (hecho que tampoco puede perderse de vista, porque al no haberse interrumpido la acción por actos externos no dependientes de la voluntad de Mora, sino que él terminó su acción de lesionar), hacen que para la Delegada le asista razón al casacionista en su censura.

"En efecto: *El principio de ejecución del hecho*, preceptuado por el art. 22 del C. P., surge cuando se exteriorice la acción finalmente dirigida, a través de la realización de actos inequívocamente orientados hacia la producción del resultado querido, y siendo en este caso como quedó visto, la acción final del procesado no alcanzó la concreción del tipo penal de homicidio (art. 323 del C.P.), es evidente el error in indicandi en que incurrió el Tribunal el cual lo condujo a transgredir en forma directa estas dos normas sustanciales, aplicándolas indebidamente, dejando de aplicar el tipo que describe y pune el ord. 9o. del art. 1o. de la Ley 23 de 1991.

"Así las cosas y por descontadas las finales referencias probatorias de que se vale del demandante, ya que lo hace en la forma inevitable para hacer más palpable el yerro del Tribunal en la selección de la norma aplicada y solo para reformar el discurso jurídico en que se desenvuelve la acusación sin adentrarse en controversia alguna de los elementos fácticos y de certeza en que se sustentó el fallo atacado, se impone para esta Delegada concluir la prosperidad del cargo y por ende, *sugerir* de la H. Sala de Casación Penal, *casar parcialmente* la sentencia recurrida y en cuanto se refiere al procesado Nolberto Mora Rivera, para que en su reemplazo se profiera la que corresponde por la contravención especial de lesiones personales. En lo demás el fallo acusado deberá mantenerse".

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al Procurador Delegado cuando critica las falencias técnicas de la demanda presentada en favor de Rodríguez Moncada porque a pesar de plantear la existencia de una violación directa de la ley, lo que hace en realidad el libelista es enfocar el ataque por la vía indirecta; basta analizar sus primeras afirmaciones en el capítulo de la demostración del cargo cuando predica del Tribunal que: "...rechaza las pretensiones de la defensa limitándose en una oportunidad *a reclamar la no demostración de quien fue el provocador* y, en otra *echando de menos la falta de gravedad e injusticia*. "Ambas negativas son presentadas por el Tribunal *sin análisis de la prueba que se había aportado al proceso y con ligera referencia, sin penetrar al fondo del asunto...*" (Subraya la Sala).

En efecto, si el casacionista critica al sentenciador de instancia por no haber aceptado la atenuante con base en la no demostración de quien fue el provocador y cuando le reprueba que haya rechazado la hipótesis sin analizar la prueba aportada al proceso, claramente está formulado una crítica probatoria y siendo así, la vía del ataque ha debido ser la indirecta.

Sostiene el censor que la actuación emotiva del procesado fue tan clara que "llegó incluso a obtener el reconocimiento expreso del Tribunal aún cuando inexplicablemente al momento de su aplicación no lo hizo"; no obstante, esta afirmación que se pone en boca del sentenciador de instancia, corresponde a la realidad porque el Tribunal en ningún momento reconoce la existencia de la ira como causal de atenuación jurídico penal; y no puede entenderse por tal reconocimiento la manifestación de que actuó en una seria alteración anímica, puesto que si se reconoce ese estado psicológico es para concluir que a pesar del mismo no se admite la existencia de la ira. Dice así textualmente el juzgador de segunda instancia: "En este proceso está demostrado que en verdad Clodoveo Rodríguez padeció *una seria alteración anímica, mas no la existencia de una provocación grave e injusta*" (Subrayado fuera de texto).

Luego el sentenciador hizo análisis de la atenuante para negarla, en cuanto efectivamente afirmó que no se había determinado quién había sido el provocador, y que tampoco existía prueba demostrativa de la injusticia y gravedad de la misma.

Es indispensable, como lo ha sostenido reiteradamente la Corporación, que cuando se pretende que se case una sentencia por violación directa se admitan los hechos que se dieron por probados en las instancias. La verdad, el defensor, en un loable esfuerzo por sacar avantes las pretensiones en favor de los intereses de su poderdante, desconoce la verdad procesal cuando para demostrar la existencia de la atenuante cuyo reconocimiento pretende, hace planteamientos que riñen con la realidad probatoria y con el análisis que se hizo en las instancias; es así como el censor para justificar la ira habla de la ofensa grave e injusta de que sufrió el procesado al ser informado de que su padre se encontraba herido, situación que le generó la reacción iracunda; pero debe resaltarse que tal hipótesis fue rechazada en las instancias, precisamente en la primera se negó la existencia del ataque presuntamente realizado por Parra en contra de los Rodríguez y su escolta cuando dice: "Las pruebas epilogadas en esta relatoría no demuestran ninguna de las cuatro exigencias normativas, pues los autos no informan de manera certera que el galeno Parra haya atacado a bala a los señores Rodríguez y Mora, sino que los hechos se sucedieron de manera inversa, estando impedido este Despacho para amadrigar el pedimento de la defensa; compartimos los puntos de vista del Ministerio Público y de la parte civil".

Se observa entonces que el impugnante para tratar de sacar avante su tesis parte de hipótesis que no fueron aceptadas por los sentenciadores, plantea de la manera que le interesa hechos que fueron descartados en el análisis probatorio efectuado en la primera instancia, lo que afecta gravemente la técnica del recurso extraordinario, pues para sacar adelante un cargo por violación directa se deben aceptar los hechos tal como se dieron por probados en las instancias.

En las condiciones precedentes y tal como lo solicita el Procurador, se rechazará el cargo formulado.

En la demanda presentada en representación de los intereses de Mora Rivera se plantea igualmente un único cargo al amparo de la causal primera por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los 323 y 22 del C.P. y por falta de aplicación del artículo 1o., numeral 9 de la Ley 23 de 1991, que hace consistir en la equivocada valoración jurídica que hizo la instancia de la conducta de Mora Rivera, cuando llega a la conclusión de que actuó con el propósito de ocasionar la muerte y por no haber obtenido el fin propuesto, la encasilla en el delito de homicidio en grado de tentativa, cuando en sentir del censor las pruebas demuestran es la existencia de unas simples lesiones personales.

Son evidentes las falencias técnicas en que se incurre el censor, pues es clara la equivocada orientación que da a su ataque, porque su inconformidad es por

haberse incurrido en una errónea calificación, por tratarse en su criterio, no de un delito de homicidio en grado de tentativa, sino uno de lesiones personales, y en tales casos el ataque lo ha debido orientar es por la vía de la nulidad y no por la causal primera.

Esta Corporación se ha pronunciado en tal sentido en varias oportunidades de manera uniforme, porque los problemas técnicos que surgen de la escogencia del camino equivocado son evidentes.

De acuerdo a lo ordenado en el art. 229.1 la aceptación de la nulidad para que no pueda solucionar con un fallo de reemplazo ello solo será posible si la nulidad "afecta exclusivamente la sentencia impugnada".

Si se trata de una nulidad que afecte otras etapas del proceso, no podrá solucionarse a través de sentencia de reemplazo y deberá declararse en qué caso o estado queda el proceso y si se tiene en cuenta que la nulidad alegada en caso de ser aceptada implicaría retrotraer el proceso hasta el auto de cierre de investigación, es claro que el ataque no puede hacerse por la causal primera, como se hizo sino por la vía de la nulidad, para de esa forma tramitar el procedimiento viciado por la existencia del yerro alegado, en este caso la errónea calificación.

Como del texto de la demanda pudiera pensarse en la existencia de una nulidad que requiera reconocimiento oficioso de la Corporación se harán unas breves consideraciones para demostrar los erróneos argumentos del censor y del Procurador Delegado.

Tal como sucedieron los hechos llevan a la Sala a la convicción de estar en presencia de una tentativa de homicidio y no de uno de lesiones personales como lo pretende el censor acompañado en este caso por el Delegado del Procurador.

Pretende demostrar la existencia de erróneos conceptos en los argumentos del Tribunal, al presentar un ataque con base en una cita parcial de uno de los párrafos de la providencia y concluir que el juzgador de instancia hace radicar la existencia de una tentativa de homicidio en la idoneidad de los instrumentos y no en la conducta, para finalmente afirmar que no hay tentativa de homicidio sino lesiones personales.

Es claro entonces que cuando el juzgador alude al medio idóneo no se acude a tal expresión para concretar el comportamiento ilícito en el uso de un instrumento esencialmente nocivo o dañoso, sino a la forma en que ha sido empleado y al efecto que ha producido; pues la aseveración deja abierta la posibilidad de que aún utilizándose un elemento propio para causar daño, este no haya "resultado" idóneo a tales efectos.

Por lo demás, debe convenirse que en el párrafo comentado el Tribunal expresa una idea compleja, pues concreta el momento en que se inicia la ejecución

del homicidio, en aquel en que concurren las diferentes circunstancias que enuncia, esto es, la acción de disparar sobre la víctima unida al empleo de un arma que resulte idónea, a las cuales agrega la distancia y el lugar del organismo lesionado y solo de la conjunción de todas ellas deduce la intención de matar y no de lesionar. Por ello, pierde toda seriedad y consistencia la argumentación del demandante cuya crítica recae sobre una parte del razonamiento del fallador de segundo grado.

Ahora bien, en cuanto a las otras circunstancias que el demandante resalta para deducir la simple intención de lesionar y no la de matar, se le ha de replicar que la utilización de la metralleta en la secuencia de tiro a tiro y no en la de ráfaga es un acto que no posee por sí mismo la capacidad de demostrar que la intención solo era la de lesionar; porque bien se sabe que en el momento del combate difícilmente se tiene la tranquilidad de ánimo para escoger o cambiar el sistema del disparo; ante lo apremiante de una situación, se utiliza el arma en la forma como está, contra la persona que se quiere atacar o de quien se quiere defender.

En lo referente a los disparos fueron hechos a gran altura, haciendo impacto en la pared, por encima de la cabeza del lesionado, es algo perfectamente explicable, en la medida en que toda arma de fuego, al ser disparada produce un movimiento involuntario de retroceso en el brazo de quien la porta; por lo tanto, esta particularidad no prueba el simple propósito de intimidar; menos aún teniendo en cuenta que el único disparo que alcanzó a la víctima hizo impacto en la parte superior de su anatomía.

Que el disparo solo hubiese afectado zona muscular de la anatomía de la víctima sin siquiera alcanzarle a lesionar la estructura ósea y que la incapacidad hubiera sido relativamente corta, es consecuencia de la trayectoria por demás azarosa, extraña e inverosímil que emprende los proyectiles cuando ingresan a un organismo vivo, en veces llegando a un punto muy distante del sitio de ingreso; por lo que bien se puede afirmar que no depende de la voluntad del tirador que el disparo ocasione sólo los daños que él quisiera; a lo máximo que puede aspirar es a que el impacto se produzca en cercanías de la zona sobre la que se apuntó y ello cuando se trata de tiradores muy expertos. Permítase comentar con relación a este punto que si bien es cierto que en el tiro al blanco como deporte, se logra una gran precisión por la calidad de las armas y de los aditamentos con que se las dota (miras y mecanismos de precisión en el tiro), de la misma manera que por la tranquilidad con que actúa el deportista que tiene tiempo para prepararse y afinar la puntería, esto no es lo que sucede con el tiro denominado de defensa, en el que se utilizan armas comunes y corrientes desprovistas de mecanismos tan sofisticados de precisión. Por ello cuando se realiza este tipo de entrenamiento el blanco escogido es una figura humana, que tiene los círculos concéntricos del blanco sobre la parte del tórax de la figura, y se recomienda disparar a esta zona anatómica para tener mayor seguridad de acertar porque de manera regular cuando el ataque o la defensa se presentan es de improviso, sin que la persona tenga tiempo de prepararse y

menos aún que tenga la oportunidad de precisar su puntería; de tal manera que en esta forma de disparo la posibilidad de ser muy exactos son muy remotas aún para los mejores tiradores; generalmente se considera como muy bueno aquel que logra hacer impacto sobre el tórax de la víctima.

Lo anterior permite afirmar que no solo se ha demostrado que la intención del implicado era simplemente lesionar, porque en circunstancias tan apremiantes, donde los nervios necesariamente tienen que hacer su aparición el tirador avezado se limita a disparar sobre la parte superior de la estructura anatómica organismo humano que además de ser la más amplia y obviamente con mayores garantías de acierto en el blanco, es también la que contiene órganos vitales y que de manera regular cuando se hace impacto en tal zona o se produce la muerte o lesiones de particular gravedad sobre la víctima.

Entonces para la Sala no es posible deducir, de tan dramáticas circunstancias, que la intención del victimario fue simplemente herir y que para ello escogió de antemano la zona anatómica que no ocasionaría la muerte, porque del hombro a la cabeza, pulmones o corazón la distancia es muy corta y la bala hubiera podido alojarse en cualquiera de ellos en zona diversa a la del impacto se hubiera podido producir y por las extrañas trayectorias de un disparo perfectamente hubiera sido posible que el proyectil se hubiera podido alojar en zona diversa a la del impacto.

La aseveración del impugnante habría resultado admisible para concluir que solo hubo intención para herir si se hubiera disparado a las piernas, porque difícilmente se puede ocasionar la muerte con una herida en las extremidades y porque un tirador experto, con su pericia puede apuntar hacia ellas sin mayor peligro de lesionar otras zonas anatómicas, distantes y vitales como la cabeza y el tórax.

Finalmente para efectos de concretar el ánimo de matar, no se debe olvidar que el arma utilizada fue una metralleta miniuzzi, conocida en el mundo contemporáneo como una de las armas más efectivas y con un alto poder de destrucción, por lo que al ser utilizada como lo fue, se convierte en un arma casi que necesariamente mortal. Y si el resultado querido no se produjo, es consecuencia del azar que en ocasiones sustrae un determinado efecto del acaecer natural de los acontecimientos.

En las circunstancias precedentes ha de concluirse que el fallo no será casado como lo pretende el impugnante, apoyado en esta ocasión con la coadyuvancia del Procurador Delegado, de la misma manera que no existe nulidad que deba ser declarada oficiosamente.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo.

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

PECULADO CULPOSO \ INTERDICCION DE FUNCIONES PUBLICAS

"Si bien es cierto la función judicial es la encargada primordial de un juez de la República, ello no quiere decir en manera alguna que la función administrativa implique subordinación, pues una y otra actividad vienen a diferir a recoger el concepto general de lo que es la "buena administración de justicia", siendo una complemento de la otra.

La pena de interdicción de derechos y funciones públicas respecto de delitos contra la administración pública, debe aplicarse con la severidad que las circunstancias agravantes reclamen para que sus funciones retributiva, preventiva y protectora tengan cabal cumplimiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Segunda Instancia Radicación No. 7711

Acción: Dr. Bernardo de Jesús Osorio G.

Delito: Peculado culposo

Magistrados ponentes: Drs. *Gustavo Gómez Velásquez. Didimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 140 nov 25/92

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiséis de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante sentencia de mayo 13 del año en curso, condenó al doctor Bernardo de Jesús Osorio González

como autor responsable del delito de *peculado culposo*, cometido cuando se desempeñaba como Juez Civil Municipal de la misma ciudad, a la *pena principal* de ocho (8) meses de arresto, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y $ 10.000.00 de multa a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Se le condenó también al pago de los perjuicios provenientes del delito, los 'que deberá cancelar solidariamente con Luis Alfonso Ocampo, sentenciado en otro proceso, en la cuantía allí indicada y en la parte motiva de esta sentencia'. Se le concedió, eso sí, la condena de ejecución condicional, *sin perjuicio del cumplimiento de las penas no privativas de la libertad.*

Inconforme la defensa con la anterior determinación, interpuso contra ella recurso de apelación. Y, en sede de la Corte, obtenido el concepto del señor agente del Ministerio Público y fijado en la lista el asunto por el término de ley, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo. A ello se procede.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, entonces a cargo del Dr. Bernardo de Jesús Osorio González, se tramitó un proceso ejecutivo, donde obró como demandante Rafael Arévalo Vélez y demandado Gilberto Tangarife Ramírez. Liquidado el respectivo crédito en diciembre de 1989, su valor ascendió a $ 885.656.00, los que fueron consignados por el ejecutado en el Banco Popular y a órdenes del citado Juzgado, pero sin que el mismo le pudiera ser entregado al ejecutante porque fraudulentamente del dinero se había apropiado Luis Alfonso Ocampo Bedoya, empleado del Juzgado de marras. Y, como de todas maneras el proceso se dio por terminado, levantándose las medidas cautelares y dejando al deudor a paz y salvo, se le causó así grave perjuicio a Arévalo y éste optó entonces por denunciar al Juez Osorio González.

El 18 de abril de 1990 el Tribunal dispuso la correspondiente averiguación penal. En la diligencia de indagatoria Osorio G. señala que un día de diciembre del 89, el señor Gustavo Querubín se presentó a su despacho "con un sobre de manila en que llevaba $ 1.002.000.00 en dinero en efectivo. Dijo que quería que el señor Juez fuera testigo de que le iban a entregar ese dinero... . Le pregunté que quien le había entregado esa plata y me respondió que un empleado del Juzgado que a la postre resultó ser Luis Alfonso Ocampo Bedoya". Que fue entonces al Banco Popular y allí pudo establecer que varios títulos judiciales se habían cobrado ilícitamente, pues Ocampo B., falsificando su firma y la del Secretario y utilizando los sellos oficiales, había ordenado el pago de aquellos a Luis Bernardo Hernández y Jairo Parra. Que se esclareció también que el título que correspondía al aquí denunciante se había imputado fraudulentamente al ejecutivo promovido por Gustavo Querubín y que varios abogados habían recibido pagos en efectivo, sin dar noticia de ello al funcionario. Asegura el Dr. Osorio que le dio fin al proceso porque tiene el criterio de que ese pago era válido ya que 'a un deudor no se le puede obligar

a que repita lo ya pagado'. Y, finalmente, señala que *los títulos los mantenía 'en mi escritorio, pero sin seguridad alguna* puesto que el mismo no tenía chapa. Los que se recibían por algún empleado del juzgado, por ejemplo estando yo ausente, los guardaba el señor Luis Alfonso Ocampo Bedoya y posteriormente los pasaba a mi despacho. En cuanto a *los libros él los manejaba, puesto que ésta fue una de las funciones que se le señalaron'.*

Se pudo establecer, mediante las correspondientes *inspecciones judiciales*, que, evidentemente, se procesó a Luis Alfonso Ocampo Bedoya y a su cómplice Luis Bernardo Hernández por haberse apoderado de varios títulos judiciales, entre los que se encontraba el de Rafael Arévalo Vélez. Allí *aquel confesó que se apoderaba de los títulos judiciales*, falsificando las firmas del Juez y del Secretario y prevalido de la confianza que en él se había depositado. Qué, en el libro de Bancos del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, durante el tiempo en que se desempeñó como titular de ese despacho el procesado Osorio González, no es dable determinar a qué procesos corresponden los títulos judiciales ya que no obran datos sobre demandante, demandado ni beneficiario; no existe correspondencia entre el saldo del Banco y los que figuran en el libro y existe correspondencia entre el saldo del Banco y los que figuran en el libro y ello se buscó explicar afirmándose que era por cuanto existían títulos endosados y no cobrados, empero en el mes de agosto de 1989, se presentó un descuadre de $ 774.652.00, pues mientras en el Banco aparecían $ 3.100.909.58 en el libro del Juzgado figuraban $ 3.875.561.58, esto es que existía una diferencia de $ 774.652.05, la que se buscó subsanar aumentándose caprichosamente en un millón de pesos el saldo del Banco. Que, en el proceso ejecutivo donde fuera demandante el aquí denunciante Rafael Arévalo V. y demandado Gilberto Tangarife R., se aprecian las constancias del depósito por éste realizado por $ 885.656.00 y las peticiones del apoderado del actor en el sentido de que se hicieran efectivas las medidas previas.

Se recepcionaron los *testimonios*, entre otros, del Secretario del Juzgado Cuarto Civil Municipal, Salomón Figueroa Restrepo, quien señala que su firma igual que la del Juez fue falsificada en orden a lograr el *cobro de los títulos fraudulentos* y que *desde un comienzo ellos estuvieron al cuidado de Ocampo Bedoya*, que era la persona encargada también de la entrega de los mismos como de los respectivos oficios a la parte interesada para su cobro en el Banco Popular. No puede asegurar que el Juez acusado observó las anomalías que presentaba el libro de depósitos judiciales y sólo el 15 de diciembre de 1990 lo apreció revisándolo y advirtió que solicitaba unos extractos al Banco. Los otros empleados del Juzgado son acordes en señalar que *Ocampo Bedoya era quien estaba encargado por el Dr. Osorio de llevar el libro de depósitos judiciales y de recibir y cancelar los títulos.* Difieren sí en que mientras a Luz Marina Castaño Gallego le consta que el juez Osorio G. cada mes en compañía de Ocampo B. comparaba el extracto con el libro y los títulos y siempre cuadraba, Ocampo Elías Sánchez G. asevera que nunca vio al acusado en tal actitud.

Se calificó el mérito del sumario (mayo 20/91), con resolución de acusación por el delito de *peculado culposo*, determinación que fue recurrida en reposición y subsidiariamente en apelación; negada la primera subió el asunto a la Corte, confirmándose la decisión por auto de noviembre 27 de 1991. Abierto el juicio a pruebas y no habiéndose decretado ni practicado ninguna, el 21 de abril de 1992 se cumplió la audiencia pública y en su desarrollo la Fiscal Segunda del Tribunal solicitó sentencia condenatoria en contra del procesado al estimar que las exigencias del artículo 247 del C. de P.P. para tal efecto se dan a satisfacción y que debía concedérsele el subrogado de la condena de ejecución condicional. A su turno el doctor Bernardo de Jesús Osorio González aseguró que, con su conducta, no se perfeccionó hecho ilícito ninguno y de ahí que impetrara se le cobijara con una sentencia absolutoria. Petición esta última que fue también la de la defensa pues que no aparece según ella en el proceso la 'certeza necesaria' para condenar, además de que no se da el principio de causalidad que consagra el artículo 21 del Código Penal ya que se ha querido apoyar la relación causa efecto en metas probabilidades. Finalmente señala que de existir decisión condenatoria, su defendido tiene derecho a la condena de ejecución condicional y a que *no se le sancione con la interdicción de derechos y funciones públicas*, como así lo ruega de la Sala.

FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Obra cabalmente demostrado que el Juez Bernardo de Jesús Osorio González, cuando se desempeñó como Juez Cuarto Civil Municipal de Pereira, fue sobremanera *negligente* en el manejo de los títulos judiciales, los que no custodiaba ni controlaba personalmente como así era su obligación, pues que esta función de carácter *indelegable* por mandato legal la había encomendado al empleado Luis A. Ocampo Bedoya, quien, prevalido de esta situación y de la circunstancia de que sobre él no se ejercía la imprescindible vigilancia e inspección contable, se apropió dolosamente, entre otros, del título del aquí denunciante Rafael Arévalo V. De ahí el *nexo* entre la conducta ilícita del Juez y el delito perpetrado por su empleado. "No se puede sostener la interrupción del vínculo entre la conducta omisiva del procesado y la dolosa del tercero, esto es, de Luis Ocampo Bedoya. Si bien es cierto que el dolo de un tercero no implica inexorablemente culpa en el funcionario respecto del extravío de bienes que están bajo su custodia, la falta de diligencia y de cuidado abonó el terreno facilitando la labor delictiva de aquel, en tal forma que si el responsable actúa con prudencia, buen juicio y diligencia, bien puede impedir la consumación del atentado patrimonial que realiza su dependiente o cualquier otro en los bienes sometidos a su custodia. Esta es una inferencia lógica e incontrolable, y no se trata de una simple probabilidad como lo sugiere la defensa...".

Y la buena conducta anterior del procesado no puede diluir como se pretende la responsabilidad de la *incuria* por la que ahora se le procesa. Tampoco niega el cargo en su contra la circunstancia de que otros funcionarios obren de igual

manera, esto es, dejando en manos de otros lo que por ley deben manejar directamente. Y la *imprudencia* con que obró sigue vigente, así con posterioridad a los hechos haya denunciado a Ocampo Bedoya. Y a la buena fe que refiere de sus actos tiene incidencia al excluir el *dolo*, pero no la *culpa* que 'obedece no a la intención sino a la falta de prudencia, de cuidado'. En fin, que es indudable que están satisfechos los requisitos legales para proferir sentencia condenatoria por el delito de *peculado culposo* que fue el ilícito por el que se emitió resolución de acusación contra Osorio G. Se le condena entonces en la forma ya señalada, concediéndosele el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, *pero exigiéndole el cumplimiento de la multa impuesta y de la sanción de interdicción de derechos y funciones públicas.*

DE LA IMPUGNACIÓN

Más adelante, con detenimiento, se hará referencia a ella. Baste ahora con decir que no se ataca ningún aspecto de puro derecho o probatorio enfazado a la responsabilidad del doctor Bernardo de Jesús Osorio González frente al delito de peculado culposo por el que se le condenó. El recurrente se limita a presentar los argumentos que en su sentir conducen jurídicamente a la revocatoria de la decisión del Tribunal de no suspender la parte de la pena principal que se relaciona con la interdicción de derechos y funciones públicas.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Del presente proceso ha tenido oportunidad de conocer esta Corporación por dos veces, la primera a raíz de la apelación del auto que resolvió la situación jurídica del dr. Bernardo de Jesús Osorio González, decretándole medida de aseguramiento de *conminación* por el delito de peculado culposo y, la segunda, fruto de la alzada contra la resolución de acusación, decisiones ambas confirmadas. En la primera ocasión la Corte fijó un criterio que encontró definitivo respaldo en el discurrir de la investigación. Y lo que señalara en el segundo evento en manera alguna ha sido rebatido, es que ni siquiera discutido (salvo en la audiencia) como quiera que no se practicó ninguna prueba en la fase del juicio.

Conserva pues cabal vigencia lo que la Sala entonces apuntara, así:

"...Osorio González no cumplió con el *deber de cuidado* a que como Jefe de Oficina Judicial estaba obligado en materia tan importante, permitiendo que su empleado, como suele decirse, 'hiciera y deshiciera' con los títulos valores y con el libro de bancos, sin tomarse el más ligero trabajo para confrontar éste con los extractos bancarios y dejando pasar por alto circunstancias tales como que si 'el descuadre' obedecía como señalaba a que algunos títulos habían sido endosados y no cobrados, no tenía porqué aparecer en el banco un saldo inferior al que obraba en los libros, para nada de lo cual se requería como lo demanda el defensor ser experto en materias contables.

"Otra cosa, como bien lo dice la instancia, en criterio compartido con la Delegada, si fuera verdad como lo sostiene la testigo Luz Marina Castaño que Osorio González sí revisaba mensualmente el libro de bancos es inexplicable, a no ser por extrema *negligencia*, que no detectara las patentes irregularidades o que, percatado de las mismas, no le hubiera puesto remedio al asunto.

"...El mismo Ministerio Público, desde la anterior oportunidad en que se conoció de este proceso, resaltó que, conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. del Decreto 1789 de 1963, a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y de Policía, les corresponde mantener 'en custodia y bajo su responsabilidad, los títulos o comprobantes de depósito'. De ahí que la Corte en aquella ocasión anotara; 'Esto en primera instancia comporta que tal función es indelegable y, en segundo lugar, que si indebidamente se delega, la responsabilidad sigue en cabeza del funcionario, sin perjuicio de la que le corresponde a aquel en quien arbitrariamente se delegó. Entonces, la circunstancia misma de haber trasladado una función propia de su cargo a uno de sus subalternos (como en el evento sub-exámine irrebatiblemente aconteció, como así lo confiesa el procesado y lo comprueba toda la otra prueba a que ya se hizo referencia) comporta *per se* -y así lo ha señalado la Corte, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruíz, auto de mayo 18/89- *ostensible negligencia* del Juez en el manejo de los asuntos a él especialmente confiados'.

"Aquí refulge entonces que la delicada y personalísima tarea a que por ley estaba obligado el procesado Osorio González fue asumida por éste con *suma incuria*. De ahí que si, como hasta este momento procesal obra demostrado, fue su negligencia la que dio ocasión a que el título por valor de $ 885.656.00 y correspondiente al proceso ejecutivo donde fuera demandante Arévalo Vélez y demandado Tangarife R. se extraviara o perdiera (u otro se lo apropiara), no puede menos, ante la no presencia de circunstancias de justificación del hecho y de inculpabilidad que tenerse por satisfechos los presupuestos en orden a la emisión en su contra de resolución de acusación por el delito de peculado culposo...

"Delegar lo indelegable, quedó visto, comporta *desidia*, incuria, que fue lo que dio ocasión precisamente a que el título de marras se extraviara. Obró, pues, con *error culpable* en cuanto entendió que podía delegar, equivocación vencible que le comportó realizar un tipo sobre el que el Código Penal acepta *culpabilidad por culpa*.

"Ahora, desde un complementario punto de vista, cabe afirmar que la *inculpabilidad por falta de culpa* emerge de que se haya obrado con el *deber de cuidado* que le era exigible, y, en el caso particular, lo demostrado es que eso fue lo que hizo el Juez Osorio González. Es, pues, deducción lógica, para este momento procesal, sostener la responsabilidad del procesado en la comisión de un delito culposo de peculado, sin que tal inferencia pueda negarse porque aquel hubiera actuado de *buena fe*, o, por contrario modo, sin que para predicarla se requiera que se obre *de mala fe* (como lo da a entender la defensa), pues fenómeno es este último que apunta al *dolo* que nada tiene que ver en el presente asunto".

El Tribunal, como quedó señalado cuando se indicaron los fundamentos de la decisión que ahora se revisa, tinosamente hizo ver que lo probado irremediablemente conduce a una sentencia condenatoria en contra del doctor Osorio G., resaltando que fue la *negligencia*, esto es, el atentado contra el *deber de cuidado*, la fuente de la culpa en la conducta juzgada y que el hoy Ex-juez Osorio nunca ha debido delegar el manejo de los títulos valores porque por ley esa es función a él exclusivamente atribuída. Con acierto indudable también precisó el *nexo* existente entre el comportamiento ilícito del Juez y el delictivo de su empleado y cómo la buena conducta anterior del procesado no puede comportar su irresponsabilidad por la incuria de que hizo gala por el no manejo de los títulos de marras y que ese vicioso y delictivo hecho no puede ser acallado por la gravísima circunstancia de que otros funcionarios procedan de igual criticada guisa. Y, finalmente, en apreciación de igual modo válida la instancia predica que la buena fe tiene incidencia en el dolo, pero no en la culpa que 'obedece no a la intención, sino a la falta de prudencia, de cuidado'.

La Delegada finca, igualmente, la responsabilidad de Osorio G. en las *irregularidades* encontradas en el manejo del libro de bancos del juzgado (si fue cierto que el juez acusado las detectó, pues hubo desidia para remediarlas y si no se percató de ellas, obviamente que atentó contra su deber de cuidado); en la *delegación de lo indelegable*; en fin, en que "No puede olvidarse que si bien es cierto la función judicial es la ocupación primordial de un Juez de la República, ello no quiere decir en manera alguna que la función administrativa implique menos atención, pues una y otra actividad vienen en últimas a recoger el concepto general de lo que es la 'buena administración de justicia', siendo una complemento de la otra. Nada positivo se obtendría de que un juez procure cumplir su tarea estrictamente judicial mientras al mismo tiempo tiene en completo abandono la debida vigilancia y control sobre sus subalternos, o de los elementos propios de la oficina o de los mismos procesos y hasta la forma como se atiende al público que acude al servicio de la justicia. La actividad administrativa hace parte integral de la labor judicial y como tal merece la debida y adecuada atención por parte del funcionario".

Hay pues certeza (entendida como la adhesión firme del entendimiento a una verdad sin temor a error) sobre la existencia del hecho punible de peculado culposo y de la responsabilidad en el mismo de Bernardo de Jesús Osorio González. Y tan es ello verdad de canto que todo indica que es finalmente aceptado inclusive por la propia defensa que limitó lo suyo en su impugnación a lo ya señalado.

2.- El Tribunal, cuando trató el tema de la *'condena de ejecución condicional'*, precisó lo siguiente:

"La pena a imponer es de *arresto*, y a juicio de esta célula de la judicatura el procesado *no requiere de tratamiento penitenciario*. En efecto, como ya se dijo el doctor Osorio *carece de antecedentes penales y disciplinarios* o por lo menos no

se tiene información en su larga trayectoria como empleado público. El hecho punible objeto de imputación es de carácter *culposo*, lo que *no* implica un ánimo torcido o de *mala fe*, llevado según él por la práctica generalizada en muchos funcionarios que si bien es cierto no lo exime de responsabilidad, si califica la *naturaleza del hecho*, su modalidad y la *personalidad del imputado*. En estas condiciones y de conformidad con el artículo 68 del C.P., ciertamente es merecedor el doctor Osorio de la condena de ejecución condicional, ordenándose la suspensión de la ejecución del presente fallo por un período de prueba de dos años. Se le impondrán las obligaciones consagradas en el artículo 68 *idem*, para lo cual deberá suscribir un acta de compromiso de su cumplimiento, garantizando este con caución equivalente a dos salarios mínimos mensuales.

"El subrogado de la condena de ejecución condicional es un derecho que preserva alguno de los 'derechos fundamentales', como el de la libertad, por encima del *ius puniendi* que tiene el Estado. La suspensión de la ejecución de la sentencia comprende en principio, desde luego, a todas las decisiones contenidas en ella. Sin embargo la primera parte del art. 68 del C.P. faculta al Juez para exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad 'que considere convenientes'. El juicio de conveniencia que debe hacer el juzgador ha de tener fundamento en la *realidad jurídico-procesal* en torno a *la naturaleza del hecho* y a la responsabilidad del sentenciado.

"Como se advirtió precedentemente, la calidad del sujeto activo, Juez de la República, en quien está depositado el sagrado deber de administrar justicia, sin *mácula, pulcra, diligente* y *oportuna*, con la omisión del deber produce una mayor *alarma* en la comunidad y por tanto, si bien es cierto se le ampara para no hacerle efectiva la pena privativa de la libertad, por lo menos debe asumir las consecuencias penales diferentes a la prisión (?) o arresto a que se hace acreedor. Por tanto, *se hará efectiva la pena principal relativa a la interdicción de derechos y funciones públicas e igualmente la de multa*. La interdicción en este caso no es pena accesoria como lo sostiene la defensa, y la suspensión de la misma si bien es cierto, dado el punto legal es procedente, también lo que es que *acceder a su petición constituiría una burla al derecho penal aplicable al funcionario público*, quien tiene una doble responsabilidad social por acción y por omisión en el cumplimiento de sus funciones". (Lo que se destaca es de la Corte).

2.1- La *defensa*, luego de mencionar las finalidades de la pena que consigna el artículo 12 del Código Penal, la preventiva, la protectora y la resocializadora, con Ferri, entre otras cosas, sostiene que 'las sanciones deben ser ajenas a toda pretensión de infligir un castigo proporcionado a una culpa moral' y que 'ningún juez humano puede medir la culpa moral de una criatura humana...' Y, citando a conocido autor nacional, trae a colocación lo que Florián observa en el sentido de que 'la amenaza de ejecución de una pena, *estimula el honesto comportamiento, evita la reincidencia, suprime sufrimientos inútiles* y facilita la rehabilitación social y moral del delincuente poco peligroso'.

No hay tal -continúa el defensor- de que, con acceder a suspender la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, se esté realizando una burla al derecho penal aplicable al funcionario público y así mas bien se olvida que "La condena condicional, establecida como sustitutiva de las penas carcelarias de duración breve, obedece a la conducta anterior del procesado, a la naturaleza y modalidades del delito, a la personalidad del agente, etc. *Pero en manera alguna significa o implica duda acerca del fenómeno de la responsabilidad, pues la calidad de condicional no le quita su carácter de condenatoria*, resultado de un juicio en que fue vencido el infractor, declarándosele *culpable*" (sent. mayo 31/55, G.J., t. LXXX, pág. 520).

Que al imponérsele a su representado las obligaciones de que trata el artículo 69-2 del C.P. ("Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos") y al mismo tiempo hacerle efectiva la pena principal relativa a la interdicción de derechos y funciones públicas, "se incurre en cierta contradicción ya que por una parte se está coartando el ejercicio de la profesión que en este momento desempeña el enjuiciado como es la de Registrador del Estado Civil en Pereira, obligándose a renunciar o ser destituido para pasar a engrosar la fila de los profesionales desempleados en Colombia, mientras por otra parte la misma sentencia le exige ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos. Para que lo último no quede consagrado como letra muerta en el Código y en la sentencia qué mejor que tutelar su derecho al trabajo, el cual ejerce en este momento de una manera digna, pulcra, diligente y oportuna, suspendiendo también el cumplimiento de la pena principal relativa a la interdicción de derechos y funciones públicas. A este respecto invoco nuevamente la cita de FLORIÁN transcrita anteriormente.

"... No es justo, además, que después de *treinta años* de servir al Estado, en diferentes sectores de la administración pública, cuando mi patrocinado se encuentra a escasos *doce meses* de cumplir la edad para tener derecho a su merecida pensión de jubilación, en la recta final de su carrera, ésta se vaya a ver frustrada y con carácter de indefinida, quedando como un estigma o una secuela permanente la forma como fue truncada una labor que debe culminar con serenidad, con la satisfacción del deber cumplido, con un estado del alma de plena paz y sosiego y con la convicción íntima de que por fuerza de nuestra naturaleza humana hubo aciertos y desaciertos, siendo mayores en cantidad y calidad los primeros y no teniendo los segundos la fuerza suficiente para borrar del alma del funcionario y de las demás personas, las cualidades esencialmente positivas de una actividad vital que siempre se desplegó teniendo por norte y guía únicamente la intención de servir".

2.3 -La Delegada, luego de recalcar que el delito por el cual se condena al doctor Osorio González atentó contra el bien jurídico de la *administración de justicia* y que el hoy Ex-juez incurrió en *culpa* por conducta *negligente* e incumplimiento de sus deberes oficiales y de señalar que el legislador contempló no solo para el peculado culposo sino para casi la totalidad de los hechos punibles recogidos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, la *interdicción de*

derechos y funciones públicas como integrante de la pena principal, concluye que esto último tiene su razón de ser "toda vez que resultaría ahí sí un contrasentido que al funcionário que atentó contra la Administración Pública se le permita continuar en ella sin consideración al *riesgo latente* de repetirse la conducta que fue objeto de reproche penal. Por ello, con la imposición de dicha pena se busca hacer *recapacitar* al procesado condenado, en un tiempo determinado, para que una vez cumplida la pena y reconsiderado su poder ilícito esté habilitado para desempeñar la labor en la Administración Pública en caso de regresar a ella. ... Y, en manera alguna se trata de coartar el derecho fundamental al trabajo, pues el doctor Osorio González tiene una profesión que puede ejercer en distintos campos, además que es imperioso velar también por el correcto y buen funcionamiento de la Administración Pública que no tiene otro fin distinto al de prestar vitales servicios a la ciudadanía entera".

2.4 - Así analiza las cosas la Corte:

Para la Corporación, dada la gravedad del hecho juzgado, no es posible en estricta justicia acceder a la pretensión de la defensa, pues está acreditada la negligencia que caracterizó al funcionario como administrador del juzgado a él encomendado. No se trata solamente del acto censurable de delegar lo indelegable, sino de la incuria total en el manejo del libro de depósitos judiciales, de los títulos depositados y de los que se iban cancelando, hasta el extremo de llegar a imposibilitarse la confrontación de las existencias contabilizadas en el despacho con los extractos bancarios recibidos; y nada hizo por remediar el desgreño, ni reasumió la función que ilegalmente delegó, permitiendo el consiguiente perjuicio de la Administración Pública.

No muestra la investigación, pues, un simple descuido con relación a un único título, sino la indiferencia frente al cumplimiento de los deberes de custodia y manejo de caudales a su cargo que precisamente facilitó la acción desleal y reprochable de su deshonesto empleado.

De otra parte, podría pensarse que por tratarse de un delito culposo menor es el grado de reprochabilidad que se da. Sin embargo, ello no es así, basta con observar que es el propio legislador el que ha considerado la especial gravedad de esa infracción, pues además de la pena privativa de la libertad le señaló como principales las multas de interdicción de derechos y funciones públicas; y si se mira objetivamente la situación, se entiende en toda su dimensión tal gravedad, porque un delito doloso se circunscribe por regla general a un hecho concreto en tanto la negligencia, como en el caso presente, puede dar lugar a varios, siendo, por consiguiente, mayor el riesgo de daño a la Administración Pública.

No hay contradicción entre la decisión y la obligación impuesta de 'ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos' porque, como bien lo puntualiza la Delegada, el sentenciador tiene su profesión -incólume aquí- que puede ejercer en distintos

campos. La pena que se le hace efectiva lo inhabilita para desempeñar función pública u oficial que es lo que quiere precisamente el legislador al darle el carácter de pena principal y la conveniencia de hacerle efectiva, en los términos del artículo 69 C.P., es evidente porque ciertamente no es inadmisible correr el riesgo de que el comportamiento se repita, siendo entonces un imperativo velar por el correcto y eficaz funcionamiento de la Administración Pública que, como se sabe, está establecida por la prestación de vitales servicios a la comunidad entera. Es, pues, un aspecto de inequívoca prevalencia del interés general sobre el particular por respetable e importante que resulte éste para el procesado desde el punto de vista de la proximidad de su pensión. Y a propósito de ésta, no es verdad que la interdicción la interrumpa indefinidamente, pues una vez cumplida la pena y habilitado moral y legalmente, bien puede desempeñar cualquier cargo de esa naturaleza por el tiempo requerido para adquirir el derecho. Absurdo resulta pretender que la administración de justicia es la responsable de no poder consolidar de inmediato tal derecho, pues solo a su negligencia manifiesta en el cumplimiento de los deberes ha de imputarse esa consecuencia. La pena de interdicción de derechos y funciones públicas respecto de delitos contra la Administración Pública, debe aplicarse con la severidad que las circunstancias actuales reclaman para que sus funciones retributiva, preventiva y protectora tengan cabal cumplimiento. La laxitud que informa el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ha de tenerse en cuenta en estos casos únicamente respecto de las penas privativas de la libertad de acuerdo con la filosofía que inspiró su consagración.

Suficientes las consideraciones precedentes para que el fallo impugnado sea confirmado en su integridad.

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

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo recurrido. En firme, regrese el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Guillermo Duque Ruíz*

Jorge Carreño Luengas
Salvamento parcial de voto

Gustavo Gómez Velásquez
Salvedad parcial de voto

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

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

Rafael Cortés Garnica
Secretario

INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Sustraer la interdicción de derechos y funciones públicas de la condena condicional, suele ser criterio que ni siquiera para los delitos dolosos se impone como medida general. Que no decir en los culposos, más cuando esta modalidad no depende en forma exclusiva y excluyente del propio comportamiento sino del de un tercero.

7711 Segunda Instancia

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

La decisión ha sido adecuadamente severa en disponer la sanción del procesado. Pero juzgamos, respetuosamente, que se ha marcado un rigor de más al contemplar la inmediata vigencia de la interdicción de derechos y funciones públicas que impide, a un antiguo funcionario judicial, que por fuera de este infortunado hecho se mostró siempre eficiente, responsable y digno de confianza, toda reinserción en la esfera de la administración pública. Esto destaca mayúscula drasticidad para quien ha consumido buena parte de su vida en la actividad oficial, y se ve totalmente obstaculizado para culminar en este sector público su vida útil laboral y obtener como posibilidad su retiro pensional. Este es el punto que no compartimos del fallo y que pese a las razones que en el mismo se exponen no logran hacernos cambiar de parecer.-

Como fundamento de este disentimiento, por fuera del indicado planteamiento, anotamos:

1.- La conducta del sentenciado lo que logra demostrar, como concepto abstracto e inicial, es que no tiene dotes para administrar dinero, comportarse como exquisito contabilista y ser demasiado crédulo en la bondad de su personal subalterno. Este mortal vicio, que tanto destaca el fallo para asumir la consecuencia de la cual nos separamos, suele acompañar a más de un virtuoso y pulquérrimo juez o magistrado. Se suelen ellos contrar demasiado en la actividad jurisdiccional

y abandonan un tanto los fenómenos administrativos. Y, en lo de los dineros, aún más, porque sienten que amarlos, estar en contacto directo y permanente con ellos, ya sea propio o ajeno, no corresponde a modo de ser del juzgador. De ahí que, casi instintivamente, aprecian que otros están más capacitados para su control y manejo. En todo caso, son muchas las voces que ven en este desprendimiento no un factor de abominación sino algo diferente: o el temor a que, como el joyero, de tanto manejar el oro algo se vaya quedando de éste en los pulpejos de los dedos, o la constante y peligrosa exposición a tener que responder por faltantes debidos a malos manejos de terceros que siempre consiguen y crean oportunidades para hacerse a lo ajeno, como ocurrió en este caso en que la audaz maniobra de un sobrino político, que se creyó honrado y correcto, llevó a perder al buen juez por no disponer, contrariando un poco su habitual modo de actuar o inclusive y hasta su personalidad, mayor celo en la supervigilancia de los libros de depósito judiciales;

2.- Pero la cuestión no está en alarmarse exageradamente ni hacer de un caso comprensible algo tremebundo y monstruoso. Está bien deducir el fenómeno culposo, que hasta pudo llevarse justicieramente a la imposición concreta del resarcimiento del daño causado, pero no lo está tanto, en nuestra opinión, en declarar absolutamente incompatible al dr. Osorio con la administración pública, como si ésta solo tuviera por rol y sistema, el manejo de dineros. Pero la administración pública tiene otras tantas facetas que por eso estimamos que el procesado, quien siempre supo dónde estaba el derecho, a quién pertenecía y lo adjudicó oportunamente, podía gozar de la eventual gracia de reincorporarse, no a un banco oficial o a un secretariado, etc., que sí a otras labores menos crematísticas y más espirituales.-

3.- Entendemos, comedidamente, que la Sala ha exorbitado el concepto de gravedad en suceso que no arriba a ello ni siquiera en culpas de los delitos culposos, aquellos que por esta especialización o porque el mundo de hoy está tan expuesto a los rigores de la culpa, convienen en aprisionar el riesgo y la personalidad de quienes incurren en esa clase de comportamiento, para convertirlos casi en especie par de la temible moderna delincuencia que se campea orondo por todos los humanos quehaceres.-

Con reconocer la comisión del delito culposo de peculado, intensificar el mínimo de su sanción (y hasta haberle impuesto una inmediata y concreta reparación del individual perjuicio ocasionado), se tendría suficiente respuesta a la conducta del procesado. Lo demás seguimos apreciándolo como excedida intimidación y vana pretensión de ejemplarizar con un caso que no se prestaba para servir este cometido.

4.- Si mal no entendemos, el instituto de la condena de ejecución condicional tiene o debe tener el mérito de despertar en quien la goza estímulos suficientes para contrarrestar los factores que le llevaron a contrariar la ley. Y ésto que es aplicable en el campo de la mala intencionalidad, cobra mayor valor en los delitos culposos. Así, el descuidado deberá mostrarse en el futuro más diligente; el inepto, en procurarse capacitación; el irreflexivo, en mejorar la prudencia y la meditación.

etc.. El haber sufrido el juez Osorio condena por no haber prestado debida atención al movimiento bancario de depósitos, facilitándose así la labor falseadora y de apropiación de esas especies por parte de un subalterno suyo, y quedando en suspenso la efectividad material de la condena privativa de la libertad (y de las accesorias) bajo la condición de no volver a una actividad delictiva o de incumplir obligaciones de buen y ordenado vivir (concepto tan amplio), necesariamente (y repetimos, este es el fin del subrogado) le tendría que provocar cambios de conducta de continuar en el sector público y con relación a situaciones análogas a las que motivaron la sentencia. Pero, la Sala no considera así las cosas y declara, sencillamente, al condenado enemigo calificado de la administración pública, con tanta intensidad que se corre hasta la contingencia de pensar que, con su exclusión de este campo, éste recuperará toda su perdida decencia, eficacia, trasparencia e incorruptibilidad. Otra exageración conceptual aparentemente nuestra, pero radicable en lo que da lugar a esta forma de mal pensar.-

5.- Sustraer la interdicción de derechos y funciones públicas de la condena condicional otorgada, suele ser criterio que ni siquiera para los delitos dolosos se impone como medida general. Qué no decir en los culposos, más cuando esta modalidad no depende en forma exclusiva y excluyente del propio comportamiento sino del de un tercero, situación que todavía es más digna de apreciar cuando el obrar de este último no está dentro de la misma órbita de la culpa sino que ha introducido el especialísimo ingrediente de su dolo, como ocurre en el caso examinado. Estas peculiaridades son las que nos permiten hacer un distingo en favor del sentenciado, en la forma que comentamos, y que nos lleva a evitar un desmedido ofuscamiento ante su situación, al punto de quererla calibrar como algo nunca visto en los anales de la vida judicial. Reiteramos, pues, que se ha rigorizado la conducta en tal forma que no dudamos de advertir cierto perfil de responsabilidad objetiva, aspecto que, también conviene anotarlo, no solo se da para declarar una autoría y aplicar una pena, sino para negar el completo efecto perseguido con la condena de ejecución condicional, el cual, en lo pertinente, no consiste en dejar el exjuez Osorio como apto para actividad privada y profesional, pero negarle su desarrollo en lo que constituye, por su dedicación, el mundo de sus posibilidades más próximas y más utilizables, o sea, el sector de la administración pública. Sus futuribles locadores, sus eventuales patrones o nominadores, en el sector público, serían los llamados a determinar la conveniencia o no de tomar sus servicios en posición que se rozara con documentos contables de manejo de dineros, o darle uno totalmente ajeno a ellos. Allí estaría la evaluación precisa y afortunada. Pero no la de impedirle, con cierto miedo viceral, a que de pronto pudiera asomarse o continuar en la actividad oficial.-

Con todo respeto,

Jorge Carreño Luengas *Gustavo Gómez Velásquez*

Fecha ut supra.

PREVARICATO POR ACCION \ DOLO

Una cosa es hacer una sana interpretación de la norma cuando ella se acomoda a los postulados de la equidad y la justicia, y, otra es, reprochable por supuesto, acomodar la interpretación a sabiendas de que es manifiestamente contraria a la ley.

En el plano de la culpabilidad, única forma de realización del hecho punible de prevaricato, consiste en la conciencia de estar profiriendo una decisión manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico y el querer ese hecho como expresión de la voluntad del sujeto activo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Segunda Instancia No. 7807

Contra: Rómulo Amadis Pinto Solano

Delito: Prevaricato

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 137 noviembre 17 de 1992

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiséis de mil novecientos noventa y dos.

Vistos

Por vía de apelación revisa la Corte la sentencia de mayo 20 del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Valledupar condenó al doctor Rómulo Amadis Pinto Solano a la pena principal de un (1) año y seis (6) meses de prisión,

e interdicción de derechos y funciones Públicas por el mismo lapso. por el delito de prevaricato por acción, cometido cuando se desempeñaba como Juez Penal Municipal de Rio de Oro (Cesar).

Hechos

El 29 de enero de 1990, el doctor Rómulo Amadis Pinto Solano, Juez Penal Municipal de Rio de Oro recibió una denuncia formulada por Rubiela Niño Sánchez, en la cual sindica a Ciro Osorio Rivera, padre de su sobrino, de haberle dado "una bofetada en la mejilla derecha", en las horas de la noche del miércoles 24 inmediatamente anterior. La denunciante anexó una constancia médica del Centro Materno Infantil, en la cual se hace alusión a "un ligero eritema a nivel de la mejilla".

El mismo día de la presentación de la queja, el titular del despacho judicial inició proceso penal; por lo que en los días subsiguientes escuchó en indagatoria al sindicado, quien manifestó no tener trato con la denunciante y negó haber sido autor del hecho imputado, el que calificó como un invento y una mentira; recibió declaración a Felisa Sánchez Rodríguez, Rosmery Jiménez Quintana y Mireya Pacheco, personas citadas en la denuncia como testigos de la agresión, quienes negaron haber presenciado lo acontecido; y obtuvo experticia expedida por el mismo médico en la que señala que en la fecha -enero 29- se practicó primer reconocimiento médico-legal a la señorita Rubiela Niño Sánchez, que "al examen físico no se encontró lesión", y adjunta la certificación expedida el 24 de los corrientes. Pasados algunos días el doctor amplía el dictamen a solicitud del señor Juez, en cuya certificación dice que el eritema fue producido posiblemente por objeto contundente y "no amerita incapacidad alguna".

El 16 de febrero de 1990, el Juez Penal Municipal de Rio de Oro resolvió la situación jurídica a Ciro Osorio Rivera, profiriendo en su contra medida de aseguramiento de conminación por el delito de lesiones personales, no obstante que el sindicado negó los hechos, que las supuestas testigos negaron haberlos presenciado y la claridad del dictamen médico en donde se manifiesta que no hay incapacidad alguna. Todo lo anterior condujo al señor Osorio Rivera a denunciar penalmente al Juez Rómulo Amadis Pinto Solano.

Actuación procesal

El Tribunal Superior de Valledupar inició el proceso y luego de recaudar algunas pruebas, entre ellas la indagatoria del Juez acusado, cerró la investigación y calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el doctor Rómulo Amadis Pinto Solano por el delito de prevaricato por acción.

Apelada que fue la anterior determinación, la Corte en providencia de julio 30 de 1991 decidió confirmarla.

Durante la etapa de juicio se allegaron algunas constancias y certificaciones suscritas por el Inspector de Policía, Alcalde y Comandante de Policía de la Estación de Rio de Oro, de las cuales se concluye que el procesado no era un asiduo visitante de la heladería "Madona" de propiedad del señor Ciro Osorio Rivera, ni que tampoco haya fomentado actos arbitrarios en ese sitio, a altas horas de la noche. Según la constancia suscrita por el Inspector Central de la Policía de Rio de Oro, "Lo que si es de público conocimiento es que entre el doctor Pinto Solano y Ciro Osorio Rivera, surgieron discrepancias desconociéndose el motivo de ellas.

El procesado en la fase probatoria de la causa solicitó la ampliación de indagatoria, prueba esta que fue decretada y practicada durante la vista pública, en el curso de la cual manifestó que no le debía dinero a su denunciante, que jamás estuvo en su establecimiento comercial con exigencias indebidas, descartando las imputaciones que en ese sentido le hicieron tanto el incriminante como el abogado Durán Rizo, personas estas que a pesar de haber sido citadas, no asistieron a la audiencia pública. De otro lado, el acusado respondió al interrogatorio que se le formuló.

En la diligencia antes referida, la Fiscal del Tribunal solicitó la absolución del acusado, variando radicalmente el criterio jurídico vertido en su alegato de conclusión, con los siguientes argumentos: Que después de escuchar al procesado en la audiencia pública, ha llegado a la conclusión que él "no tiene los suficientes conocimientos jurídicos para desentrañar el caso que se le plantean, creí le parecía que debía sancionar porque se había causado un daño..." Que si bien el procesado acepta que cometió el hecho imputado, también manifiesta que en "ningún momento existió en él la intención torcida o maliciosa de contrariar la ley, sino lo hizo equivocadamente..." En resumen la señora Fiscal expone que el acusado incurrió en un "error que fue determinante de la acción... resultado de su propia ignorancia."

Por su parte el defensor del acusado enumera su intención oral hacia la demostración de que un criterio si entraña una lesión personal y que, por tanto, su defendido acopló su proceder a ese entendimiento, debido además a que la redacción del artículo 331 del C. de P. P., es un tanto ambigua, ya que como lo reconoció la Corte, existe una "gran duda, hay una gran confusión que podría determinar en la mente de un funcionario novato que si se estaba frente a un delito de lesiones personales". En cuanto a los requisitos del artículo 414 ibídem, afirma que en el caso sub-judice existía esa declaración de testigo, como también la denuncia formulada por la agredida y un indicio grave contra el agresor. De otro lado plantea que el incriminado se halla cobijado por un error de tipo -art. 40 numeral 4 del estatuto procesal- porque "creyó" que estaba actuando conforme a derecho, que su conducta no era típica, que él no estaba violando ninguna norma legal.

El Tribunal dictó sentencia condenatoria contra el doctor Pinto Solano fallo que fue apelado por el defensor.

SENTENCIA RECURRIDA

Sostiene el Tribunal que el aspecto objetivo del delito de prevaricato por acción está plenamente probado como ya se anticipó en la resolución acusatoria, pues se halla establecida la calidad de Juez de la República que ostentaba el procesado Pinto Solano al momento de emitir la medida de aseguramiento contra Ciro Alfonso Osorio Rivera, "sin que tal pronunciamiento precautelar estuviese fundado en prueba alguna ni del hecho punible ni menos de la responsabilidad del incriminado en el mismo".

Considera igualmente que se encuentra plenamente demostrada la culpabilidad del acusado a título de dolo, a través de los argumentos y pruebas indirectas claramente planteadas en la resolución acusatoria que forma parte integral con la sentencia condenatoria, en todos aquellos aspectos jurídicos en los cuales no exista algún divorcio entre esas dos trascendentales piezas procesales. Sin embargo estima conveniente hacer las siguientes precisiones complementarias en relación con el delito de lesiones personales, así:

La exposición del defensor revela una confusión, pues "de manera cercenada e incompleta hace mucho énfasis en la real dación de una lesión personal, o daño corporal, pero sin parar mientes en las nulas secuelas de orden penal que tal daño o lesión efímera causó en el 'cuerpo o en la salud' de la joven Rubiela Niño Sánchez", ya que resulta evidente que esa lesión se presenta absolutamente inane para el derecho penal, "deviene claramente atípica", ya que el evento objetivamente dañoso no encuadra en ninguno de los tipos incompletos, sancionatorios y subsidiarios que prevén los arts. 332 a 341 del C. P.

Lo anterior quiere significar que no toda lesión personal, o agresión corporal, o daño en el cuerpo, per se entraña una lesión personal en el ámbito punitivo, pues para que ello ocurra se precisa que comporte algunas de las secuelas físicas, biológicas o síquicas a que se refieren las normas citadas. De lo contrario la conducta asumida se torna atípica, por falta de los elementos descriptivos del tipo sancionario, el cual a su turno para su aplicabilidad requiere del tipo básico consagrado en el artículo 331.

Para el Tribunal el dolo con que actuó el acusado es incuestionable por las siguientes razones: de la definición que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "había de entenderse, sin mayor esfuerzo ni argumentos científicos, que un 'ligero eritema' es una ligera inflación superficial de la piel, lo cual en términos penales es un fenómeno cutáneo inocuo. Sin embargo..., el procesado dando rienda suelta a su sed de retaliación contra Osorio Rivera, en vez de abrir indagación previa, se apresuró a declarar abierta una investigación carente de todo piso jurídico. Avanzando en su irreversible iter criminis remite a la pretensa lesionada al mismo médico rural que la había examinado extraprocesalmente, y este galeno, con esperable honestidad..., en el dictamen obrante a folio 21... consigna lo

siguiente: 'Al examen físico no se encontró lesión'. Ante esta tajante respuesta, el procesado debió decretar de inmediato auto de cesación de procedimiento; sin embargo, movido por el consabido designio delictual no se conformó con esa clara peritación, sino que mediante oficio... le solicita al perito con una tenacidad desconcertante, que le certifique 'qué incapacidad pudo causarle a la señora Rubiela Niño Sánchez el eritema...'. Esta solicitud del procesado era a todas luces absurda, puesto que si el perito ya en forma categórica le había expresado que la presunta ofendida no presentaba ninguna lesión, absurdo hubiera sido también que él dictaminara sobre la incapacidad de una lesión personal que no existió, que él no encontró en la examinada. Sin embargo, el experto haciendo gala de una paradigmática paciencia y cortesía ante la insistencia del procesado, en dictamen visible a folio 27..., le manifiesta que el eritema hallado en la región malar derecha el día 24 de enero de 1990, 'no ameritaba incapacidad alguna'. Pero ni siquiera la anterior categoría peritación movió al procesado a echar marcha atrás a su propósito delictivo".

Concluye el a-quo que el dolo del procesado resulta incontrovertible, puesto que al proferir el auto conminatorio tenía plena conciencia de que el delito de lesiones personales por el que estaba actuando no había existido, de manera que su voluntad y todo su mecanismo síquico se encauzaron a la realización de la conducta punible prevaricadora, dictando ese proveído manifiestamente contrario a los artículos 332 del C. P. y 415 del C. de P. P.

Agrega el fallador de primer grado, que en la medida de aseguramiento, el procesado no señaló la prueba que indicaba la existencia del punible; ante la ausencia de ella, cita las pruebas recaudadas: la denuncia, las declaraciones rendidas en el sumario, cuyos autores ninguno presenció la bofetada dada a la lesionada y "sin ningún reparo ni escrúpulo intelectual" cita los dictámenes de medicina legal practicados a la ofendida, los cuales no hicieron revelación alguna sobre una incapacidad "que solo se incubó en la mente del sujeto agente" del delito de prevaricato.

Luego de analizar las respuestas dadas por el procesado al interrogatorio que se le hizo en la audiencia pública, el Tribunal plantea algunas apreciaciones evidentes, para concluir que "refuerzan la estructura del dolo directo con que actuó el acusado" al dictar la providencia.

Luego de hacer algunas observaciones respecto a la forma como se planteó el error de tipo por parte de la Fiscal y la defensa, hace un estudio sobre el tema con citas de diferentes tratadistas, para concluir finalmente que "El procesado Pinto Solano ni sufrió un error absoluto de prohibición, o de derecho penal, que como se vió, no tiene cabida en nuestro ordenamiento sustancial, ni padeció el error de tipo, desde luego que él, al proferir la medida de aseguramiento contra Osorio Rivera no actuó con la convicción errada e invencible de que en su conducta judicial no concurría algunos de los elementos estructurales del delito de prevaricato,

por no estimar la medida precautelar dictada como manifiestamente contraria a la ley, puesto que, como prolijamente se vió, él tenía plena conciencia y lúcida cognición de que la conducta denunciada por Rubiela Niño Sánchez no configuraba ningún delito de lesiones personales".

Del anterior razonamiento y del cúmulo probatorio incorporado al proceso, el a-quo llega a la clara convicción de que el procesado es autor culpable del delito de prevaricato por acción por el cual se le llamó a responder en la resolución de acusación.

Para efecto de la tasación de la pena, el fallador de primera instancia considera que no es viable la imposición de la pena mínima consagra en el art. 149 del C. P., porque si bien es cierto que al acusado lo cobija la causal de atenuación prevista en el numeral 1o. del art. 64 del C. P., también lo es que sobre su conducta incide la causal de agravación señalada en el numeral 11 del art. 66 ibídem, "puesto que resulta claro que el juez de la República ocupa una posición distinguida en la sociedad, por su ilustración, por su 'poder, oficio o ministerio', sobre todo en una población pequeña, como lo es Rio de Oro". En consecuencia impone al procesado la pena de un año y seis meses de prisión, así como la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

De otro lado, estima que el procesado se hace acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional, porque se dan las circunstancias tanto objetivas como subjetivas consagradas en el art. 68 del C. P.

Considera el a-quo que en este proceso no hay lugar a decretar el pago de perjuicios inferidos con el delito por dos razones: 1- El bien jurídico tutelado en el delito cometido lo es la administración pública; de modo que si bien es cierto que ella sufrió un evidente menoscabo con la conducta delictual realizada por el procesado, no lo es menos que la misma no le irrogó un perjuicio patrimonial a tal ente oficial que deba ser resarcido pecuniariamente. 2.- El delito de prevaricato eventualmente puede lesionar otro bien privado de una segunda persona. Sin embargo, en el caso presente Osorio Ribera recibió un perjuicio con la medida de aseguramiento que injustamente le profirió el procesado, no obstante el afectado no acreditó por ningún medio procesal que él hubiera recibido un perjuicio económico con la conducta delictiva del doctor Pinto Solano.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado para cuando se profirió la sentencia condenatoria, apeló de la misma, y en el escrito sustentatorio del recurso, manifiesta su inconformidad en los siguientes términos:

No puede hablarse aquí de ánimo vindicativo o incorrección moral por parte del acusado, sin prueba que así lo amerite, existiendo solo la inculpación del

denunciante acolitada por su defensor Virgilio Durán, en relación con una presunta deuda del procesado con el primero de los nombrados, lo que no pudo verificarse dada la renuencia de aquellos para comparecer a la audiencia de juzgamiento, pero que fue ampliamente rebatida por el doctor Rómulo Pinto. Deja constancia de que la Corte al confirmar la resolución de acusación, requirió sobre la necesidad de ahondar en este asunto de la pretensa deuda y demás pormenores.

No encuentra de qué fuente sacó el fallador la certeza o seguridad de que el procesado había actuado plenamente convencido de la injusticia o ilegalidad de su decisión, cuando él de manera reiterada ha manifestado todo lo contrario. Le parece que "al juzgador no le es dable penetrar en la psiquis del acusado, para presumir sus vivencias e intenciones más recónditas. Se trata de algo tan subjetivo que sólo quien lo siente está en capacidad de expresarlo".

De la realidad procesal emerge la certidumbre de que en el procesado "primó más el ánimo de hacer justicia, por la ofensa irrogada a una dama que el propósito de causar daño a alguien y menos aún el de violar la ley. Y en razón de ese criterio severo y rigorista el Juez "incurrió en el error anotado", pero imbuido de la mayor buena fe.

El recurrente se remite a lo expuesto en su intervención en el curso de la audiencia pública.

Ante esta Corporación, el actual defensor del procesado, fundamenta la solicitud de revocatoria de la sentencia recurrida y consiguiente absolución del acusado en los siguientes términos:

a) Sostiene que "conduce a resultados equivocados", analizar la tipicidad como la simple coincidencia formal de una conducta con la disposición legal, "sin tomar en consideración la existencia de una efectiva lesión al bien jurídico".

Afirma que con una interpretación tan formalista de la tipicidad, no podríamos dejar de considerar, entre otros ejemplos que cita, "que cada vez que el conductor de un bus de servicio urbano se niegue a dejar descender a un pasajero en cualquier lugar, y lo conduzca hasta el sitio reglamentario previsto como paradero, estaríamos en presencia de un delito contra la libertad de locomoción, pues sin lugar a dudas, el conductor del vehículo habrá desconocido la voluntad del pasajero, privándolo de su libertad personal".

Agrega que desde tiempo atrás, y a raíz de las manifestaciones de Welzel en Alemania, "se propuso que dentro del análisis de la tipicidad de una conducta debería tenerse en cuenta la efectividad vulneración de los bienes jurídicos".

Aduce que algunas de las descripciones típicas que conforman la normatividad penal, "suponen en forma tácita la *inexistencia* de una conformidad por parte de

la víctima", como ocurre en la violación de domicilio y en el hurto, que se configuran cuando se actúa "contra la voluntad de sujeto pasivo". Sostiene que esto es lo que ocurre con el delito de lesiones personales, "puesto que su configuración depende en buena medida de que el daño se haya infringido contra la voluntad de la víctima, aún cuando esa inexistencia de conformidad no se encuentre expresamente mencionada en la correspondiente descripción típica. No se trata en estos casos del fenómeno del 'consentimiento' como causal de justificación, sino de uno diverso que puede ser denominado 'conformidad' y cuya presencia permite excluir la tipicidad de la conducta".

Estima que de no admitirse la existencia de esa "conformidad" como excluyente de tipicidad, e insistirse en el manejo exclusivo del consentimiento como causal de justificación, tendríamos que admitir, equivocadamente, que cada vez que entramos en una casa ajena, por invitación del propietario, estaríamos cometiendo una conducta típica de violación de domicilio, aún cuando actuáramos cobijados por una causal de justificación.

Refiriéndose al delito de lesiones personales, considera que el análisis sobre la tipicidad debe exceder los límites de la simple coincidencia formal entre la acción y el tenor literal de la norma, para centrarse en el examen de la efectiva vulneración del bien jurídico. Cita algunos ejemplos, entre ellos "la simple acción de cortar el cabello de cualquier persona, en contra de su voluntad", para decir, que "constituye claramente un delito de lesiones personales".

Plantea que "si se insistiera (como dentro de este proceso se ha hecho en forma equivocada) en hacer depender el delito de lesiones personales de la inexistencias de una larga incapacidad (cuando menos de un día), estaríamos retrocediendo nuevamente en la historia del derecho penal.

En sentir del libelista, propinar a otro una bofetada contra su voluntad, constituye una clara lesión personal tanto desde el punto de vista médico legal, como desde el punto de vista estrictamente jurídico, porque ningún argumento existe para sostener válidamente que la producción de un eritema a través de una bofetada no suponga un flagrante atentado al bien jurídico. luego imperioso resulta reconocer la tipicidad de la conducta, tal como en forma acertada lo hizo el acusado dentro del proceso que ha motivado estas diligencias".

Afirma que no se discute la exigencia de una incapacidad como requisito para la configuración del delito de lesiones personales, lo que se pretende es que se entienda dicha exigencia en forma correcta. "La incapacidad que requiere la normatividad penal, es simplemente, el reconocimiento expreso que el legislador hace a la necesidad de que exista un atentado al bien jurídico de la integridad personal. Sin incapacidad de ninguna *naturaleza,* no habría una lesión a dicho bien jurídico y por ende la conducta no sería típica. Pero la producción de un eritema "genera sin lugar a ningún equívoco una incapacidad (así sea de extrema brevedad), aún cuando un médico legista lo ignore o incumpla con su deber de manifestarlo".

En criterio del defensor, el comportamiento del procesado no puede considerarse como "manifiestamente" contrario a la ley, por estar perfectamente adecuado a ella, tampoco se le puede imputar el delito de prevaricato "cuando, con sobrada razón intentó evitar que, en un país hondamente convulsionado por la violencia, se golpea impunemente a las personas mediante una aplicación de la ley penal estrictamente ceñida al análisis de la efectiva vulneración del bien jurídico, eje fundamental de un derecho penal con pretensiones de justicia".

Agrega que frente a la "evidente contradicción de los informes médicos", el procesado estaba en "pleno derecho de interpretar el dictamen en el sentido de que se había generado un atentado contra el bien jurídico de la integridad personal", sin que estuviera obligado a admitir la "absurda conclusión del médico en el sentido de que un eritema no genera ninguna clase de incapacidad" configurante del delito de lesiones personales.

b) Subsidiariamente solicita el libelista que se reconozca en favor del procesado la existencia de un error excluyente de culpabilidad.

Al respecto argumenta, que dentro del proceso ni su defendido ni sus patrocinadores judiciales, han manifestado que el primero desconociera la existencia del delito de prevaricato. Lo que ha afirmado el procesado, es que de acuerdo con la interpretación personal que hizo de las normas descriptivas del delito de lesiones personales, un eritema generado por una bofetada constituye una clara violación al bien jurídico de la integridad personal; luego siempre ha tenido la convicción absoluta de que las providencias por él proferidas se ajustaban a derecho. En consecuencia, admitiendo por vía de hipótesis que las determinaciones adoptadas por el procesado, fueron manifiestamente contrarias a la ley, no puede desconocerse que procedió amparado por un error excluyente de culpabilidad, en cuanto obró con la convicción de proceder conforme a derecho.

Agrega, que sería preocupante que un punto que ha generado controversia doctrinal, como lo es el de los requisitos de existencia de la conducta típica de lesiones personales, se sancionará penalmente a quien osa sostener una posición diversa de la que puede ser considerada como dominante en un momento y lugar determinado. "No es que independientemente de la discusión doctrinal lo que debe primar es la descripción típica, como erradamente lo sostuvo la Suprema Corte en el auto mediante el cual confirmó la convocatoria a juicio de mi defendido; se trata justamente de abandonar la vía de la simple confrontación formal del texto legal con la conducta, para en su lugar tratar de dilucidar el alcance de las normas con base en las lucubraciones que la doctrina ha venido haciendo a partir de un derecho penal edificado sobre la efectiva tutela de los bienes jurídicos".

Consideraciones de la Sala

1o. Se ha descrito el prevaricato por acción -artículo 149 del Código Penal-, como mala conducta del funcionario que profiere resolución manifiestamente

contraria a la ley. Significa lo anterior que las decisiones de los funcionarios públicos deben dictarse conforme a las prescripciones legales, sin que les sea dable imponer su criterio por mero capricho, lo que obviamente no impide al funcionario la posibilidad de interpretar las normas de acuerdo con los principios generales del derecho y con las pruebas sometidas a estudio.

2o. Estima la Sala que en el caso concreto y en relación con la providencia mediante la cual se impuso medida de aseguramiento de conminación contra Ciro Alfonso Osorio Rivera, por el delito de lesiones personales, se estructura el delito de prevaricato por acción, pues dicho pronunciamiento no estuvo fundado en prueba alguna ni del hecho punible, ni de la responsabilidad del incriminado en el mismo. luego era evidente que no existía la más mínima razón para someterlo a la medida precautelar decretada por el doctor Rómulo Amadis Pinto Solano, cuando se desempeñaba como Juez Penal Municipal de Río de Oro (Cesar).

Para el efecto se tiene, que las certificaciones del médico rural, no ofrecían ningún elemento de juicio para deducir la identidad del autor, y el dicho de la denunciante no encontró respaldo ni siquiera en los testigos citados por ella.

Es más, aún en el hipotético evento de que hubiera existido la prueba para endilgarle la autoría de la bofetada al indagado Osorio Rivera no había razón alguna para considerar típico ese comportamiento, porque la certificación extraprocesal se refiere a un "ligero eritema" y los dictámenes válidamente incorporados al sumario fueron suficientemente enfáticos en señalar, que a la fecha en que se celebró el primer reconocimiento médico legal a Rubiela Niño Sánchez, "Al examen físico no se encontró lesión", y en la ampliación del mismo a solicitud del señor Juez se dice que el eritema "fue producido posiblemente por objeto contundente y no amerita incapacidad alguna."

La Corte al impartir confirmación a la resolución de acusación proferida contra el ex-juez Pinto Solano plasmó entre otras, las siguientes consideraciones que por su actualidad y vigencia no sobra repetir para el cabal entendimiento de la cuestión debatida.

"El Código Penal describe como delito de lesiones. 'El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud'. Y es punible cuando el daño consistiere -por lo menos 'en incapacidad para trabajar o enfermedad'. La adecuación típica debe realizarse tomando el precepto previsto en el artículo 331 completándolo con las normas sancionarias de los artículos siguientes, de tal forma, que si no existe lo descrito en el precepto, o existiendo este, la consecuencia no está consagrada en ninguna disposición, la conducta es atípica".

"El punto fundamental no radica en aceptar si el 'ligero eritema' certificado inicialmente por el médico en consulta particular, inexistente para el momento del primer dictamen médico legal, puede llamarse o no lesión personal, pues lo

evidente es que ese maltrato no generó ninguna incapacidad, y con la simple lectura del Código se ve que es un resultado atípico."

"El procesado sabía que para que una lesión personal sea típica, debe producir -por lo menos incapacidad para trabajar o enfermedad, prueba de ello es que al remitir a la denunciante al reconocimiento médico legal, solicitó en el oficio que se precisará la 'incapacidad y posible secuelas' (fl. 4). Posteriormente, de manera oficiosa le pidió nuevamente al médico que certifique '... qué incapacidad pudo causarle a la señora Rubiela Niño Sánchez, el eritema, que según certificación suya de fecha 24 de enero presentaba dicha señora...'".

"Aún con la respuesta negativa del médico legista, clara, sin posibilidad alguna de que pudiera interpretarse de manera diferente, el Juez en forma tortuera dice en el auto: 'El delito porque (sic) se procede, está tipificado dentro del Título XIII, Capítulo Segundo del Código Penal, con la denominación de lesiones personales, con incapacidad para trabajar o enfermedad, sancionado con una pena de arresto que oscila entre dos meses y dos años y multa de cien pesos a mil pesos'. Cuál incapacidad, si el dictamen del perito descartó esa conclusión? No existe la más mínima posibilidad de que se trate de un error del fallador, en cambio sí encuentra respaldo procesal, la afirmación de la existencia del dolo hecha por el Tribunal".

"Para imponerle al indagado medida de aseguramiento, necesitaba imputarle un delito, y siendo evidente que la conducta endilgada era atípica, no tuvo ningún reparo en someterlo a conminación, eludiendo en el auto toda referencia al punto concreto de la incapacidad, y a la parte del dictamen médico en el cual le informan que esta no existió".

Las anteriores consideraciones permiten concluir sin lugar a dudas, que no se trata en el presente caso de una interpretación legal diferente a la tradicional, o de un error como lo plantea la defensa y la fiscal del Tribunal, sino de una resolución que se evidencia con características de manifiestamente ilegal.

Una cosa es hacer una sana interpretación de la norma, como lo advierte la Corte, cuando ella se acomoda a los postulados de la equidad y la justicia, y otra es, reprochable por supuesto, acomodar la interpretación a sabiendas de que es manifiestamente contraria a la ley. El auto censurado, no es producto del concienzudo examen del material probatorio y del análisis jurídico de las normas aplicables al caso, toda vez que el procesado se limita a invocar las "pruebas recaudadas", la denuncia, las declaraciones juradas rendidas en el sumario, cuyos autores como ya se anotó, ninguno presenció la bofetada a la presunta lesionada; y por último cita sin ningún reparo los dictámenes "médico legales practicados a la ofendida", en los que el perito claramente dijo que el "ligero eritema" no produjo incapacidad alguna, para concluir que "se presume que los hechos efectivamente tuvieron ocurrencia, lo que representa un indicio en contra de Ciro Osorio como

responsable de la agresión contra la integridad de Rubiela Niño lo cual a la luz del artículo 414 y 416 del C. de P. P. concordante con el artículo 332 del Código Penal, le ameritaba una medida de aseguramiento y esta consistía en conminación...".

Resulta incontrovertible que el procesado al proferir el auto de conminación cuestionado contrarió manifiestamente los artículos 332 del Código Penal y 415 del Código de Procedimiento Penal, como acertadamente lo señala el Tribunal, el primero porque dictó medida de aseguramiento por un delito de lesiones personales sin poseer siquiera un principio de prueba de incapacidad. Y en lo referente a la segunda norma, porque de conformidad con el numeral 2 de ella, uno de los requisitos formales de la medida de aseguramiento es el elemento probatorio allegado al proceso "sobre la existencia del hecho", requisito este del cual careció en absoluto la medida precautelar dictada por el procesado.

Ahora bien, en la fase probatoria del juicio no fue posible constatar las imputaciones del denunciante y del abogado Virgilio Durán Rizo, en cuanto a la deuda del Juez por consumo en la discoteca, y su actitud arbitraria para exigir atención en horas no permitidas. Sin embargo, la falta de comprobación de tales hechos, por la no comparecencia de los primeramente citados a la audiencia pública, así como la enfática negativa del procesado respecto a ellos en el curso de la vista pública, no tienen la virtualidad de modificar la situación jurídica del acusado para deducir ausencia de dolo en el comportamiento que se le imputa, como parece entenderlo el apelante. La Corte en la providencia que confirmó la resolución de acusación, consignó en forma clara la necesidad de que durante la etapa probatoria del juicio se indagara sobre las imputaciones en tal sentido del denunciante y su defensor, por considerarlo un factor importante para definir si el procesado requiere o no tratamiento penitenciario en el evento de una sentencia condenatoria.

El dolo con que actuó el procesado es incuestionable por múltiples razones que el a-quo dejó expresas en la sentencia recurrida: Se precipitó a abrir la investigación con carencia absoluta de todo piso jurídico. A pesar de tener conocimiento del significado de la palabra "eritema", remitió a la denunciante al médico perito para que dictaminara sobre la incapacidad producida por una lesión que no percibió cuando la tuvo presente al momento de formular la denuncia. Ante la tajante respuesta del médico rural en el sentido de que "Al examen físico no encontró lesión", el juez en vez de decretar de inmediato una cesación de procedimiento, con una insistencia desconcertante solicita nuevamente al médico que certifique sobre la incapacidad que pudo causarle a Rubiela Niño el eritema, solicitud realmente absurda, puesto que no podía pretender que se dictaminara sobre la incapacidad de una lesión personal que no existió y que el galeno no encontró en la examinada. Pero lo más significativo del designio del juez de involucrar al acusado en un hecho delictivo cuya existencia no se había constatado, radica en que ante las anteriores peritaciones claras y categóricas, no desistió de su propósito delictivo que consumó con la medida de aseguramiento manifiestamente contraria a la ley.

En el plano de la culpabilidad, el dolo única forma de realización del hecho punible de prevaricato, consiste en la conciencia de estar profiriendo una decisión manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico y el querer ese hecho como expresión de la voluntad del sujeto activo, actitud que aparece plenamente comprobada en el comportamiento del juez.

La simple y reiterada afirmación del procesado, en el sentido de que "abrigó la plena convicción de que en (sic) su conducta de autos no se encuadraba en ninguna forma de carácter penal, de que carecía de adecuación típica en nuestro sistema penal", no resulta suficiente para concluir de ipso facto, que se está en presencia de la causal de inculpabilidad consagrada en el numeral 4 del artículo 40 del Código Penal, puesto que para ello se requiere de un análisis del conjunto de circunstancias que acompañan el hecho a fin de constatar tal exculpación. Por ello resulta totalmente inaceptable la argumentación del apelante relacionada con que ante la reiterada manifestación del juez, "al juzgador no le es dable penetrar en la siquis del acusado, para presumir sus vivencias e intenciones más recónditas", porque "se trata de algo tan subjetivo que solo quien lo siente está en capacidad de expresarlo".

No es tampoco admisible el argumento, de que en el procesado "primó más el ánimo de hacer justicia por la ofensa irrogada a una dama que el propósito de causar daño a alguien y menos aún el de violentar la ley, pues al contrario de lo afirmado por el apelante, de la realidad procesal emerge la certidumbre de que el acusado Pinto Solano dictó injustamente la medida de aseguramiento que originó este proceso, con pleno conocimiento de que tal decisión judicial contrariaba abiertamente la ley sustantiva y procesal penal, como se desprende de las consideraciones anteriormente expuestas.

La Corte reiteradamente ha sostenido, "que no toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, puede constituir manifestación atendible en este campo de prevaricación. De ser así, la más notoria contradicción con la ley o con el derecho que se supone conocido, encontraría favorable y exitoso pretexto para desvirtuar el elemento doloso que exige esta figura penal". (autos de junio 7 de 1985 y agosto 29 de 1990).

Es evidente que el defensor que presenta su alegato ante la Corte incurre en una notable confusión conceptual, pues partiendo de la conocida y discutida tesis de Han Welzel sobre las acciones socialmente adecuadas, pretende volver típico lo que no lo es, cuando el autor se refirió precisamente al caso contrario, esto es, a comportamientos que aunque son subsumibles en tipos penales según el tenor literal, no deben ser considerados típicos por ser estimados por la comunidad como normales, e incluso en muchos casos como necesarios para el desenvolvimiento de la vida en relación.

Sobre el tema anterior, que al parecer al memorialista le resulta incontrovertible, el profesor Hans Heinrich Jescheck, en el tomo I de su tratado de Derecho

Penal General, (pág. 343), dice "La idea de la adecuación social resulta, sin embargo, un criterio inútil para la restricción de los tipos cuando ya las reglas usuales de interpretación conducen a su correcta delimitación. La aplicación de los criterios de interpretación reconocidos resulta en estos casos preferible, pues se obtienen por esta vía resultados comprobables (cfr. Supra. 17 IV), en tanto que la adecuación social no deja de ser un principio relativamente inseguro, por lo que solo en último término debería acudirse a él.

Los ejemplos que tradicionalmente presentan los autores y que repite el defensor en su escrito son válidos para coincidir en que esas conductas no deben ser punibles, pero la solución no la aceptan todos en el marco de la tipicidad, sino como causal de justificación (el mismo Welzel lo entendió así en varias ediciones de su obra), o como no perseguibles por la insignificancia que tienen en el campo del derecho.

Pero como ya se dijo, partiendo de ese planteamiento no se llega a la sofística conclusión del defensor, consistente en que "...existiendo ese atentado al bien jurídico, imperioso es reconocer la tipicidad de la conducta...", pues ahí se ve muy claro, que no solo retrocede sino que desconoce la estructura del delito y pretende que se le acepte una presunción de tipicidad para toda conducta que atente contra un interés jurídico.

La Sala encuentra acertada la pena impuesta por el Tribunal al doctor Pinto Solano, por estar ajustada al criterio legal de dosificación, e insiste en que las circunstancias genéricas de agravación tienen su ámbito de aplicación de la sentencia, razón por la cual no es necesario que se hayan imputado de modo particular en la resolución de acusación.

De igual manera, la Corte no tiene reparo que formular respecto a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, pero lamenta que ésta no se haya limitado a la pena privativa de la libertad dejando vigente la interdicción de derechos y funciones públicas, variación que no puede hacerse en esta instancia siendo el condenado recurrente único.

En cuanto a los perjuicios, es verdad que no se demostró daño económico, pero el daño moral es evidente, ya que la vinculación injusta de Ciro Osorio Rivera a un proceso penal le produjo un sufrimiento que debe ser indemnizado aplicando el artículo 106 del Código Penal para su cuantificación.

Acorde con lo dicho, la sentencia será modificada para imponer al acusado la obligación de pagar el valor equivalente a cincuenta (50) gramos oro por concepto de perjuicios morales en favor del denunciante.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia condenatoria recurrida, con la modificación de imponer a Rómulo Amadis Pinto Solano la obligación de pagar a favor de Ciro Osorio Rivera, el valor equivalente a cincuenta (50) gramos oro por concepto de perjuicios morales.

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 Martínez*
Salvo mi voto parcialmente

Rafael Cortés Garnica
Secretario

CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

La deducción de las circunstancias de agravación punitiva en el contimente de la sentencia, cuando ya el procesado no puede defenderse de este gravamen punitivo, viola en grado sumo el derecho de defensa.

Referencia: Segunda instancia No. 7807

Delito: Prevaricato (por acción).

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

La deducción de las circunstancias de agravación (artículo 66 del C.P.), en el contimente de la sentencia, cuando ya el procesado no puede defenderse de este gravamen punitivo, viola en grado sumo el derecho de defensa, como lo vengo sosteniendo, día por día, infructuosamente, desde luego, a juzgar por la jurisprudencia constante de la Corte. En este concreto ámbito me remito a mis anteriores salvamentos de voto.

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra

PREVARICATO
\ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Puede predicarse que una persona incurrió en error, cuando para ella la falta haya pasado inadvertida, pero es inaceptable que tratándose de un precepto legal de fácil entendimiento se pueda sostener que existe un simple error de interpretación.

La certeza sobre la existencia del daño y la relación causal con el hecho ilícito, así como la precisión sobre la persona a cuyo favor se ordena el pago, son presupuestos necesarios para que la condena en perjuicio sea procedente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Segunda Instancia No. 7848

Contra: Excelino Cañon Pachón

Delito: Prevaricato

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 133 noviembre 3 de 1992.

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiséis de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el procesado y su defensor, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio dentro de las causas acumuladas contra el doctor Excelino Cañón Pachón, ex-juez Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, en virtud de la cual se absolvió al procesado

por los cargos imputados en una causa y se le condenó por los formulados en otra, a la pena de dieciocho (18) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas, por el delito de prevaricato por acción.

HECHOS INVESTIGADOS

Se refieren a actuaciones irregulares cumplidas en dos procesos adelantados por el ex-juez Excelino Cañón Pachón, los cuales dieron origen a las respectivas investigaciones y a la formulación de cargos, en ambos casos por el delito de prevaricato por acción, para luego ser acumulados los procesos durante la causa.

Esta Corporación en pretéritas ocasiones resumió los hechos en los siguientes términos:

1o. "La conducta por la cual se procesa al ex-juez citado consistió en impedir, por medio de la providencia supuestamente contraria a derecho, la tramitación de un incidente de levantamiento de secuestro de una maquinaria agrícola, en el proceso ejecutivo prendario que se adelantaba en su despacho, del Banco Industrial Colombiano contra Luis Felipe Velásquez".

2o. "En el juzgado a cargo del procesado cursó un proceso de quiebra contra el comerciante Argemiro Rojas Guevara. A consecuencia del indebido emplazamiento de acreedores, el Tribunal decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de abril 23 de 1983 con la obligación de reponer la actuación de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1946 del C. de Co., esto es, que al excluir la nulidad del proveído referido, los bienes del procesado sacados del comercio por constituir la garantía del objeto del trámite, debían continuar protegidos por las medidas preventivas que sobre ellos pesaban. No obstante la obvia deducción, el juez acusado resolvió entregarlos al quebrado en vísperas de Semana Santa del año de 1987 (8 de abril).

"El funcionario, además, aceptó el desistimiento de la demanda de quiebra pedido por uno de los abogados que intervenían, pero sin tener la representación de la totalidad de los acreedores.

"Recurrida la providencia que ordenó la entrega de los bienes en reposición y apelación subsidiaria, el juez no tramitó las impugnaciones aduciendo la sustracción de materia con base en el desistimiento pedido y aceptado.

"Por los anteriores hechos se formuló denuncia, originándose el proceso...".

ACTUACIÓN PROCESAL

1o. La investigación relacionada con la denuncia del abogado Castro Serrano, por presuntas irregularidades cometidas por el ex juez Cañón Pachón dentro del

proceso ejecutivo prendario del Banco Industrial Colombiano contra Luis Felipe Velásquez, fue abierta por el Tribunal Superior de Villavicencio, Corporación que calificó el mérito del sumario en auto de julio 31 de 1989 con resolución de acusación por el delito de prevaricato por acción.

En la etapa del juicio se trajo a los autos copia auténtica de la providencia dictada en noviembre 20 de 1989 por el sucesor del ex-funcionario acusado, mediante la cual fundamentándose en que las medidas cuyo levantamiento se impetraba no existían, resolvió negar las pretensiones del incidente, así como la condena en costas y perjuicios a favor del incidentante, por no haber probado ser el poseedor de la citada maquinaria para el momento del secuestro.

2o. El Tribunal de Villavicencio abrió otra investigación contra el ex-juez Cañón Pachón por presuntas irregularidades cometidas dentro del proceso de quiebra adelantado contra Argemiro Rojas Guevara. En proveído de septiembre 21 de 1989 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de prevaricato por acción, cargo que concretó en los siguientes términos:

"...ordenar la entrega de los bienes embargados y secuestrados dentro del proceso de quiebra...Esa determinación es manifiestamente ilegal por cuanto lo ordenado por la Sala Civil en su providencia de fecha marzo 16 de 1987, no conllevaba esa determinación sino que ordenaba únicamente reponer la actuación atinente al emplazamiento de todas las personas que tuvieran derecho a intervenir en ese proceso, de acuerdo a lo señalado en el numeral 11 del artículo 1946 del Código de Comercio".

La Corte en providencia de junio 14 de 1990 confirmó el auto calificatorio con la siguiente aclaración y adición:

"...el proceso da cuenta de otra determinación igualmente contraria a la ley en forma manifiesta e independiente de la anterior, aún cuando conexa con ella, pues frente a la manifestación de desistimiento formulada por el abogado Mario Amaya Eslava en ejercicio de la facultad otorgada 'por mis mandantes que represento', el juez en auto de abril 25 de 1987 resuelve aceptar el desistimiento y como consecuencia, decreta la terminación del proceso, el levantamiento de las medidas cautelares, absteniéndose de resolver unos recursos por sustracción de materia y devolver los procesos ejecutivos allegados a la quiebra (fl.230 cuaderno anexo) sin tener en cuenta que había otros interesados en litis consorcio".

3o. El Tribunal en auto de septiembre 12 de 1990 decretó la acumulación de las dos causas antes señaladas adelantadas contra el ex-juez Segundo Civil del Circuito de Villavicencio.

Tramitada la etapa del juicio y concluida la audiencia pública, se dictó sentencia el 18 de junio de 1992, mediante la cual el a quo negó la nulidad

impetrada por el representante de la parte civil, a partir del auto que le negó el recurso interpuesto contra el proveído que concedió la libertad provisional al procesado, por falta de interés jurídico para el efecto; absolvió al doctor Excelino Cañón Pachón de los cargos formulados en relación con la actuación en el ejecutivo prendario, y lo condenó a las penas principales de dieciocho (18) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas, como autor responsable del delito de prevaricato por acción cometido dentro del proceso de quiebra; condenó al mismo procesado a pagar a favor de Antonio Jesús Holguín Orrego, una suma equivalente al valor, en moneda nacional, de doscientos gramos oro por perjuicios morales y materiales, "igual suma cancelará a favor de las demás personas que, legalmente, demuestren haber resultado perjudicados con el delito"; y otorgó al acusado el subrogado penal de condena de ejecución condicional.

SENTENCIA IMPUGNADA

1.- El Tribunal negó la nulidad solicitada por el representante de la parte civil, en consideración a que el artículo 189 del C. de P.P., prevé que los autos de sustanciación deben ser suscritos tan solo por el magistrado sustanciador y atendiendo a la clasificación del artículo 185 ibídem, tales proveídos son de simple trámite pues no resuelven incidentes o aspectos sustanciales de la actuación. En este caso no se estaba tomando determinación de fondo, sino simplemente expresando la falacia del recurrente en sus pretensiones (impugnación del auto que concedió la libertad provisional al acusado), dada su falta de interés en ese aspecto. Considera que en tales condiciones no podía pretender en forma equivocada que se decretara la nulidad de una actuación que así fuera -en tela de discusión- equívoca, en nada afectaba lo sustancial del proceso.

2.- El a quo luego de un detenido estudio de la actuación cumplida por el acusado en el ejecutivo prendario, acogió las consideraciones del representante de la sociedad, para concluir que no quedó otro camino sino el de admitir que la providencia de fecha mayo 19 de 1987, no encontraría ostensiblemente el derecho por las siguientes razones:

El poderdante José Andrés Castañeda Garzón, no acompañó a su escrito prueba alguna que demostrara su interés en el asunto, su apoderado se tomó un tiempo considerable para presentar el libelo que se ha tenido como demanda incidental, frente a la cual cabe preguntarse qué hubiera sucedido de haberse sujetado el doctor Castro Serrano, estrictamente a las pretensiones del levantamiento de las medidas cautelares conforme al numeral 1o. del art. 137 del C. de P.C., entonces vigente, en concordancia con el art. 687 numeral 6o. Tal interrogante queda sin respuesta, porque la determinación hubiese dependido del trámite mismo del incidente.

Con todo y la demora del profesional mencionado y pese a las limitaciones expresas del art. 61 de la citada obra que dice que "Cuando la investigación se

concrete en un incidente o trámite, el interviniente sólo será parte de ellos", pudo el doctor Castro Serrano actuar en el proceso y sus pretensiones fueron adoptadas en el cuaderno principal. El juez optó por el decreto de nulidad de las medidas cautelares, entendiendo que el Inspector Primero se excedió en sus facultades y que actuó fuera de su comprensión territorial, lo cual se erige en nulidad insaneable y cuya declaratoria oficiosa era legalmente posible, de conformidad con el art. 157 del C.P., mencionado.

Se estableció durante la causa, que en noviembre 20 de 1989 el Juzgado Segundo Civil del Circuito, con fundamento en que las medidas cuyo levantamiento se impetraba no existían, debió resolver negando las pretensiones del incidente, así como la condena en costas y perjuicios a favor del incidentante.

De lo anterior concluyo, que queda sin base jurídica y lógicamente atendible, la configuración de un prevaricato en el proveído de mayo 19 de 1987, además, porque aunque se hubiese, en esa oportunidad reconocido al doctor Castro Serrano como representante de José Andrés Castañeda, sólo hubiese podido actuar como tal mediante la presentación de la demanda incidental, u otra petición como fue que se decretara la nulidad, limitándose a esa actuación conforme al art. 61 citado. En todo caso, se estuvo en condiciones de intervenir en el proceso, como efectivamente lo hizo, a pesar de los yerros del juez Cañón Pachón que solo señalan una censurable ligereza en la dirección del proceso, pero sin denotar un marcado interés por favorecer a alguna de las partes, porque incluso el mismo actor pudiera predicarse damnificado al no ser atendido en su pretensión para cristalizar el embargo del tractor, a sabiendas de la oposición del tercero incidental, pues según se colige de sus escritos tenía elementos probatorios para demostrar que la propiedad del bien estaba en cabeza del ejecutado y no de Castañeda.

En consecuencia, el Tribunal absuelve al doctor Excelino Cañón Pachón de las imputaciones formuladas en el referido proceso.

3.- En cuanto a los cargos que tienen que ver con el proceso de quiebra, el a quo planteó las siguientes consideraciones:

Desde el momento en que el apoderado de Rojas Guevara invocó la nulidad ante el juzgado, se refirió a los errores en que incurrió el síndico en el acto de notificación, y la tramitación de la segunda instancia se circunscribe a dicho punto.

No puede admitirse que un funcionario con tan vasta experiencia, interprete la determinación del superior a su acomodo, llegando a proferir una decisión contraria no solamente a la lógica y al sentido común, sino principalmente contraria a derecho, afectando un proceso cuya razón de ser es la protección de los intereses de los acreedores y del patrimonio del quebrado a quien se despoja del manejo y control de sus negocios para señalarle un administrador -síndico-, en busca de una adecuada gestión que solucione favorablemente todos aquellos intereses en juego, así como la credibilidad del comerciante y del comercio frente a la sociedad.

Al tenor del art. 1945 del C. de Co., la declaración judicial de la quiebra conlleva, entre otros efectos, la separación del quebrado de la administración de sus bienes embargables y su inhabilitación para ejercer el comercio por cuenta propia o ajena, así como la formación de la masa de bienes de la quiebra, que la integran todos aquellos bienes embargables del deudor, actuales o futuros, de acuerdo al art. 1961 ibídem.

Así las cosas, el funcionario judicial no tenía otro camino que conservar plenamente en vigencia las medidas cautelares. Al declarar el Tribunal la citada nulidad, excluyendo de sus efectos el auto declaratorio de la quiebra, lo que en él se dispuso con relación a tales medidas cautelares, es evidente que conservaba su plena vigencia por mandato de las mencionadas normas del C. de Co., incluyendo la designación del síndico, pues de no existir mal podría efectuar la publicación del edicto emplazatorio conforme al art. 1946 numeral 11, norma que contiene un desarrollo lógico que lleva a hacer efectivos los fines de la quiebra, lo cual se colige de su simple lectura y que de sobra era conocida por el acusado.

Por ello, no pueden ser de recibo los argumentos de la defensa en cuanto a la inocencia del acriminado, como tampoco el relacionado con el trámite procesal en el sentido de que no se interrogó concretamente al ex-funcionario respecto del auto que profirió el 25 de abril de 1987 aceptando el desistimiento propuesto por el actor, puesto que, este error fue reconocido por el funcionario en auto de mayo 14 de 1987, no sin antes admitir el interés general que orienta esta clase de procesos.

El mismo acusado manifiesta a la juez que le recepcionó la indagatoria, conocer los cargos que le fueron formulados, quejándose de la ligereza de la Sala Penal al abrirle investigación. Además la resolución acusatoria tanto de primera como de segunda instancia le fueron debidamente notificadas, luego tuvo oportunidad para rebatir los cargos que se le formularon al respecto, de manera que ahora no puede hablarse de violación al derecho de defensa o al debido proceso, máxime cuando el defensor ha estado permanentemente atento a la tramitación del expediente.

Concluye que los hechos relacionados con el proceso de quiebra -autos de 8 y 25 de abril de 1987-, configuran un concurso homogéneo sucesivo de los delitos de prevaricato por acción, comportamientos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública.

Considera que es ajena a la realidad de los hechos, la afirmación del procesado en el sentido de que obró con el pleno convencimiento de estar dando aplicación a lo ordenado por el superior, ya que la Sala Civil-Laboral del Tribunal en su providencia expresó claramente que la actuación a reponer era la notificación de acuerdo al artículo 1946 numeral 11 del C. de Co. Además, dada la gran experiencia judicial del acusado, no se puede considerar un simple error de interpretación normativa, pues la desatinada aceptación del desistimiento en

búsqueda de dar por terminado el proceso de quiebra, constituye una actuación consciente y voluntaria, con plena oportunidad para su previo estudio, lo que denota un interés doloso en el favorecimiento a una de las partes, con lo cual quedaría subsanada cualquier otra anomalía en la tramitación del proceso, como lo era el inmediato cumplimiento, en fecha previa a una pausa en las labores judiciales (sábado anterior a Semana Santa), de la orden de devolución de los bienes al quebrado, con lo cual le quedó a su disposición el almacén, para obrar a su antojo con los bienes que respondían a sus obligaciones civiles y laborales. La anterior vinculación de los dos comportamientos, comprueban como el acusado, pudiendo y debiendo emitir pronunciamientos conforme a la ley y la justicia, y estando en condiciones de hacerlo, con el suficiente conocimiento obró en la forma que es objeto del juicio de reproche.

4.- El Tribunal parte de la pena mínima señalada en el artículo 149 del C.P., incrementada en seis meses más, dado el concurso, para un total de dieciocho meses de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo término.

5.- En cuanto a la condena por indemnización de perjuicios, el Tribunal se pronunció así:

Dentro de este proceso, el resarcimiento del daño causado por el delito cometido por el doctor Cañón Pachón, viene siendo perseguido por el señor Antonio Jesús Olguín Orrego, quien es representado por el abogado Angel María Camacho Ramírez, mediante demanda pertinente aceptada en su oportunidad de conformidad con los artículos 37 y siguientes del C. de P.P.

En el curso del proceso, la parte civil no demostró el monto de los perjuicios que sostiene recibió con las irregulares decisiones del acusado en el proceso de quiebra. El señor Holguín Orrego por intermedio del abogado antes citado, era demandante dentro de un proceso ejecutivo laboral, contra el quebrado Argemiro Rojas Guevara, proceso que se acumuló al juicio de quiebra. Por tanto, los perjuicios que haya podido recibir dicho señor con la orden impartida por el juez Cañón Pachón para que el síndico entregara los bienes embargados y secuestrados al quebrado el mes de abril de 1987, hasta cuando nuevamente fueron embargados los mismos bienes, deben tasarse conforme a lo autorizado por los artículos 106 y 107 del C.P.

En consecuencia condena al procesado a pagar a favor del señor Holguín Orrego, el equivalente en moneda nacional, de 50 y 150 gramos oro, por perjuicios morales y materiales, en su orden. "En la misma proporción deberán ser indemnizados los perjudicados con el ilícito, que así lo demuestren legalmente -art. 50 inciso 3o. del C. de P.P.".

6.- Por mayoría, la Sala de Decisión otorgó al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional, por estar reunidos los requisitos del artículo 68 del C.P., habida consideración de que el mismo no requiera tratamiento penitenciario.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El procesado Excelino Cañón Pachón apeló de la sentencia "por el segundo de los cargos que se le imputan en el proceso".

Su inconformidad radica en que no se analizó lo pertinente a la parte resolutiva de la providencia de la Sala Civil-Laboral de fecha marzo 16 de 1977, en la que se observa que "quedó sin ninguna vigencia jurídica todos los actos procesales a partir de la ejecutoria del auto de abril 23 de 1983, es decir a partir del 30 de abril de ese año". Estima que con la nulidad, "no se encontraba con vida jurídica la diligencia de secuestro y mal haría un funcionario judicial de tener unos bienes en administración de un auxiliar de la justicia, cuando jurídicamente no existía el nombramiento del síndico, ni la posesión del mismo ni menos la diligencia de secuestro".

Agrega que el trámite que se le dio al proceso fue dar cumplimiento al desarrollo de lo ordenado en la providencia de abril 23 de 1983, que fue excepción de la nulidad, "se tenía que repetir todo su trámite, para que se practicara nuevamente la diligencia de secuestro, como así lo hizo el juez que conoció de dicho proceso, que fue otro muy diferente al suscrito".

Afirma que no se tenía que entrar a interpretar o a adivinar desde que acto procesal era nulo el proceso, simplemente cumplir con lo dicho por el superior, "todo era nulo a excepción de la citada providencia", y la práctica de lo que se ordenó en ella lo cobija la nulidad.

En cuanto al cargo relacionado con la aceptación del desistimiento presentado por el abogado Amaya Eslava, manifiesta que no se le ha llamado a descargos sobre este hecho. Sostiene que en ningún momento llegó a violar la ley, en atención a que el C. de P.C., para ese entonces, en su artículo 342, consagra el desistimiento como una de las formas anormales de terminación del proceso.

Luego de transcribir algunas citas de los tratadistas Hernán Fabio López Blanco y Hernando Devis Echandía, sostiene que con base en ellas se aceptó el desistimiento, "pero este acto jurídico-procesal, no hizo tránsito a cosa juzgada, es decir no quedó ejecutoriado, porque alguna de las partes que intervenían en el proceso, solicitaron *Reposición* del acto producido".

Cita del art. 348 del C. de P.C. para aducir que conforme a dicha norma, a lo expuesto por el tratadista López Blanco y a la investigación que realizó en la Relatoría de la Sala Civil de la Corte, procedió a la revocatoria, que fue apelada y confirmada por el Tribunal. "Otra situación muy diferente es que no hubiese oído los recursos interpuestos, o lo hubiese negado sin ningún estudio", por consiguiente considera que de ninguna manera quiso favorecer a alguna de las partes, "otra cosa diferente es que hubiese mantenido el desistimiento, y aquí seguramente sí perjudicado alguna de ellas, pero ello no sucedió".

Estima que se dejaron de analizar las normas de derecho procesal civil, en lo relativo a las nulidades, sus efectos, sobre el obedecimiento y cumplimiento de lo resuelto por el superior, el desistimiento, y el recurso de reposición.

En resumen, estima que no existe la mínima prueba de dolo o de mala intención en los actos procesales anotados, "por el contrario existe buena fe al revocar la providencia que aceptó el desistimiento". Agrega que también se dejó de analizar su defensa expuesta en la audiencia pública, como lo analizado en el escrito presentado en la misma.

El defensor del procesado, apeló igualmente la sentencia en cuanto a la condena, recurso que fundamentó en los siguientes términos:

La nulidad planteada por parte del quebrado "*Jamás ha debido prosperar*", por cuanto el art. 155 del anterior C. de P.C. en su inciso 2o prevé que esta nulidad solo puede ser propuesta por parte de la persona afectada. Se beneficia de ella solamente quien hubiese invocado por sentirse indebidamente representado o no notificada en forma legal o emplazada. Mal podía alegar la nulidad el quebrado cuando no era el emplazado por cuanto se encontraba dentro del proceso y con la nulidad lo que se busca es cubrir los intereses de quienes se vieran afectados con la citación diferente que los colocaría por fuera del proceso.

El Tribunal entró a decretar una nulidad contrariando lo previsto en el C.P.C., como quedó demostrado, dada la naturaleza de la segunda instancia nada diferente a acatar lo decidido por el superior correspondía al juez de primera instancia. Al señalar el ad quem "*Declarar sin validez todo lo actuado*" como al anotar "*a partir exclusive del proveído de abril 23 de 1983*" se entiende forzosamente que se hace relación a la nulidad de la totalidad del conjunto, excluyendo el auto señalado.

De lo anterior queda, que solamente se excluía de la nulidad del proveído de abril 23 de 1983. No podía mantener vida jurídica ningún acto posterior y si se revisa lo actuado se tiene que la diligencia practicada en el establecimiento comercial fue posterior. En esta forma queda libre de toda limitación el Almacén Electro Control por cuanto el acta del secuestro no conservaba ninguna vigencia.

Quedando vigente lo señalado por el Tribunal se debía entrar a cumplir la orden de efectuar el secuestro de los bienes. Tal como lo prevé el art. 152 ordinal 3 del C.P.C. anterior, toda la actuación sería nula y además acarrearía investigación disciplinaria contra el funcionario que no acate lo decidido por el superior. Nada contrario se podía disponer por el juez, tal como se demuestra con la claridad del artículo y las citas doctrinales que acompañaron su escrito de defensa.

No se explica el defensor cómo hace el fallador para entender que decretada una nulidad, unos autos dejan de tener vigencia y otros la conservan. Ello escapa a la lógica y al entendimiento del contenido de lo resuelto por el superior. Toda diligencia posterior debía ser reconstruida.

Es la misma Corte la que expresa que la decisión del ad quem no es un modelo de claridad y precisión. Dada la interpretación lógica que se debía hacer del contenido del auto es evidente que nada diferente a la renovación de toda actuación posterior al auto de abril 23 se le podía exigir al inferior que debía atender lo resuelto por el superior, esto es que todo lo efectuado a partir de ese auto se debía volver a practicar para que quedara debidamente incorporado al proceso, como lo hicieron los funcionarios que conocieron del mismo.

El doctor Cañón Pachón aceptó el desistimiento, decisión que dada la reposición interpuesta se retrotrae al admitir que existen plurales y válidos intereses en la quiebra que se deben tutelar. Se pregunta el recurrente dónde se vislumbra el ánimo de su defendido de obrar contrario a derecho? Acaso se puede dar por entendido que toda decisión tomada y posteriormente modificada implica que se violó la ley penal por parte del funcionario que la profirió?

Considera que no es común que un funcionario reconozca que se equivocó y que su propia decisión debe ser modificada.

Luego de plantear una serie de interrogantes, concluye el defensor que además de haber sido ajustada a derecho la actuación de su protegido, en el evento de que se insista en que con sus decisiones obró contra lo normado en el C. de P.C., se decreta el dolo, ya que no se puede afirmar que su conducta amerite reproche penal cuando no quiso transgredir el tipo y por ende no se puede hablar culpabilidad.

Consideraciones de la Sala

1o. Las decisiones del a quo en el sentido de absolver al procesado Excelino Cañón Pachón por el cargo formulado en relación con su actuación en el proceso ejecutivo prendario, no es materia del recurso de apelación, por lo tanto ninguna modificación podría introducirse, razón suficiente para que la Sala se abstenga de hacer estudio alguno al repecto.

2o. El primer cargo por el que se condenó al ex-juez, consiste en que dentro del proceso de quiebra adelantado por el comerciante Argemiro Rojas Guevara, profirió el auto de 8 de abril de 1987, mediante el cual ordenó al síndico devolver los bienes al quebrado, desconociendo no solamente el texto literal del auto por el dictado por el superior al desatar el recurso de apelación donde excluyó de nulidad el auto declaratorio de la quiebra con las consecuencias derivadas de esta declaración, sino que además, se opuso rotundamente a las disposiciones legales.

Como bien lo observa el a quo, desde el momento en que el apoderado del comerciante Rojas Guevara planteó ante el despacho del juez la nulidad de la actuación, se refirió a los errores en que incurrió el síndico en el acto de notificación, y la tramitación de la segunda instancia se circunscribe a dicho

aspecto, como claramente puede apreciarse del texto de la providencia que anuló la actuación, que es del siguiente tenor:

"...Como se observa que en el presente caso para el emplazamiento a que hemos venido haciendo referencia no se cumplieron las disposiciones de rigor por cuanto las publicaciones se hicieron fuera de los términos, incurriéndose en la nulidad contemplada en el numeral 9o del artículo 152 del C.P.C., es imperativo proceder a decretarla.

"Por lo expuesto, la Sala de Decisión Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, REVOCA el auto de agosto 6 de 1986 y en su lugar *declara* sin validez todo lo actuado en el presente proceso, a partir exclusive del proveído de abril 23 de 1983, debiéndose reponer la actuación de acuerdo con los presupuestos procesales contemplados en el artículo 1946 numeral 11 del C. de Comercio".

No ha sido materia de controversia, que la providencia citada en precedencia excepcionó en forma expresa el auto de abril 23 de 1983. Sin embargo, los recurrentes insisten en desconocer el contenido del mencionado auto y las implicaciones que conlleva la exclusión del mismo frente a la nulidad decretada, como pasa a verse.

Sostiene el procesado, que al decir la parte resolutiva que "todo lo actuado en el presente proceso", significaba que era todo lo que contenía el proceso a excepción del auto de abril 23. Que jurídicamente es muy diferente ordenar que practicar, luego "la práctica de lo que ordenó la providencia la cobija la nulidad". Por su parte el señor defensor aduce, que "No podía mantener vida jurídica ningún acto posterior a esa fecha", refiriéndose al 23 de abril, y si se revisa la actuación se tiene que la diligencia practicada al establecimiento comercial se llevó a cabo posteriormente, "En esta forma quedó libre de toda limitación el almacén Electro Control por cuanto el acta por medio del (sic) cual se practicó el secuestro no conservaba ninguna vigencia".

Los anteriores planteamientos no son de recibo, por las razones que se dejaron expresamente consignadas en la providencia que confirmó la resolución de acusación, las cuales pasaron por alto los recurrentes:

"El auto de abril 23 de 1983 que expresamente excepcionara la providencia citada en precedencia es el que declara el estado de quiebra, ordena la formación de la masa de bienes de la quiebra, la acumulación a este proceso de todas las ejecuciones iniciadas contra el comerciante Rojas Guevara a quien se le cancela la matrícula mercantil, se designa síndico y su inscripción en la Cámara de Comercio, ordena el emplazamiento, decreta el embargo y secuestro de los bienes y el sellamiento del almacén 'electro control', amén de otras determinaciones que por no tener incidencia directa en la investigación se omite su referencia;

"La nulidad impetrada y declarada por el Tribunal fue exclusivamente por irregular emplazamiento. Así lo destacan los escritos del solicitante en primera y segunda instancia y el auto que la declaró. Y, aun cuando éste no es un modelo de providencia en cuanto a claridad y precisión de lo decidido, si es posible entenderlo, aun para un juez no muy versado ni experimentado, pues en el procedimiento civil lo decidido debe corresponder al petitum y, en tratándose de nulidades, su artículo 158 no deja duda alguna cuando dice: "La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste,...".

"En este orden de ideas, es de destacar como quien demanda la nulidad pide 'adecuar el procedimiento, especialmente, efectuando la publicación del Edicto Emplazatorio en legal forma' (fl.64). y eso hizo el Tribunal cuando dispuso "...reponer la actuación de acuerdo con los presupuestos procesales contemplados en el artículo 1946 numeral 11 del C. de Comercio".

"Por manera que si no había duda sobre el punto debatido -irregularidad del emplazamiento-, al declararse la nulidad por dicha causa, no se entiende cómo puedan quedar sin valor actuaciones procesales que nada tienen que ver con dicho emplazamiento tales como la declaración de quiebra, la cancelación de la matrícula de comerciante, la designación de síndico, el sellamiento del establecimiento comercial y por sobre todo, el embargo y secuestro de bienes, todo ello decretado en el auto que precisamente se excluyó de la nulidad.

"Consecuencia obvia es, entonces, que al proferir el auto de abril de 1987, no solamente el juez manifiestamente fue contra la decisión judicial del superior -ley en el respectivo proceso- y el artículo 158 del C. de P.C., sino que además dejó sin efecto las determinaciones indiscutiblemente vigentes y que se acaban de precisar, amén de ser una decisión ultrapetitum. En efecto, la solicitud que determina el auto con referencia dice pedir: "oficiar al ex-síndico de la quiebra Doctor Luis Gustavo Corzo, haciéndole saber que ha cesado en sus funciones, ya que, en el citado auto del 23 de abril de 1983, el Juzgado designó al Dr. Fabio Bonilla Fernández. (fol.222 cuaderno anexo)".

"El auto cuestionado, por su parte, ordena: "... ofíciese al síndico Dr. Luis Gustavo Corzo Castro, haciéndole saber que ha cesado en sus funciones como tal, en razón de la nulidad decretada por el Honorable Tribunal Superior, y que en consecuencia deberá proceder hacer entrega de los bienes al quebrado señor Argemiro Rojas Guevara". (fol. 223 cuaderno anexo)".

"De otra parte, y aceptando en gracia de discusión la exculpación del procesado consistente en haber entendido que la nulidad lo único que dejaba vigente era el auto, también su resolución es prevaricadora porque en dicho auto -se insiste-, se tomaron determinaciones que hacían imposible jurídicamente hacer entrega de los bienes al comerciante declarado en quiebra y con orden de embargo y secuestro de los mismos así como de sellamiento del establecimiento comercial donde se encontraban algunos de ellos.

"Tampoco puede considerarse dicho proceder como error capaz de exonerar de culpabilidad su actuar doloso, pues como abogado y experimentado Juez de Circuito conocía muy bien la ley y la fuerza vinculante de una decisión judicial legalmente proferida, como el mismo Juez lo reconoció en la diligencia de sellamiento que practicó el 21 de abril de 1987 donde, además, admitió la situación irregular al comunicar la orden de entrega sin estar ejecutoriado el auto que la dispuso (fol. 227 cuaderno anexo)".

No existe duda alguna, de que todo el procedimiento efectuado por el procesado, afectó gravemente el normal desarrollo de la quiebra y que actuó con notoria ligereza al permitir que el señor Rojas Guevara, quedara con la libre disposición de lo que constituía la mayor parte del respaldo patrimonial del proceso referido, como acertadamente lo destacó y analizó el Tribunal, en los siguientes términos:

"...es que, al tenor de lo previsto en el art. 1945 del C. de Co., la declaración judicial de la quiebra conlleva, entre otros efectos, la separación del quebrado de la administración de sus bienes embargables y su inhabilitación para ejercer el comercio por cuenta propia o ajena, así como la formación de la masa de bienes de la quiebra, que la integran todos aquellos bienes embargables del deudor, actuales o futuros, de acuerdo con el art. 1961 ibídem".

Por mandato de las mencionadas normas, era evidente que al excluir de la nulidad el auto declaratorio de la quiebra, lo que en el proceso se dispuso en relación con las medidas cautelares conservaba su plena vigencia, incluyendo la designación del síndico, puesto que como lo considera el a quo, de no existir tal nombramiento mal se podía efectuar la publicación del edicto emplazatorio dentro de los términos consagrados en el numeral 11 del artículo 1946 del C. de Co., norma que fue expresamente citada en la parte resolutiva del auto que decretó la nulidad y conforme a la cual se debía reponer la actuación, precepto que "además contiene un desarrollo lógico que lleva a hacer efectivos los fines de la quiebra, lo cual se colige de su simple lectura y que de sobra era conocida por el funcionario acusado".

3o. El segundo cargo por el que se condenó al procesado, radica en que en auto de abril 25 de 1987, admitió el desistimiento impetrado por el abogado Mario Amaya Eslava, como consecuencia, decretó la terminación del proceso, el levantamiento de las medidas cautelares, absteniéndose de resolver unos recursos por sustracción de materia y devolver los procesos ejecutivos allegados a la quiebra, sin tener en cuenta que había otros interesados en el litis consorcio.

Resulta evidente que el citado proveído es manifiestamente contrario a la ley, puesto que de conformidad con el art. 342 inciso 4o. del Código de Procedimiento Civil aplicable para el caso, "Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si solo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él, en este caso deberá tenerse en cuenta lo dispuesto sobre litisconsorcio".

El hecho de que con posterioridad, ante las protestas de los acreedores, el juez haya revocado su decisión, no desvirtúa la relevancia de su comportamiento frente al derecho penal, puesto que como atinadamente lo sostiene el Tribunal, con tal proveído "se pretenden desconocer particulares características procesales de interés público que reviste todo proceso de quiebra y los intereses vinculados a todos y cada uno de los acreedores, exteriorizándose entonces allí un marcado interés por el favorecimiento al comerciante..., en decisión que de no haber sido corregida por el encausado, dada su contrariedad con el derecho, necesariamente había sido revocada por el superior".

En estas condiciones, no hay duda de que las decisiones tomadas por el doctor Excelino Cañón Pachón , son manifiestamente ilegales, y su conducta se ubica en el tipo de prevaricato por acción descrito en el artículo 149 del Código Penal.

Así mismo, sin existir ninguna causal de justificación atendible, se lesionó el interés jurídico de la administración pública, razón por la cual su comportamiento además de típico es antijurídico.

El Tribunal Superior descarta los planteamientos de los recurrentes en cuanto a la inculpabilidad del procesado, con argumentos que son compartidos íntegramente por la Sala.

Se viene sosteniendo que el doctor Cañón Pachón obró con el pleno convencimiento de estar dando aplicación a lo ordenado por el superior, afirmación que resulta contraria a la realidad de los hechos, ya que la Sala Civil del Tribunal en su providencia expresó en forma concreta que la actuación que se debía reponer era la notificación, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 1946, numeral 11 del Código de Comercio, norma que no tienen en cuenta los recurrentes cuando sin ningún fundamento sostienen que el fallador se abstuvo de analizar la parte resolutiva de la providencia que decretó la nulidad.

Puede predicarse que una persona incurrió en error cuando para ella la falta haya pasado inadvertida, pero es inaceptable que tratándose de un precepto legal de fácil entendimiento se pueda sostener que existe un simple error de interpretación, al aceptar en forma desatinada el desistimiento en búsqueda de dar por terminado el proceso de quiebra. No se trató de un problema jurídico complejo, ni que resultara difícil dada la gran experiencia judicial del acusado, luego su actuación consciente y voluntaria denota un interés doloso en favorecer a una de las partes. No puede pasarse por alto que en fecha previa a la Semana Santa se ordenó la devolución de los bienes al quebrado, con lo cual quedó a su disposición el Almacén Electro Control por un lapso considerable, para obrar a su antojo con los bienes que respondían a sus obligaciones civiles y laborales. La íntima vinculación de los comportamientos que confirman que el acusado estaba en condiciones de proferir pronunciamientos conforme a la ley y a la justicia, no

puede considerarse de manera diferente a un querer obrar de modo ostensiblemente contrario a la ley, lo que constituye el aspecto subjetivo del delito endilgado, sin que aquí se vislumbre la concurrencia de alguna de las causales de inculpabilidad previstas en el artículo 40 del Código Penal.

4o. Teniendo en cuenta que se trata de comportamientos especialmente graves, que lesionan no solamente la administración pública sino también la administración de justicia, ya que actúo en calidad de juez de la República y prevaricó en dos decisiones judiciales, cuyo daño social es también inobjetable, la Sala disciente tanto de la pena principal impuesta al procesado como de la condena de ejecución condicional, que se le otorgó por mayoría. Sin embargo, frente al art. 31 de la nueva Carta, en concordancia con el art. 17 del Código de Procedimiento Penal, tal disentimiento de esta segunda instancia no puede acompañarse de decisión alguna, por cuanto el condenado es el único apelante.

5o. Respecto a la condena en perjuicios a favor del señor Antonio Jesús Holguín Orrego -parte civil reconocida en el proceso- no hay objeción. Lo que resulta desacierto es que se haya resuelto que la misma cantidad se pague a quienes posteriormente demuestren haber sufrido perjuicio, pues esa indeterminación del beneficiario hace que la decisión sea totalmente inocua.

La certeza sobre la existencia del daño y la relación causal con el hecho ilícito, así como la precisión sobre la persona a cuyo favor se ordena el pago, son presupuestos necesarios para que la condena en perjuicios sea procedente. En el caso en estudio, es absurdo que el Tribunal haya fijado un valor económico a un perjuicio cuya existencia deben demostrar después los interesados.

Además, el mandato legal de que el fallo sea en concreto no consiste únicamente en cuantificar el valor de los perjuicios demostrados, sino también en la indicación de la persona que con ese pronunciamiento se convierte en acreedor del condenado. La claridad sobre estos aspectos es lo que permite que la sentencia preste mérito ejecutivo.

Por las razones anteriores, se modificará la sentencia revocando lo dispuesto por el ad quem en este aspecto.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia condenatoria recurrida, con la modificación atinente a la parte final del numeral 4o, en el cual se condena al procesado a pagar perjuicios a personas indeterminadas, decisión que se revoca.

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 Martínez*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

VIOLACION INDIRECTA \ ERROR DE DERECHO \ PRUEBA \ SANA CRITICA

No es factible pretender se reconozca la existencia de un error de derecho por haberse dado a los medios de convicción un valor diverso al establecido en la ley, porque como se ha visto, esta no le asigna ninguno y todo queda dentro de la libre apreciación probatoria que el legislador quiso otorgarle al juzgador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6518

Procesado: José R. Beltrán Hernández

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 140

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiséis de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

En proveído del 22 de febrero de 1991 el Juzgado de Conocimiento de Orden Público de Bogotá condenó a José René Beltrán Hernández a la pena principal de 8 años de prisión como responsable de infracción a la ley 30 de 1986.

Por la misma decisión se condenó igualmente a Alfonso Cordero Palacios a la misma pena principal y por el mismo delito.

Por sentencia del 26 de junio de 1991 del Tribunal Superior de Orden Público se confirmó la condena en relación a Beltrán Hernández y se revocó la de Cordero Palacios, quien fue absuelto.

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

Presentada la demanda se decretó admisible por reunir los requisitos exigidos en la ley.

Se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos

El 6 de diciembre de 1989 en el aeropuesto El Dorado se decomisaron 243 bolsas con una sustancia que al ser examinada resultó ser cocaína, con un peso de 227.997 gramos, las cuales estaban escondidas en unos guacales que contenían muebles para ser enviados a Miami por la empresa de carga Frontier de Colombia.

Los trámites de aduana fueron adelantados por empleados de la firma Trasline Ltda.

Actuación procesal

Por auto del 13 de diciembre de 1989 se abrió proceso penal y el mismo día fueron indagados Alfonso Cordero Palacios y José René Beltrán Hernández, contra quienes el Juzgado Quinto Especializado dictó auto de detención.

Por auto del 14 de junio de 1990 se citó a audiencia pública a los procesados Beltrán y Cordero por infracción al art. 33 de la ley 30 de 1986; diligencia que se cumplió el 13 de diciembre de 1990. La sentencia de primera instancia se dictó el 22 de febrero de 1991 y la de segunda, el 26 de junio de ese año.

Los argumentos de la demanda

El apoderado del procesado Beltrán Hernández plantea un único cargo al amparo de la causal primera por la presunta existencia de un error de derecho que originó una violación indirecta de la ley sustancial y que hace consistir en la:

estimación legal defectuosa de la prueba. La evaluación jurídica que hizo el indicio riñe con las normas reguladoras de este medio probatorio. Realizó el Tribunal un juicio falso de convicción, acerca de la certeza de responsabilidad del inculpado. El juicio de convicción fue excedido en lo que la ley dispone a la fuerza probatoria de un solo indicio".

Luego de transcribir las normas procesales relacionadas con los indicios y de la prueba exigida para condenar, afirma que el sentenciador hizo conjeturas y suposiciones, pues no demostró sino un hecho indicador, que no es indicio grave; y refiriéndose a las argumentaciones del Tribunal afirma: "Hay que adivinarle al juez colegiado por cuanto que no hizo una sola referencia de cual hecho indicador estaba probado o no, y cual su fuerza probatoria. Parece indicar que todas las consideraciones las hizo para demostrar un solo indicio, el de presencia, al cual le dio el carácter de necesario vulnerando los dictados doctrinales, jurisprudenciales y legales que niegan la existencia del indicio grave en materia penal, máxime si un indicio grave sirve para detener y dos mas para enjuiciar de donde se desprende que con uno no es posible jamás condenar al reo".

Sostiene que lo único probado es que Beltrán Hernández estaba en el sitio donde se encontraba la sustancia prohibida y que además dejó algunas dudas acerca de su comportamiento en el trámite de los documentos.

Luego de transcribir algunos apartes de la sentencia afirma que: "El juez de segundo grado no aclaró cual hecho indicador estaba plenamente probado. Si, honorables magistrados, corresponde deducir que al discurrir la sentencia se centró en demostrar el indicio de presencia en el lugar de los hechos o de oportunidad física para delinquir de Beltrán Hernández".

Más adelante en crítica similar sostuvo: "En apretada síntesis: El ad quem no fue claro, preciso y conciso en construir el indicio, que a decir verdad existía como único: el de presencia. En el indicio de mala justificación, mentira o conducta procesal del señor Beltrán el sentenciador de última instancia se enredó, se perdió, se confundió y no supo tampoco edificarlo para darle el valor que la doctrina y jurisprudencia suelen darle el de leve".

"El indicio de presencia si se probó se hace el reparo al Honorable Tribunal Superior de Orden Público que no fue técnico en su manejo, no lo mencionó y no le indicó qué valor tenía. La lógica, la experiencia, la doctrina y la jurisprudencia raras veces le dan el carácter de contingente o grave a este indicio pero el superior lo otorgó el valor de necesario o plena prueba que casi nunca tiene".

Sostiene que las mentiras del procesado no fueron probadas y se les dio el carácter de indicio grave.

Destaca que al procesado no se le hubiere calificado como mentiroso, pero que a esas pequeñas inconsistencias se les da valor de indicio grave.

Cita doctrina de algunos autores nacionales y extranjeros en la que niega la capacidad probatoria a la mentira.

Para demostrar la responsabilidad y de ello concluye que el indicio de la mentira puede ser leve, pero no grave.

Al referirse al indicio de presencia, el censor afirma que sirve solo para detener, no para enjuiciar y menos para condenar.

El actor prosigue el ataque afirmando: "La misma ley procesal penal establece una tarifa legal que le fija al juzgador indicándole que un indicio grave puede dar fundamento a una medida de aseguramiento, con dos o más indicios con naturaleza de graves puede el funcionario dictar resolución de acusación. Para condenar le exige, se ha dicho por doctrinantes interpretando los artículos 414 y 470 del Código de Procedimiento Penal que se requieren al menos tres indicios graves que conduzcan a la certeza de la responsabilidad del justiciable".

El recurrente termina solicitando se case el fallo impugnado y como consecuencia se dicte el fallo de reemplazo.

El criterio del Procurador Delegado

El colaborador del Ministerio Público solicita no se case el fallo impugnado con base en las siguientes argumentaciones:

"Un cargo único hace el libelista a la sentencia impugnada al amparo de la causal primera cuerpo segundo del art. 223 del C. de P. P., por violación indirecta de la ley sustancial, error de derecho por falso juicio de convicción, pues en su parecer el Tribunal de Orden Público habría valorado erróneamente la prueba indiciaria obrante en el proceso, dándole una significación probatoria que la ley no le otorga.

"Por los límites que impone la causal escogida por el casacionista para atacar el fallo, debe desecharse por imprósperа su pretensión casacional, como quiera que resulta notablemente desacertado, como con reiteración constante lo tiene decantado la Corte, sostener la violación de la ley sustancial en el ámbito del error de derecho, cuando quiera que se trata de contraargumentar la valoración probatoria que el juzgador le ha dado a los diversos medios demostrativos obrantes en un proceso.

"Resulta desacertada la afirmación según la cual, el juzgador de segundo grado le habría dado a la prueba indiciaria 'la fuerza probatoria que no le otorga la ley', ya que semejante aseveración pone de presente por parte del recurrente su desconocimiento acerca de la premisa según la cual, en el actual régimen procesal penal colombiano impera en la apreciación probatoria, el sistema de convicción racional, en atención al cual, por oposición al sistema de tarifa legal, corresponde al fallador la valoración y estimación probatoria, bajo las reglas de la persuasión

racional, siendo por ello equivocado sostener que con antelación ha sido la ley misma la que ha establecido el justiprecio de los diversos medios de convicción.

"Precisamente este derrotero procesal en el sistema de apreciación en materia de pruebas le imposibilita al impugnante de determinar cuál es el valor probatorio que el legislador previno para la prueba obrante en el proceso y específicamente para la indiciaria, respecto de la cual se atribuye un equivocado juicio de convicción y no podía suceder de disímil modo, en vista de que no fue asignado un valor particular para ella en la ley.

"Debe saber el impugnante que cuando se trata de atacar la prueba indiciaria, uno de dos caminos corresponde optar al casacionista: por el primero la censura que controvierte la fuente del indicio o hecho indicador -hecho que se da por demostrado- está dirigida a refutar tal prueba y dicho propósito puede intentarse bien por errores de derecho o de hecho en cualquiera de sus modalidades: por falsos juicios de legalidad o de convicción en el primero y en tratándose de pruebas tarifadas y por falsos juicios de existencia o de identidad, en el segundo; por otro, si lo que se cuestiona es la inferencia lógica directamente, esto es, el indicio como tal, el sustento del ataque debe serlo por errores de hecho originados en un falso juicio de identidad, siendo menester que se demuestre el yerro en que habría incurrido el fallador al elaborar su conclusión lógica.

"Y si los errores de técnica que se evidencian resultan de por sí criterio suficiente para que se deba desvirtuar el cargo que se hace a la sentencia, el aspecto sustancial sobre el cual sienta sus bases el mismo tampoco le concede razón alguna al libelista.

"Supone el demandante, contra lo que se constata de la simple lectura del fallo atacado, que José René Beltrán Hernández fue condenado sobre la exclusiva base de pruebas indiciarias, cuando bien se sabe que los testimonios de los señores Tte. Roberto Salcedo Moros, My. Ego. Fabio Viveros Llanos, José Daniel Barajas, José Augusto Márquez Niño, Edgar Publio Roa Prieto y Rebeca Cervantes, motivaron especialmente la certidumbre en punto de su responsabilidad penal, en la sentencia que le fuera adversa.

"Se impone, en consecuencia, para esta Delegada sugerir a la H. Sala de Casación Penal, desechar el cargo formulado al fallo de segunda instancia y por tanto, no casar el mismo".

Consideraciones de la Sala

Como bien lo destaca el Agente del Ministerio Público son evidentes los yerros de técnica en que incurre el censor, porque finalmente lo que pretende es imponer su personal criterio interpretativo en relación con un determinado medio

de convicción, el indicio, sobre la valoración que en su momento le dieron al mismo los sentenciadores en las instancias.

Pero la deficiencia metodológica del demandante adquiere mayor decisión cuando desconoce la realidad legislativa que existe en nuestro país relacionada con la técnica adoptada en materia de medios de prueba; porque es claro que en las dos últimas codificaciones procesales se proscribieron las formas más claras de tarifa probatoria y nos enrumbamos por la moderna concepción imperante de la apreciación racional de las pruebas, en vista de que la historia judicial universal ha demostrado la irrealidad y la injusticia que comporta el primer sistema, dado a que el legislador, de manera apriorística, general y abstracta, en veces, asigna un determinado valor a los medios de convicción, especificando que se trata de plena prueba, semiplena, o en otras descartándolo, en situaciones que riñen con la realidad. Para citar algunos casos de frecuente ocurrencia a nivel universal, en este tipo de legislaciones recuérdese que testimonios como los del demente o del menor, no tienen validez probatoria, a pesar de que debe aceptarse que ameritan toda la reserva interpretativa del juez; lo que no quiere decir que el demente o el niño no puedan hacer afirmaciones que correspondan con la realidad histórica, como en muchas ocasiones se ha demostrado en los estrados judiciales; sin embargo, dentro del sistema tarifario el legislador descarta la apreciación de pruebas en caso como los que se citan o en otros similares.

El segundo método se fundamenta en la preparación de una judicatura responsable, ponderada en sus decisiones, a la que se le otorga una discrecionalidad racional para que aprecie las pruebas en cada caso particular y, de acuerdo a las circunstancias y a su concordancia con todo el acervo probatorio, le dé a cada prueba el valor que considere adecuado dentro de su apreciación racional.

Es evidente que este último sistema es mucho más realista y lleva a la posibilidad de una justicia más justa, si es que la expresión puede llegar a ser empleada; porque se reconoce discrecionalidad a la judicatura para la apreciación probatoria, sin que ella, como es apenas lógico, sea ilimitada; por el contrario siempre deberá estar dentro del marco de la ley. Por lo demás, la expresión "apreciación racional", condensa el concepto de libertad que tiene el juez para otorgar un determinado valor probatorio a cada elemento de convicción, teniendo en cuenta los factores inherentes a la producción de la prueba, y el sentido lógico del acaecer natural; pero ello dentro del contexto general de todo el acervo probatorio.

El Tribunal Supremo de Alemania al referirse a la libre convicción judicial dio una idea bastante certera de ella cuando afirmó: "Debido a lo limitado de los medios de cognición, nadie puede saber con certeza absoluta que algún hecho haya ocurrido efectivamente (ni siquiera habiéndolo presenciado directamente). Siempre cabe imaginar posibilidades abstractas de que las cosas hayan sucedido de otro modo. Quien tenga conciencia de las limitaciones puestas al conocimiento

humano, no supondrá nunca que su convencimiento de que un hecho ha ocurrido está al amparo de toda duda, y que un error es absolutamente imposible. En la vida práctica vale, pues, como verdad el alto grado de verosimilitud que se obtiene aplicando los medios de cognición disponibles de una manera en lo posible exhaustiva y concienzuda, y si el que conoce tiene conciencia de que existe esa alta verosimilitud así determinada, ello equivale a estar convencido de la verdad". ("Libre apreciación de la prueba", Gerhard Walter).

El censor en una postura perfectamente equivocada, se reitera, desconoce la realidad legislativa nacional que ha impuesto la apreciación racional y ha desechado la tarifa legal; el desatino surge evidente de algunas de las afirmaciones que hace para criticar la posición probatoria adoptada por los juzgadores en cuanto a la prueba de indicios cuando sostiene: "La misma ley procesal penal establece una tarifa legal que le fija al juzgador indicándole que un indicio grave puede dar fundamento a una medida de aseguramiento, con dos o mas indicios con naturaleza de graves puede el funcionario dictar resolución de acusación. Para condenar le exige, se ha dicho por doctrinantes interpretando los artículos 414 y 470 del Código de procedimiento penal que se requieren al menos tres indicios graves que conduzcan a la certeza de la responsabilidad del justiciable".

Más adelante agrega que: "Con el solo indicio de presencia el juez colegiado, de segundo grado *obtuvo la certeza violando claros dictados legales*"; y concluye: "*Quebrantó la ley sustancial con el error de interpretación al asignarle el indicio de presencia un valor probatorio incriminatorio que no tiene*".

En lo que denomina la recapitulación el actor termina afirmando que se incurrió por el sentenciador en una violación indirecta de la ley: "al apreciar equivocadamente la prueba de responsabilidad del procesado, porque a la prueba semiplena le dió el valor de plena o conducente a la certeza de responsabilidad del acusado René Beltrán Hernández...".

Es manifiesto el equivocado camino escogido por el censor en su crítica, porque basta analizar la normatividad procesal relacionada con los medios probatorios para que sea el legislador quien nos conceda la razón; es así como en el artículo en que establece los requisitos para dictar sentencia condenatoria, exige la presencia en el proceso de "*prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado*". En el precepto en donde se hace una enumeración no taxativa de los medios de prueba; se indica que: "Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas, *siguiendo las normas de la sana crítica*". Con respecto a la apreciación probatoria, la codificación procesal establece: "*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica*", e impone al juez el deber de exponer "razonadamente el mérito que le asigne cada prueba". Ya en referencia concreta a los indicios y a su apreciación ordena: "El funcionario apreciará los indicios en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los medios de prueba que obren en la actuación procesal". (Subraya la Sala).

Por otra parte, no corresponde a la realidad legislativa la afirmación que hace el recurrente cuando refiriéndose a los indicios asegura que la norma exige un indicio para sustentar una medida de aseguramiento. Si se confronta la norma que establece los requisitos formales de este tipo de decisiones en lo pertinente a las exigencias probatorias, se observa que deben contener: "Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado, como autor o partícipe". En lo que atañe con la resolución de acusación, desde la perspectiva probatoria, la normatividad impone como requisitos formales: "La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación".

No son entonces correctas las apreciaciones formuladas por el censor en la crítica probatoria, porque como se ha sostenido en innumerables ocasiones por la Corporación y una vez más se ha demostrado en esta decisión en casos como este, no es factible pretender se reconozca la existencia de un error de derecho por haberse dado a los medios de convicción un valor diverso al establecido en la ley, porque como se ha visto, esta no le asigna ninguno y todo queda dentro de la libre apreciación probatoria que el legislador quiso otorgarle al juzgador.

Pero no son esos los únicos defectos técnicos que se evidencian en el libelo analizado, pues también se advierte que se limitó a atacar los indicios como si esa hubiese sido la única prueba tenida en cuenta por los sentenciadores para llegar al juicio de responsabilidad, cuando basta analizar el proceso y de manera concreta la sentencia para evidenciar que fueron analizados otros medios de convicción, que al no ser atacados por el demandante hacen igualmente imprόspera la demanda, pues de manera reiterada ha sostenido la Corte, que cuando se demanda la sentencia con fundamento en la segunda parte de la causal primera, han de atacarse todos los medios de convicción que por ser relevantes sirven de fundamento a la decisión impugnada.

Entre otros medios probatorios tenidos en cuenta por sentenciadores para fundamentar la decisión que ahora es motivo de impugnación, se cuentan los siguientes: los testimonios del Tte. Roberto Salcedo Moros, My. Ego Fabio Viveros Llanos, José Daniel Barajas, José Augusto Márquez Niño, Edgar Publio Roa Prieto, Rebeca Cervantes y Polanía González.

Como una simple demostración de lo que aquí se afirma se transcribirán algunos apartes de las sentencias de primera y segunda instancia que avalan los fundamentos expuestos para censurar la impropiedad técnica del libelo. Es así como en la Primera instancia con base en el testimonio de Edgar Publio Roa se sostiene: "Por otra parte, preciso es también aclarar que según el testimonio del jefe de seguridad de Frontier de Colombia para la época de los hechos, Edgar Publio Roa Prieto, en las horas de la tarde José René en compañía de otras personas llegó a la empresa de carga con los guacales donde momento seguido en revisión acostumbrada se incautó el estupefaciente. La actuación de José René, antes referida riñe con sus funciones dentro de la empresa, toda vez que José Daniel

Barajas, tramitador de documentos en Frontier de Colombia, dice que dentro de las funciones como tales, está de que el tramitador tenga contacto con la movilización o traslado de la mercancía hasta la empresa de carga, tampoco las gestiones con la persona responsable del envío se hace telefónicamente. Como se deduce entonces José René, no solo llegó con la mercancía hasta la empresa de carga como lo dice Roa Prieto, sino que hizo gestiones en forma telefónica". "Del recuento de las situaciones anómalas tomadas de la realidad procesal en las que incurrió el tramitador José René, para el supuesto envío del menaje, se llega a la inequívoca conclusión de que sabía que el contenido de dichos guacales, era el no despreciable cargamento de cocaína....".

Se dice en el mismo proveído: "Y para ahondar más en razones respecto de la participación ilícita de José René en el caso de autos, basta con leer la declaración de Márquez Niño, cuando dice que René afirmó se trataba de un mensaje diplomático, otras veces decía que de un marinero; así mismo que escuchó cuando José René telefónicamente hablaba con la jefe de reservas de Frontier y parienta de aquel Gloria Cáceres y le decía que: "...lo del C. P. U. si viajaba y lo otro también, no sabiendo él, que era lo otro....".

Por otra parte en la decisión de segunda instancia se encuentran afirmaciones de la siguiente naturaleza: "Así que, en síntesis, lo referido por el precitado encartado, se contrapone a las versiones de quienes conocen y saben de los trámites para sacar mercancías del país, tal como así se infiere y se deduce de lo expuesto por Edgardo Pulido Roa Prieto (f 70), José Augusto Márquez Niño (f 74 cdo 2 y 186 cdo 1) y José Daniel Barajas (f 140 cdo 2)".

"En efecto, el primero de los nombrados afirma que para la fecha de los autos, en su calidad de Jefe de Operaciones de Frontier, estuvo supervigilando todas las mercancías que llegaron para la exportación, sitio donde se encontraban el Cabo de la policía Maclovio González y el agente López Rojas, cuando en las horas de la tarde el acusado Beltrán Hernández "en compañía de varias personas" ingresó al lugar con dos guacales de madera, los que al ser revisados advirtieron que eran sospechosos por su peso y tamaño, solicitando de inmediato la presencia del Jefe del aeropuerto y cuando se iba a realizar la segunda revisión observó que el acriminado "en forma rápida abandonó la bodega y diciendo que se iba para el sanitario...".

En definitiva, en ambas sentencias se hacen similares referencias a otros medios de prueba que como se evidencia no fueron objeto de ataque por parte del censor y como ellas son trascendentes y sirven de fundamento al fallo impugnado, tal como lo solicita el Delegado de la Procuraduría la censura debe rechazarse.

El defensor del absuelto Alfonso Cordero Palacios solicita se ordene al Juez Regional del conocimiento para que haga efectiva la entrega de un millón de pesos

que le había sido decomisado y cuya devolución se ordenó por parte del Tribunal de Orden Público como consecuencia de la revocatoria de la sentencia condenatoria, y a ello se accederá.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

ORDENAR al Juez Regional del conocimiento para que cumpla con la orden de entrega del dinero decomisado al absuelto Alfonso Cordero, tal como fue decidido por el Tribunal de Orden Público.

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

ERROR DE HECHO \ FALSO JUICIO DE EXISTENCIA \ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

El error de hecho por falso juicio de existencia se presenta cuando se desconoce un hecho en relación con el cual obra en el proceso la prueba que lo demuestra, o cuando sin existir ésta el hecho se da por comprobado. En cambio en la hipótesis del error de hecho por falso juicio de identidad, la prueba existe en el proceso y fue debidamente aportada al mismo, pero el juzgador tergiversa su contenido objetivo, dándole un alcance que no tiene o desconociendo el que objetivamente le corresponde.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7307. Casación

Contra: Alberto Vargas Alvarez

Aprobado acta No. 141

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*

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

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Alberto Vargas Alvarez contra la sentencia proferida el 22 de noviembre de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja confirmó el fallo del Juzgado Séptimo Superior de dicha ciudad, que condenó al procesado a la pena principal de once (11) años de prisión, más las accesorias de rigor, al declararlo responsable del homicidio de Marco Abelio Velasco Pineda.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos que dieron origen a la formación de este proceso, fueron narrados así por el Tribunal:

"En comprensión Municipal de Ciénaga, Vereda de Conchudo, tenía su residencia el matrimonio conformado por Marco Abelio Velasco Pineda, Celmira Arias Jiménez y su menor hijo de dos años. El día 9 de mayo del año próximo pasado, Alberto Vargas Alvarez, quien tenía relaciones amorosas con Celmira Arias Jiménez, se hizo presente en la casa de los padres de ésta, señores Miguel Arias Borda y Elvia María Jiménez de Arias, distante a más o menos 45 metros de la residencia de aquella, con el propósito de ver el desarrollo de un programa de televisión. Se tomó unos aguardientes he hizo manifestaciones a los integrantes de esa familia en el sentido de que esa noche tenía que matar o hacerse matar, por unos problemas originados en celos del esposo de su amante, señor Marco Abelio Velasco Pineda.

"Como en la casa de Miguel Angel Arias Borda y señora, se encontraba el hijo del matrimonio Velasco Arias, el hoy occiso Marco Abelio fue a recogerlo para llevarlo a su casa y, en ese momento, rápidamente salió del lugar Alberto Vargas Alvarez. Transcurren aproximadamente unos tres minutos hasta cuando Marco Abelio Velasco Pineda se dirige a su residencia, sin llevar al niño, pues se encontraba dormido y a los cinco minutos escuchan gritos de Celmira Arias Jiménez hacia su hermano Miguel Angel Arias, preguntando el motivo por el cual su esposo había llegado herido y sangrante. La familia de Celmira Arias se dirige a esa residencia y ven el cadáver de Marco Abelio Velasco Pineda en el suelo y a muy poca distancia de la puerta de acceso al cuarto de ese matrimonio. Alberto Vargas Alvarez cambia súbitamente el lugar habitual de su residencia y a él le son formulados cargos en la correspondiente resolución acusatoria, por estimársele autor material del homicidio y a Celmira Arias Jiménez como cómplice del mismo hecho punible".

La investigación fue asumida inicialmente por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ciénaga (fls. 11), que luego de practicar algunas diligencias envió el proceso al Juzgado 18 de Instrucción Criminal, con sede en Ramiriquí, el cual escuchó en declaración indagatoria a Alberto Vargas Alvarez (fls. 69 y ss) y a María Celmira Arias Jiménez (fls.145 y ss), contra quienes dispuso, como medida de aseguramiento, su detención preventiva (fls. 79 y 156). Perfeccionada la investigación y ordenado su cierre, este mismo Juzgado profirió resolución de acusación contra los dos procesados por el delito de homicidio, teniendo a Vargas Alvarez como autor del ilícito y a María Celmira Arias Jiménez como cómplice del mismo, con la advertencia de que en relación con esta última "el delito de homicidio resulta agravado en este caso especialísimo por concurrir la circunstancia contemplada en el numeral 1o. del artículo 324 del C.P. porque el hecho se cometió contra la persona del cónyuge".

Por reparto correspondió al Juzgado Séptimo Superior de Tunja la tramitación de la causa, la cual terminó, en la primera instancia, con la sentencia dictada contra Vargas Alvarez, a quien y en armonía con la resolución de acusación, se le declaró responsable del homicidio imputado y se le impuso la pena principal de once (11) años de prisión, mas las accesorias de rigor, condenándosele además a pagar a los herederos del occiso "el equivalente en moneda nacional a 50 gramos oro como daños materiales y el equivalente en moneda nacional a 20 gramos oro como daños morales" (fls.368 y ss).

Inconforme el defensor con el anterior proveído, apeló del mismo, pero el Tribunal le impartió integral confirmación, mediante fallo objeto del recurso extraordinario de casación que ahora resuelve la Sala.

II. La demanda

Con fundamento en la causal primera de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (artículo 15 del Decreto 1861 de 1989) vigente para cuando se presentó la demanda, el actor formula tres cargos contra la sentencia impugnada, todos ellos por la vía de la violación indirecta.

Cargo primero:

Lo enuncia así el casacionista: "Acuso la sentencia de ser violatoria en forma indirecta de varias normas de derecho sustancial que generó error de hecho por falso juicio de existencia por tergiversación de varias pruebas obrantes en el expediente".

Luego de citar las normas de procedimiento que considera violadas en "forma indirecta" y de hacer referencia a los indicios de responsabilidad que sirvieron de fundamento a la condena, el actor concreta su ataque, en los siguientes términos:

"En este cargo me refiero al indicio citado en segundo término denominado en la sentencia 'Móvil de Manifestaciones anteriores a la consumación del Hecho', en relación con este indicio el Tribunal afirma: 'Este hecho indicado también aparece probado para Alberto Alvarez, pues esa misma noche en la residencia de los padres de María Celmira Arias Jiménez dice encontrarse sumamente molesto por los reclamos que Marco Abelio Velasco Pineda le había formulado por la relación amorosa existente'.

"Dijo que incluso esa noche uno de los dos tenía que morir; estar dispuesto a ir hasta la residencia de Marco Abelio Velasco Pineda y formularle los reclamos pertinentes y que si era del caso, entregar cuenta 'A Dios'.

"El Tribunal da por sentado un hecho indicador de responsabilidad (que hizo tales manifestaciones) con base en las declaraciones de Miguel Angel Arias Borda, Elvia María Jiménez de Arias, Miguel Angel Arias Jiménez, tal como se advierte

de lo dicho del Tribunal a folios 7 de la sentencia impugnada en donde expresamente afirma: 'De estas declaraciones se desprende que Alberto Vargas Alvarez hizo manifestaciones en el sentido de que ese día tenía que morir él o Marco Abelio Velasco...'.

"Sin embargo, como la Honorable Corte lo puede verificar de los testimonios de las personas mencionadas no se puede entender plenamente probado el indicio de manifestaciones anteriores puesto que, unicamente Elvia María Jiménez de Arias declara haber escuchado a Alberto Vargas Alvarez hacer ese tipo de afirmaciones, de lo cual se desprende que el Tribunal tergiversó las declaraciones de Miguel Angel Arias Jiménez y de Miguel Angel Arias Borda, lo cual constituye un error de hecho por violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia por tergiversación".

Cargo segundo:

Considera el libelista que el Tribunal, al tener como indicio de responsabilidad contra el procesado su "huída del lugar habitual de su residencia, sin justificación", "supuso la existencia de pruebas que demostraran que la ausencia de mi representado de la población de Ciénaga fue injustificada y por vía de tal error tuvo el hecho como plenamente demostrado".

Para fundamentar este cargo, afirma el recurrente:

"No dice el Tribunal con base en qué prueba da por plenamente demostrado que Alberto Vargas Alvarez se ausentó injustificadamente de la población mencionando únicamente que el procesado dijo haber desconocido la muerte de Velasco Pineda y haber realizado diligencias tendientes a obtener en Tunja la libreta militar y de haber servido como padrino de bautismo en Bogotá y que fue capturado casi un mes después cuando se presentó en la población de Ciénaga.

"Es evidente que el hecho de haber huído injustificadamente sería un hecho indicador de responsabilidad pero para que pueda servir para la conformación de un indicio, debe estar plenamente demostrado no solamente que Vargas Alvarez se ausentó de Ciénaga sino que lo hizo injustificadamente. Mi representado hizó (sic) las manifestaciones que el Tribunal consignó en su providencia en el sentido de haber tenido que viajar a las ciudades de Tunja y Bogotá a desarrollar ciertas actividades las cuales en efecto se llevaron a cabo o por lo menos durante la investigación no se demostró que no se hubieran realizado, ni siquiera se desplegó actividad probatoria alguna tendiente a constatar tales situaciones, además, resulta infundado suponer que Vargas Alvarez sea tan cándido como para regresar voluntariamente a Ciénaga para adelantar una cuestión menor en el Juzgado de la población si supiera que lo podían estar buscando por haber dado muerte a una persona de tal suerte, que el hecho del regreso más bien está demostrando que es cierto que se marchó de la población pero que lo hizo de manera justificada a tal grado que llegó tranquilamente cuando tuvo necesidad de hacerlo estando aún muy reciente el homicidio de Velasco Pineda".

Cargo tercero:

Lo hace consistir el actor en que para tener demostrados los indicios que sirvieron al Tribunal para condenar al procesado, se les dio a los testimonios de Miguel Angel Arias Borda, Elvia María Jiménez de Arias y Miguel Arias Jiménez, una credibilidad que no merecían:

"El Tribunal dió plena credibilidad a los testigos antes mencionados -sostiene el libelista- desatendiendo el hecho de la prevención que existía no solamente contra Alberto Vargas Alvarez sino pasando por alto, lo cual constituye la esencia de este cargo, un factor evidente de ilegalidad en la producción de dichas pruebas puesto que no se indicó en el texto de las actas en que se consignan esos testimonios las condiciones y circunstancias conducentes para apreciar la credibilidad de cada uno de esos testigos, lo cual en el caso de la declaración de Miguel Angel Arias Borda era imprescindible teniendo en cuenta las propias afirmaciones de su hija la también procesada Celmira Arias, destacando la poca solvencia ética y moral de su padre.

"Con relación a este testigo vale la pena anotar que él mismo fue acusado como posible autor del homicidio, luego entonces no se ve, cómo podía el Tribunal dar credibilidad a ese testigo sin el lleno de los requisitos legales que la ley (art. 295 del C. de P.P.) dispone".

Consecuente con sus planteamientos, el recurrente pide a la Corte que case la sentencia impugnada.

III. Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte

1.- *Principia el Procurador Segundo Delegado en lo Penal por advertir que "infortunadamente para las aspiraciones del censor, la sustentación de los tres cargos endilgados a la sentencia de segunda instancia por vía de la causal primera, cuerpo segundo es defectuosa, pues el ataque por error de hecho (dos primeros cargos) y de derecho (último) se torna incompleto al omitir cualquier consideración sobre los preceptos sustanciales quebrantados a través de dicho desconocimiento", pues las normas que cita como quebrantadas son "disposiciones de contenido eminentemente procedimental".*

No obstante lo anterior, la Delegada entra a estudiar los cargos formulados los cuales le merecen las siguientes glosas:

"No es clara y definida la posición del actor en punto de cómo deben ser vistas las afirmaciones testimoniales de Miguel Angel Arias Borda, Elvia María Jiménez de Arias y Miguel Angel Arias Jiménez.

"Confusamente, olude estructurado en el primer cargo *un error de hecho 'por falso juicio de existencia por tergiversación' de estos medios de convicción. La sola enunciación es francamente contradictoria, pues si el sentenciador pasó por alto el análisis de dichas pruebas presentes materialmente en el expediente -falso juicio de existencia-, ilógico es afirmar en el mismo cargo y con relación a la misma prueba que el yerro consistió en haberse alterado o distorsionado su contenido real u objetivo.*

"Y más contradictoria es la sustentación de la tercera censura. *El libelista nuevamente se vale de estas declaraciones para combatir la prueba indirecta de responsabilidad afirmada por el Tribunal. Las descalifica porque en su sentir no se cumplieron los ritos procesales de legalidad en la producción, incurriendo por ende el fallador, dice el impugnante, en error de derecho por falso juicio de legalidad al haberse otorgado credibilidad a esos testimonios y con los cuales se sostiene la prueba indiciaria.*

"A la vista entonces la formulación simultánea de las dos modalidades de error sobre el mismo medio de convicción (hecho y de derecho); planteamiento imposible de conciliar y que de entrada inhibiría a la Corte la posibilidad de responder adecuadamente a las pretensiones del impugnante, pues es evidente que no puede saberse cuál el verdadero sentido del reproche.

"Es que, si en el primer cargo *se aduce falso juicio de existencia, se entendería en principio que el sentenciador omitió analizar en todo su contexto material las referidas versiones; pero es el mismo demandante el encargado de descartar esta posibilidad al afirmar en el* tercer cargo *que el error estuvo en haberse otorgado 'plena credibilidad a los testigos antes mencionados'.*

"De igual manera, si de la primera censura se admitiera que el yerro es únicamente por falso juicio de identidad por tergiversación; nuevamente nos encontraríamos ante otra imposibilidad al mostrar el censor su inconformidad con el grado de credibilidad con que fueron valoradas las afirmaciones de los deponentes, juicio con el que no otra cosa está haciendo más que admitir el cabal entendimiento del juzgador en el análisis objetivo de esa prueba, solo que les otorgó por defecto o por exceso el valor legal que les correspondía. Y, por descontada esta última eventualidad: la no regulación tarifaria de apreciación probatoria.

"Pero además, considerando este cargo en su independencia, la contradicción interna que él envuelve tampoco se deja esperar. Se entremezclan los falsos juicios de legalidad y convicción. Es que, si en el entendimiento del impugnante y de acuerdo a su juicio valorativo, las afirmaciones de los familiares de la esposa de la víctima no merecen credibilidad, síguese ineludible que a esos testimonios ningún viso de ilegalidad los afecta. Desconoce el censor que un medio de convicción allegado al proceso sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley como él lo advera en principio, no tiene la capacidad jurídica para producir convicción alguna como sí resultó al final reclamándola.

"En la insularidad por ende quedaría el segundo reparo, pues permaneciendo los demás indicios colegiados por el ad-quem, ninguna incidencia tendría la circunstancia de haberse agregado 'la huída' del lugar habitual de residencia sin justificación (otro indicio), máxime si los argumentos con que se pretende desquiciar éste, no son más que personales puntos de vista del demandante".

Consecuente con sus argumentaciones, la Delegada finaliza su concepto pidiendo a la Corte "no casar el fallo".

2.- La Corte está en un todo de acuerdo con las críticas que la Delegada formula a la demanda.

Es cierto, realmente, que el actor en ninguna parte de su demanda dice cuál fue la norma sustancial que indirectamente se quebrantó con el fallo impugnado, ni cuál fue el sentido de esa violación, aunque como lo destaca la Delegada, del contesto del libelo se desprende que lo fue, por aplicación indebida, el artículo 323 del Código Penal.

En relación con el primer cargo, tiene también razón la Delegada cuando sostiene que en la sola enunciación del mismo incurre el censor en una gravísima contradicción.

En efecto. Según el texto de la demanda, en este primer caso se acusa la sentencia "por ser violatoria en forma indirecta de varias normas de derecho sustancial que generó error de hecho por falso juicio de existencia por tergiversación de varias pruebas obrantes en el expediente" *(subrayas de la Sala).*

El error de hecho por falso juicio de existencia se presenta cuando se desconoce un hecho en relación con el cual obra en el proceso la prueba que lo demuestra, o cuando sin existir ésta, el hecho se da por comprobado. En cambio, en la hipótesis del error de hecho por falso juicio de identidad, la prueba existe en el proceso y fue debidamente aportada al mismo, pero el juzgador tergiversa su contenido objetivo, dándole un alcance que no tiene o desconociendo el que objetivamente le corresponde.

De lo que acaba de expresarse se deduce con claridad, que no es posible sostener en relación con una misma prueba que el juzgador lo supuso porque no existía materialmente en el proceso, o la desconoció existiendo en la realidad (falso juicio de existencia), y al mismo tiempo argumentar que el contenido de esa prueba, supuesta o desconocida por el juzgador, fue tergiversada en su contenido objetivo (falso juicio de identidad). Para que este último tipo de error se presente, es indispensable que la prueba realmente exista y que el fallador no la hubiera desconocido, ya que sólo así se puede predicar su posible tergiversación.

Dígase por último y respecto de este primer cargo, que el actor termina admitiendo que la supuesta tergiversación de la prueba únicamente se presenta en

relación con los testimonios de Miguel Angel Arias Jiménez y Miguel Angel Arias Borda, mas no con el de Elvia María Jiménez de Arias, que según el demandante, sí "declara haber escuchado a Alberto Vargas Alvarez hacer ese tipo de afirmaciones".

Para tratar de restarle cualquier valor al último testimonio citado, el recurrente se aparta del cargo contradictoriamente planteado para sostener algo que podría catalogarse como un posible error de derecho, por falso juicio de convicción. Así se desprende de sus propias palabras:

"Salta a la vista que al no estar plenamente probado que Alberto Vargas Alvarez hizo las afirmaciones que se le atribuyen, y no puede estar plenamente probado solamente con la declaración de un testigo, tal hecho indicador (pretendido por el Tribunal) no existe en la vida jurídica y no sirve por lo tanto para estructurar con base en él un indicio de responsabilidad".

El desconocimiento de la técnica de este extraordinario recurso de casación es, pues, manifiesto por parte del libelista, y todas las falencias anotadas hacen que este primer reproche no prospere.

En relación con el tercer cargo (en último lugar se analizará lo concerniente al segundo) tiene también razón la Delegada cuando destaca su interna contradicción, al esgrimirse respecto de una misma prueba, un doble error de derecho, por falso juicio de legalidad y por falso juicio de convicción. Si se incurrió en el primero, bien porque se le dio valor a una prueba ilegalmente producida o se le desconoció éste a una que sí fue aportada con el lleno de los requisitos exigidos, es obvio que no se puede, simultáneamente y en relación con el mismo medio de prueba, plantear un falso juicio de convicción por parte del juzgador, toda vez que éste supone, necesariamente la legalidad de la probanza.

En esta referida contradicción incurre el actor en este tercer cargo, al afirmar que "el Tribunal dió plena credibilidad a los testigos antes mencionados no solamente desatendiendo el hecho de la prevención que existía contra Alberto Vargas Alvarez sino pasando por alto, lo cual constituye la esencia de este cargo, un factor evidente de ilegalidad en la producción de dichas pruebas..." (subrayas de la Corte).

La contradicción en comento se advierte diáfana en este otro aparte de la demanda: "Con relación a este testigo (el actor hace referencia a Celmira Arias) vale la pena anotar que él mismo fue acusado como posible autor del homicidio. luego entonces no se ve, como podía el Tribunal darle credibilidad a este testigo sin el lleno de los requisitos legales...".

¿Es ilegal la prueba (falso juicio de legalidad)? ¿O es legal y el Tribunal incurrió en un falso juicio de convicción al darle una credibilidad que no merecía? La demanda no permite responder satisfactoriamente este interrogante y la Corte no puede, de oficio, entrar a resolverlo, lo cual conduce a que este reproche también sea desechado.

El segundo cargo que sí estuvo técnicamente bien formulado, quedaría como único en la demanda, pero no tiene la trascendencia suficiente para determinar que la sentencia impugnada se case, porque como atinadamente lo observa la Delegada, "permaneciendo los demás indicios colegiados por el ad-quem, ninguna incidencia tendría la circunstancia de haberse agregado 'la huída' del lugar habitual de residencia sin justificación (otro indicio), máxime si los argumentos con que se pretende desquiciar éste, no son más que personales puntos de vista del demandante".

Como consecuencia de todo lo expuesto, la sentencia impugnada no se casará.

Por lo que se deja dicho, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y 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

NULIDAD \ DEMANDA DE CASACION \ FAVORABILIDAD

Para que un cargo por nulidad pueda prosperar es necesario que se precise la clase de nulidad invocada, la fundamentación que según la irregularidad que se pretende demostrar le corresponde, y su trascendencia. Si se presentan varios reproches al amparo de la misma causal, estas deben ir en capítulos separados.

El principio de favorabilidad se aplica cuando hay sucesión de leyes en el tiempo, no para establecer cuál en la denominación jurídica correcta

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6183

Contra: Fabio González

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 142

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

VISTOS

Fabio León González Hernández fue condenado por el Tribunal Superior de Orden Público a la pena de diez (10) años de prisión y multa de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, como responsable de violación al artículo 13 del Decreto 180 de 1988, confirmando así la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero de Orden Público de Medellín.

Contra esa decisión, su defensor interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se resuelve.

I. Hechos y actuación procesal

Agentes del Departamento de Policía Metropolitana, Distrito No. 4 Envigado, Estación Itagüí, el 8 de septiembre de 1989 practicaron un allanamiento en la carrera 49 No. 70-25 del Municipio de Itagüí, y allí capturaron al sujeto Fabio León González, sindicado de colocar explosivos, en cuyo poder encontraron un proveedor para la pistola 9 mm, veintitrés (23) cartuchos de diferentes calibres para arma de uso privativo de las fuerzas armadas, siete recortes del periódico el Colombiano con fotografías de Carlos Ledher Rivas tomadas en el momento de su captura y antes de ser enviado a los Estados Unidos, en una de las cuales aparece el aquí procesado, una libreta de ahorros, una chequera y numerosas herramientas.

El Juzgado Primero de Orden Público de Medellín adelantó la investigación, oyó en indagatoria al capturado y a un hermano suyo de nombre Juan Carlos, quien rindió inicialmente una declaración en la cual manifestó que cuando él estaba prestando el servicio militar en 1982, le regaló la munición a Fabio León para colección.

La situación jurídica fue resuelta con auto de detención para Fabio León González. Respecto a su hermano el Juzgado se abstuvo de dictar medida de aseguramiento, por considerar que la acción penal por conducta realizada por éste se hallaba prescrita, ya que no era posible aplicarle el Decreto 180 de 1988.

El Tribunal Superior de Orden Público, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del implicado, confirmó la decisión del Juzgado mediante proveído de diciembre 19 de 1989.

El a-quo negó la práctica de una inspección judicial solicitada por el representante judicial de Fabio León, por considerarla inconducente, ya que ella apuntaba simplemente a que se verificara en la habitación allanada la existencia de los clavos donde estaban colgadas las municiones. Aproximadamente un mes después, el abogado insistió en que se decretara la prueba negada junto con el testimonio de los Policías que efectuaron el decomiso, pero el Juzgado mantuvo su negativa en cuanto a la inspección judicial y ordenó recepcionar las declaraciones.

En ese momento procesal se produjo el cambio de defensor y el nuevo profesional aportó una foto de una colección de llaveros con constancia del Notario Unico del Círculo de Itagüí, en el sentido de que había sido tomada en una de las alcobas de la casa situada en la carrera 49 No. 79-25 de ese Municipio. En escrito anexo solicita que la fotografía sea tenida como prueba, y que se tomen los mecanismos correctivos para garantizar la comparecencia al proceso de los "militares" renuentes.

Luego de recibir otros testimonios el Despacho corrió traslado a las partes para alegar, oportunidad que el Ministerio Público aprovechó para hacer la siguiente petición:

"Sería del caso entrar al pronunciamiento de fondo que corresponde a esta fiscalía sinembargo se observa que el auto de enero 16 del año en curso, el Despacho deniega la solicitud que hizo el Defensor del procesado, relacionada con una diligencia de inspección judicial en la residencia donde se efectuó el allanamiento, solicitud que negó el Despacho, se repite, considerando inconducente la prueba. Sinembargo aceptó los testimonios de los policiales que intervinieron, y atendiendo la solicitud del Defensor. Se observa que, con posterioridad al pronunciamiento referido, no se hizo absolutamente nada por cumplir lo ordenado en el auto, es decir, no se evacuaron las citas correspondientes y mucho menos se insistió llegando hasta el punto ya dicho anteriormente, en el sentido de comunicar a los Superiores del Oficial citado, su renuencia en acatar las órdenes de los Jueces, razón por la cual este Despacho considera debe decretarse nulidad del auto de marzo 14 del año en curso, mediante el cual se declaró perfeccionada la investigación y proceder a evacuar las pruebas legalmente decretadas, pues, en estas circunstancias, ve difícilmente y menos puede hablarse de ello, que se hubiera perfeccionado a cabalidad la investigación".

Atendiendo lo manifestado por el Fiscal, la Juez declaró "sin valor", el auto de cierre de investigación y dispuso la práctica de las pruebas solicitadas, lo cual no fue posible debido al traslado del oficial Fernando Jiménez Castañeda al Departamento de Policía Caquetá.

En el nuevo traslado para alegar, el Ministerio Público solicitó la absolución de Juan Carlos González y la condena de su hermano Fabio León oponiéndose en esto a la petición de absolución de su defensor.

El Juzgado absolvió a Juan Carlos y condenó a Fabio León a diez (10) años de prisión y multa de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, como responsable de haber violado el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, por conservar cartuchos de uso exclusivo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional. También le impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad.

Como ya se dijo, el Tribunal Superior de Orden Público confirmó la sentencia y contra ella la defensora últimamente nombrada interpuso el recurso de casación.

II. La demanda

Al amparo de la causal tercera de casación la libelista formula un cargo en los siguientes términos:

"La sentencia acusada se profició (sic) en un juicio viciado de nulidad, derivado de grandes irregularidades que afectan en forma ostensible elementales

derechos de defensa, expulsando a las tinieblas exteriores a quien ni siquiera se le podía dictar medida de aseguramiento por inexistencia de la prueba sobre aspectos básicos de responsabilidad.

"Sobre *falsa motivación* se edificó primero el auto de detención que luego sirvió como soporte para la sentencia de condena. Como si lo anterior fuera poco el Tribunal de Orden Público, confirma lo que estaba viciado de nulidad, por violación al principio de la legalidad de los delitos y de las penas, pero fundamentalmente por violación al principio de favorabilidad".

Aduce que el fallo es nulo por falta de motivación y violación de los principios de legalidad y favorabilidad.

Luego de citar jurisprudencia y doctrina sobre el tema de las nulidades, se ocupa del desarrollo del reproche. Empieza afirmando que para que exista un delito es necesario que se haya realizado un comportamiento y que éste sea típico, de donde pasa a sostener que la acusación por falsa motivación de la sentencia estriba "...en el hecho de que en lugar de haber efectuado el análisis anterior, dió por existente el porte ilegal de municiones y de un proveedor, como hecho punible atribuible a Fabio León González Hernández, cuando en gracia de discusión apenas podía capitalizársele a su legítimo dueño o primer destinatario de nombre Juan Carlos González Hernández, como premio a este último -penalmente se le redimió de la contienda-, porque para utilizar una expresión gráfica del detenido ya había embarcado a Fabio León en los efectos de la conducta que aunque atípica el Juzgador, podría tomarla como punible".

A continuación se dedica al análisis del contenido que encierra el principio de legalidad, para concluir que el reexamen de la sentencia por parte de la Corte le permitiría llegar a las siguientes conclusiones.

"1.- No se avaluó (sic) la conducta de Fabio León González Hernández, ni mucho se ostentó la prueba de elementos del tipo; es decir, del famoso porte ilegal de municiones o armas de uso privativo de las Fuerzas Militares.

"2.- Sin evaluar la conducta se embarca a mi cliente en la pena y en la multa ya conocidas.

"En efecto:

"Para consumar los verdaderos efectos de la injusticia o del atropello, se olvidó que el delito de porte ilegal de armas o municiones de uso exclusivo de las Fuerzas Militares -bajo la dogmática vigente, examinando el verbo rector portar- núcleo del tipo penal- ha sido acuñado sobre la base de condenar preferentemente la conducta ejecutiva del autor del porte, estableciéndose así un límite entre la perfección y la tentativa del acto, la autoría o el simple encubrimiento de la misma".

Agrega que para la configuración de la acción típica no basta simplemente ser tenedor de los artefactos militares, sino que es necesario su disponibilidad material y efectiva con el ánimo de desestabilizar el régimen institucional o jurídico vigente al tiempo de dictarse el Decreto 180 de 1988. Lo definitivo no es únicamente el porte de armas o municiones, sino que el agente tenga intención de atentar contra el interés jurídico protegido.

Dice que su cliente no entregó las balas porque su conducta no estaba enmarcada en la ley, él estaba totalmente seguro de que esos implementos se habían desnaturalizado, ya que eran de diferente calibre y para su correcta utilización se requería esa misma cantidad de armas. Si la Policía hubiera pasado el informe completo sobre su procedencia, el Juez de Orden Público no hubiera cometido las primeras injusticias y se habría evaluado mejor la situación de Juan Carlos.

Finaliza el tratamiento de este punto aseverando que, "Como quiera que no fue tenida en cuenta la teoría de la causa, ostento dicha causal de nulidad para que mediante providencia que surta efectos de cosa juzgada, se case la sentencia tantas veces mencionada".

Bajo el subtítulo de "Violación al principio de la favorabilidad" comenta jurisprudencia y doctrina atinente al error en la denominación jurídica, para llegar a la conclusión de que cuando se deja de aplicar la ley instrumental más favorable al procesado tiene plena operancia el mecanismo de la nulidad, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución, en concordancia con la violación al debido proceso art. 305 num. 2o. C.P.P.

Si esto es así, dejar de aplicar una norma de contenido sustancial con mayor razón acarreará nulidad. De modo que haber aplicado el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 en lugar de los artículos 176 y 177 del Código Penal, lejos de consultar las reglas de la favorabilidad lo que produjo fue nulidad.

Después de un extenso capítulo de conclusiones impetra que se case la sentencia recurrida y se declare la nulidad a partir del fallo de primera instancia, remitiendo el expediente para que se proceda a una nueva calificación.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia con apoyo en las siguientes razones:

Reproduce el texto de la providencia de esta Sala de fecha 31 de enero de 1990, en donde se señalan los requisitos que se deben observar cuando se alegan nulidades, para después anotar que desafortunadamente esos presupuestos son

desconocidos por la defensora de Fabio León González, hasta el punto que difícil resulta calificar el libelo como alegato de instancia pues cuando menos este debe caracterizarse por algo de lógica en su elaboración y pedimentos".

Relaciona entre los desaciertos técnicos, exponer en un extenso e incompatible escrito toda una serie de cuestionamientos sin concretar ninguno y con el agravante de entremezclar el ataque con alegaciones ajenas a la causal invocada.

Censura la demanda por contener al mismo tiempo todos los motivos de nulidad que existen legal y jurisprudencialmente, de modo que desconoce la exigencia del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que los cargos han debido plantearse por separado.

Presenta como causal de nulidad la atipicidad de la conducta, reproche que ha debido tratar como violación directa o indirecta, según el caso. Además simultáneamente aduce como error en la denominación jurídica, la cual supone la tipicidad de la conducta y obliga a señalar la disposición que resulta aplicable.

Finalmente dice que hasta la petición resulta inconsonante con la alegación, pues si la inconformidad radica en la atipicidad de la conducta, lo lógico no es solicitar la declaratoria de nulidad sino la absolución.

IV. Consideraciones de la Sala

La demanda, como lo advierte el Ministerio Público en su acertado concepto, es un escrito confuso, en el cual se entremezcla todo tipo de afirmaciones, de modo que resulta imposible determinar cuál es la verdadera inconformidad de la recurrente.

Inicialmente menciona como violado el derecho a la defensa, al parecer por no haberse practicado algunas pruebas, pero inmediatamente se dedica a sustentar la presunta atipicidad de la conducta, en donde apoya la acusación de la falsa motivación de la sentencia por haber dado por existente el porte ilegal de municiones y el proveedor.

Continúa hablando del principio de legalidad, para volver sobre la atipicidad de la conducta, con el argumento de que su cliente no tuvo la intención de atentar contra el régimen jurídico contenido en el Decreto 180 de 1988, planteamiento que de ser cierto no generaría nulidad sino absolución por inexistencia del delito. Y a renglón seguido entra en una contradicción insalvable, pues la Sala no se explica como mezcla la atipicidad con el error de la denominación jurídica, tesis esta

última que implica aceptar que el comportamiento es típico, pero respecto a una norma distinta a la aplicada por el sentenciador.

La supuesta transgresión del principio de favorabilidad constituye un absurdo más del libelo, pues la sustentación la hace con las razones propias del error en la denominación jurídica, de modo que entiende que al aplicarse el artículo 13 del Decreto 180, en lugar de los artículos 176 y 177 del Código Penal, se desconoció la obligación de proferir la norma más favorable.

Debía saber la abogada defensora que el principio de favorabilidad se aplica cuando hay sucesión de leyes en el tiempo, no para resolver cuál es la denominación jurídica correcta, pues de acuerdo con elemental lógica, solo precisando cuál fue el punible cometido, se podría presentar el interrogante sobre cuál de las normas que en diversos momentos lo han regulado, sería la aplicable.

Como se indica en la providencia que el Procurador Delegado transcribe, para que un cargo por nulidad pueda prosperar es necesario que se precise la clase de nulidad invocada, la fundamentación que según la irregularidad que se pretende demostrar le corresponde, y su trascendencia. Si se presentan varios reproches al amparo de la misma causal, éstas deben ir en capítulos separados.

El nuevo Código de Procedimiento Penal permite que se planteen cargos excluyentes, pero ordena que se haga por separado, de modo que al interior de cada uno subsiste la obligación de no incurrir en contradicción, pues ello impide que se pueda resolver de fondo, ya que no es función de la Corte tratar de adivinar la verdadera inconformidad del impugnante.

La demanda que nos ocupa, como ya se dijo, contiene múltiples afirmaciones, ninguna de las cuales se desarrolla correctamente, lo que impide que la respuesta pueda ser más detallada. Sin embargo, al margen del problema técnico, es oportuno dejar sentado que la Sala no advierte que exista ostensible irregularidad que pueda declarar acudiendo a su facultad oficiosa.

Estas breves observaciones, a las que se suman las presentadas por el Ministerio Público, son suficientes para desestimar el cuestionamiento formulado y mantener incólume el fallo.

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 *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Suavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación es una medida extraordinaria y de carácter excepcional, que incide en la competencia por el factor territorial y tiene como finalidad garantizar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad de juzgamiento o la seguridad del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Cambio de radicación No. 7969

Contra: Wadir Alberto Miranda

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 142

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

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali ha enviado a la Corte para los fines indicados en el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud elevada por el procesado Wadir Alberto Miranda Villadiego, relacionada con el cambio de radicación a otro Distrito Judicial, del proceso que por los delitos de hurto y fuga de presos cursa en el citado Despacho Judicial.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Se aduce por parte del solicitante lo siguiente:

Que desde que llegó a la ciudad de Montería, su ciudad de origen, comenzó a cumplir con sus obligaciones de presentarse periódicamente en uno de los

Juzgados de esa ciudad, cumpliendo con las orientaciones precisas del Juzgado 1o. Penal del Circuito de la ciudad de Cali, el cual ordenó su captura, siendo recluido en la Cárcel Nacional de Montería, sin que hasta el momento, haya tenido noticia alguna sobre su caso, ya que el Juzgado que realizó las diligencias en esa ciudad, nada tiene que hacer, mientras él y su familia sufren por todo esto, especialmente su señora madre que se encuentra muy enferma.

De la misma manera recuerda, que antes de caer en desgracia se desempeñaba como Agente de la Policía Nacional, lo que le valió muchas incomodidades dentro del resto de reclusos, hasta el punto de recibir amenazas, que de haberse cumplido hubiese salido muy mal librado, mucho más cuando recobró su libertad condicional, pues aduce que por cumplir con su deber de agente y luego no serlo, corre muchos peligros.

Solicita por todo lo anterior, especialmente por su señora madre, demás familiares radicados en la ciudad de Montería y por los motivos antes expuestos, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley y la Constitución, se le traslade el caso a un Juzgado de esa misma ciudad.

Consideraciones de la Sala

El cambio de radicación, ha dicho esta Corporación en reiteradas oportunidades, es una medida extraordinaria y de carácter excepcional, que incide en la competencia por el factor territorial y tiene como finalidad garantizar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado.

La solicitud del cambio de radicación debe, entonces, fundarse en cualquiera de las anteriores circunstancias, debidamente probadas, esto es, que en este último caso, las pruebas aportadas deben producir la convicción de que, en efecto, el individuo corre un riesgo cierto, de modo que no basta una posibilidad remota o el temor como manifestación simplemente subjetiva.

En el presente caso, no encuentra la Sala prueba alguna que permita sustentar el argumento incierto de la circunstancia que comprometa la seguridad del procesado, pues el hecho de que el mismo haya ejercido el cargo de Agente de la Policía en la región del Valle, como lo advierte el Juzgado que adelanta las causas acumuladas, no es prueba que demuestre la existencia de amenazas para su seguridad o su integridad personal, máxime cuando es el mismo procesado quien sostiene que actualmente ha recobrado su "libertad condicional", que cuando el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Cali ordenó su captura, estuvo recluido en la Cárcel Nacional de Montería y que por haberse desempeñado como Agente de la Policía Nacional, le valió muchas incomodidades dentro del resto de reclusos, luego resulta inexplicable que ahora pretenda que se le traslade el caso precisamente a la ciudad de Montería.

Ninguna de las causales señaladas en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, ha tenido ocurrencia en éste asunto, sin que sea posible admitir las prevenciones subjetivas del peticionario para variar la competencia territorial del proceso.

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

RESUELVE

No disponer el cambio de radicación solicitado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Juzgado 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 Carnica
Secretario

CASACION DISCRECIONAL
\ DEMANDA DE CASACION

Como exigencias comunes a esta especialísima impugnación el ataque ha de dirigirse contra sentencias de segunda instancia, en general ha de intentarse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de dicho fallo; además, la tacha ha de provenir de las partes legitimadas para ello (Procurador, su delegado o el defensor del acusado), excluyéndose a los demás sujetos procesales.

Exigencias específicas: El recurrente debe fundamentar con claridad las causas que lo guían para acudir a este remedio procesal, indicar la necesidad del pronunciamiento de la Sala cuando persiga fijar el alcance de una norma o la interpretación de doctrinas contrapuestas. Solo procederá en el caso de vacíos jurisprudenciales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 7971

Contra: Héctor Ruíz Méndez

Delito: Falsa denuncia

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

Aprobado acta No. 0142

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Corte sobre la petición elevada por el defensor del procesado Héctor Ruíz Méndez, para que, con base en el inciso 3o. del artículo 218 del C. de P.P., se le conceda el recurso excepcional de casación, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de ésta ciudad, de julio dieciséis (16) del año en curso, que reformó el fallo dictado por el Juzgado Segundo (2o.) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, en abril treinta (30) postrero, reduciendo de seis (6) a cuatro (4) meses de prisión la pena principal impuesta, lapso que comprende la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, confirmando la multa de quinientos pesos ($ 500.00) fijada a Ruíz Méndez, como autor penalmente responsable de un delito de falsa denuncia.

ANTECEDENTES

1.- Los *hechos* los relató el *a quo* en los siguientes términos:

"...Se estableció en el expediente que para la calenda del 12 de junio de 1989, el señor Héctor Ruíz Méndez realizó contrato de compra venta con Aníbal Escobar a quien le vendió el carro de su propiedad de placas FT-8512, marca Renault 6, modelo 82, color verde, pero ante el incumplimiento del comprador en el pago del bien adquirido decidió, el 17 de junio de ese mismo año, formular denuncia ante la Unidad Operativa Central de la Policía Judicial, relatando que el rodante le había sido hurtado el día anterior a la queja, por desconocidos que se lo llevaron de donde él lo había dejado frente a su residencia...".

2.- Frente a la denuncia que contra responsables en averiguación y por el delito de hurto de un vehículo de su propiedad formulara Héctor Ruíz Méndez, por auto de septiembre veinticinco (25) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Juzgado Ciento cuatro (104) de Instrucción Criminal de ésta ciudad, se inhibió de abrir investigación, argumentando la existencia y trámite ante el Juzgado Cincuenta y cuatro (54) del mismo ramo, de un proceso por estafa contra el citado Ruíz Méndez, quien en la indagatoria confesó que el automóvil aludido se lo había vendido a Aníbal Escobar Hernández pero que habiendo éste incumplido su pago, optó por denunciar el hurto. Por ello, el despacho primeramente mencionado ordenó compulsar copias para investigar a Ruíz por el punible de falsa denuncia.

3.- Iniciado el presente asunto por el Juzgado Sesenta y tres (63) de Instrucción Criminal, se vinculó a Ruíz Méndez por medio de declaración injurada, quien reconoció su falta, aunque explicó que nunca tuvo la intención de perjudicar a nadie y que sólo buscaba la recuperación del bien. En su apoyo acudió María de Mejía quien le aconsejó que formulara la denuncia ante los inconvenientes que tenía con el automotor.

4.- Con cimiento en lo anterior y luego de realizada la audiencia pública, el Juzgado Segundo (2o.) Penal del Circuito, condenó al encartado a purgar la pena de seis (6) meses de prisión, como autor penalmente responsable de un delito de falsa denuncia. Apelada la sentencia, el Tribunal lo confirmó, reduciendo la sanción punitiva a cuatro (4) meses de prisión, teniendo en cuenta la disminución que preceptúa el artículo 301 del C. de P.P. de 1987, ya que el acriminado confesó, en su primera versión el hecho criminoso.

La impugnación

El defensor del procesado interpone el recurso extraordinario de casación contra este fallo, basándose en el inciso 3o. del artículo 218 del actual ordenamiento procedimental, argumentando la necesidad de que la Corte decida si la antijuricidad a que se refiere el artículo 4o. del C.P. "...debe informar el contenido de toda la legislación penal sustancial, y por lo mismo si los ataques que no sean graves hacen que la conducta no sea antijurídica...". De otro lado, considera que las instancias han dejado de aplicar la atenuante prescrita en el artículo 171 del ordenamiento punitivo, pese a la retractación de su defendido.

La Corte

1.- *En reciente pronunciamiento, la Sala precisó los requisitos que signan la admisibilidad del recurso extraordinario de casación, interpuesto de manera excepcional, con sostén en el inciso 3o. del artículo 218 del C. de P.P. vigente.*

Hábiase entonces, de las exigencias, tanto comunes a esta especialísima impugnación, como específicas destinadas a justificar su aceptación. En cuanto a las primeras, se precisó que el ataque ha de dirigirse contra sentencias de segunda instancia, en general, y ha de intentarse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de dicho fallo; además, la tacha ha de provenir de las partes legitimados para ello (Procurador, su Delegado o el defensor del acusado), excluyéndose a los demás sujetos procesales.

En lo que se refiere a las específicas, la Corte precisó que teniendo en cuenta la excepcionalidad de esta nueva vía de controversia, así como sus motivos específicos "...y su integración en frente de los fines que señala para esta sede el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal...", se hace necesario, también, que el recurrente fundamente con claridad las causas que lo guían para acudir a este remedio procesal, única manera de examinar si le existe razón y, en consecuencia, emitir fundadamente la respuesta consiguiente. De otra parte, deberá indicar la necesidad del pronunciamiento de la Sala, cuando persiga fijar el alcance de una norma o la interpretación de doctrinas contrapuestas. Todo ello

con el fin de demostrar, palmariamente, la utilidad deseada que no es otra cosa que la de servir de pauta a la actividad judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta fundamental. Ello excluye la reiteración de criterios ampliamente debatidos y sólo procederá en el caso de vacíos conceptuales o de unificación de la jurisprudencia, siempre que los pronunciamientos hechos sobre el tema escogido, sean insuficientes, vacilantes o contradictorios. Finalmente, en lo que hace a la efectividad de un derecho, también el actor deberá indicarlo en forma específica, fijando su alcance como garantía primordial, amén de precisar su vulneración en la actuación procesal.

Con el cumplimiento de estos requisitos y teniendo a la vista el expediente original, podrá la Corte decidir sobre la admisibilidad del recurso, cuya respuesta positiva implicará la devolución del negocio a la sede de segunda instancia para que se proceda conforme lo dispuesto por el artículo 224 del C. de P.P.

2.- *En el presente asunto, la solicitud cumple con los requisitos comunes al recurso, detallados en precedencia. Se cuestiona una sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y la impugnación se hizo dentro del término señalado por la ley, por un sujeto procesal legitimado para ello, en este evento, el defensor del inculpado. También, con el pedimento se remitió a la Sala el proceso original, con lo cual se cumplió el deber de presencia material de la actuación.*

Resta, entonces, por examinar la impugnación en sí, a fin de establecer si la motivación es suficiente y si el tema propuesto amerita un pronunciamiento de la Corte, en desarrollo de las funciones que le competen como Tribunal de Casación, es decir, como unificador de la jurisprudencia nacional y corrector de entuertos judiciales que lesionen la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal (art. 219 del C. de P.P.).

3.- *Pues bien:*

La inquietud del memorialista se circunscribe, en primer término, al principio de antijuricidad material, descrito en el artículo 4o. del C.P. Según sus palabras, ésta Colegiatura ha de "decidir" si él "...debe informar el contenido de toda la legislación penal sustancial, y por lo mismo si los ataques que no sean graves hacen que la conducta no sea antijurídica...".

Aparte de la parquedad de la motivación, que agota el pensamiento de su signatario en tres renglones, el tema referido no amerita el pronunciamiento de la Sala en esta ocasión especialísima. El principio de antijuricidad material no sólo se encuentra plasmado en el artículo 4o. del C.P., con suficiente claridad, sino que, de igual manera, tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han debatido con intensidad, precisando su naturaleza y sus efectos.

En agosto nueve (9) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), para citar un ejemplo, la Corte trató el tema con la necesaria precisión al resolver un caso de inocuidad de falsedad documental. Así se expresó:

"...El Código Penal en su artículo 4o. recoge este postulado (antijuricidad material o sustancial) al disponer que para una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.

"En estas condiciones, de no reunirse esta exigencia legal, la acción resulta inocua, es decir, sin capacidad de afectación del bien jurídico y, por tanto, se impone la inexistencia del hecho punible...".

Al respecto ha sido pacífica la jurisprudencia de la Corte y no ha cambiado ni su criterio ni su normatividad en la que encuentra sustento. No ha lugar, por ende, a un nuevo pronunciamiento que sólo se convertiría en una reiteración de lo ya dicho.

4.- *De otro lado, el signatario del escrito plantea como un argumento adicional, la implicación del artículo 171 del C.P., pese a que la retractación se dio en estas diligencias, sin que se hubiese mencionado la razón para ello. La sencillez extrema del pedimento no permite conocer si esta es una razón adicional a su inquietud principal. Tampoco si conforma un argumento diferente a su solicitud de examinar la antijuricidad material. Menos aún, le presenta a la Sala los motivos por los que considera que esta materia en especial deba ser estudiada por medio de esta vía extraordinaria, quedando sin conocerse si es porque se violó una garantía fundamental o si el tema amerita un estudio de la Corte, merced a su trascendencia jurídica, bien para aclarar posibles controversias, ora para profundizar sobre aspectos interesantes del tema, o quizás para romper un posible silencio jurisprudencial en esta sede. La carencia de motivación impide, por tanto, conocer las reales intenciones del memorialista.*

La inadmisibilidad es evidente.

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

RESUELVE

NO ADMITIR el recurso excepcional de casación formulado por el defensor del procesado Héctor Ruíz Méndez dentro del presente asunto.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

HURTO

"El apoderamiento no es acción del tipo que esté condicionada por circunstancias modales o temporales o locales. Basta cualquier acto físico directo del ladrón que le permita suplantar el poder material propio del poseedor o tenedor dueño sobre la cosa, imponiendo el poder propio de disposición física sobre ella (un poder reemplaza al anterior legítimo) para que se pueda afirmar conceptualmente que se apoderó de la cosa...".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7035. Casación

Contra: Luis Moreno Díaz

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado acta No. 142

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

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 17 de octubre de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a Luis Moreno Díaz a 39 meses de prisión por el delito de hurto.

ANTECEDENTES

1.- En Santafé de Bogotá, el 27 de mayo de 1982, Luis Hernando Vera Fernández y Luis Moreno Díaz celebraron un contrato de compraventa, mediante el cual el primero compraba al segundo un camión marca Dodge, modelo 1979, de

placas US-1211, por la suma de $ 1'780.000.00, de la que se cancelaron ahí mismo $ 500.000.00, girando el comprador 30 letras de cambio con vencimientos mensuales como pago del resto del precio (fls. 6-1).

El 16 de mayo de 1983, Vera Fernández permutó el referido vehículo con José María Cuadrado (fls.118 y ss.).

El 17 subsiguiente, por medio de apoderado, el vendedor Moreno Díaz inició en el Juzgado 37 Civil Municipal de esta capital un proceso ejecutivo, aduciendo como títulos dos de las aludidas letras, cada una por $ 42.666.00.-. El Juzgado admitió la demanda, libró mandamiento de pago y ordenó el embargo y secuestro del camión, expidiendo orden de "captura" respecto de dicho vehículo (fls. 99 y ss del cuaderno No. 2, 26, 27, 50 y 51 del cuaderno No. 1).

El 21 de septiembre del mencionado año de 1983, Moreno Díaz se presentó a la casa del padre de Vera Fernández, frente a la cual se encontraba el automotor, acompañado de un individuo que afirmó pertenecer al F-2 y llevar la orden de aprehender el vehículo, cuyas llaves tenía el citado José María García Cuadrado, quien también se hallaba allí "arreglando lo de los papeles del camión" con Vera Fernández. Este último se opuso al procedimiento, mas el referido individuo (que posteriormente no pudo ser identificado) le replicó que si se oponía lo conduciría a él también al F-2. Ante ello, García Cuadrado entregó las llaves del camión a ese sujeto, que lo condujo inmediatamente a una bodegas de propiedad de Moreno Díaz, quien esperaba dentro de un campero frente a la mencionada residencia. De estos hechos no se dio aviso a autoridad alguna, y Moreno Díaz procedió a vender el automotor el 20 de mayo de 1984 a Luis Efraín Fernández (fls. 51, 118 y ss.1).

Al contestar el libelo, el demandado propuso la excepción de pago total de la deuda, excepción que fue aceptada por medio de sentencia de 13 de septiembre de 1984, en la que se dispuso, además, el levantamiento de las medidas cautelares (fls. 144 y ss-2).

2.- El 26 de noviembre de 1984 el mencionado Vera Fernández formuló denuncia penal, afirmando que desde el mes de mayo de 1983 él había cancelado toda la obligación, pero que Moreno Díaz no le devolvió las letras de cambio, dos de las cuales -dijo- precisamente utilizó para el proceso ejecutivo. Agregó que en ese proceso, al ser llamado a declarar, Moreno Díaz mintió (fls.1 y ss-1).

El Juzgado 46 de Instrucción Criminal abrió investigación, constituyéndose el quejoso en parte civil. Practicadas varias pruebas, Moreno Díaz fue declarado ausente y se le dictó medida de aseguramiento de caución por el delito de estafa (fls. 177 y ss-1).

Ya el expediente en el Juzgado 19 Penal del Circuito, se cerró investigación el 17 de enero de 1986, presentándose luego el sindicado, quien en indagatoria

negó los cargos de la denuncia, adjuntando copia de un escrito en el que consta que Vera Fernández, el 10 de agosto de 1984, lo autorizó a disponer del camión, reconociendo que debía para entonces casi la totalidad del mismo (fls. 232 y ss-1).

El sumario se calificó con sobreseimiento temporal (fls. 264 y ss-1), que condujo a la práctica de más diligencias. Vera Fernández tachó de falso el referido documento escrito, como también un cheque, impagado, que presentó el sindicado y que se hacía figurar como emitido por Vera Fernández (fls. 390-1). Los dictámenes correspondientes concluyeron que Vera Fernández no había suscrito ninguno de esos documentos, sin poderse establecer de quién provenía su autoría (fls. 290, 388 y 445).

El 26 de noviembre de 1987 la investigación se calificó por segunda vez en cesación de procedimiento en relación con los presuntos delitos de falso testimonio, fraude procesal, suplantación de investidura, hurto y estafa, reabriéndose la misma en torno a la falsedad documental (fls. 489 y ss-1).

Apelado ese auto por el apoderado de la parte civil, el Tribunal, por medio del suyo de 10 de agosto de 1988 (fls. 12 y ss-3), lo revocó y decretó la nulidad de lo actuado a partir del primer auto que cerró sumario, por estimar que ante el delito de falsedad que se vislumbraba, el Juzgado del Circuito carecía de competencia.

Nuevamente el proceso en el Juzgado 46 de Instrucción, se practicaron otras pruebas, entre ellas el testimonio del doctor José Roberto Cruz Molano (apoderado de Moreno Díaz en el proceso civil), quien dijo que él retiró del juzgado los oficios "de captura" del automotor, mas "que a petición de Moreno Díaz me solicitó que dichos oficios se los llevara directamente a él, que él tenía amigos en el F-2 y que a él le quedaba fácil entregárselos a uno de ellos para hacer dicho trámite y que además, por cuanto yo solo corría peligro de capturar el carro, que por eso se valía de un capitán amigo (fls. 95-2).

Cerrada la investigación, fue calificada con reapertura, por considerar el Juzgado 46 que la situación probatoria no resultaba apta para acusar ni para cesar procedimiento (fls. 192 y ss-2). Recurrido en apelación dicho auto, el Tribunal, mediante el suyo de 31 de julio de 1990 (fls. 21 y ss-3), tomó las siguientes determinaciones: cesó procedimiento, por prescripción, en cuanto a los punibles de falso testimonio, fraude procesal, simulación de investidura o cargo y falsedad. Dictó, de otro lado, resolución acusatoria por los delitos de hurto agravado y estafa tentada, a tenor de los artículos 349, 351-4 ("pues para apoderarse del bien se confabuló y obró de común acuerdo con un individuo que mentirosamente afirmó ser miembro del F-2" -fls. 35-), 356 y 22 del Código Penal. Este último delito lo hizo consistir en que "mediante el mencionado proceso ejecutivo pretendió obtener provecho ilícito en cuantía de $ 85.332.00, pero no logró su propósito por circunstancias ajenas a su voluntad, consistentes en que el apoderado del señor Vera Fernández formuló la excepción del pago total de la obligación, la cual prosperó".

El Juzgado 19 Penal del Circuito rituó la causa, obteniéndose dictamen que determinó la suma de $ 13'100.600.00 como cuantía de los perjuicios materiales causados con la delincuencia, acotando el perito que los daños de índole moral eran del resorte del juzgador (fls. 290 a 313-2).

Se dictó sentencia de 20 de junio de 1991 (fls. 355 y ss-2), por medio de la cual se condenó al procesado, por los referidos delitos de hurto y estafa, a la pena principal de 35 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y al pago de los mencionados perjuicios, otorgándosele a Moreno Díaz la condena de ejecución condicional.

Dicho fallo fue apelado únicamente por el apoderado de la parte civil, que en lacónico escrito adujo dos motivos de inconformidad: a) No condenó el juzgado al pago de los perjuicios morales, como era su deber a tenor de los artículos 103 y 106 del Código Penal y 50 del Código de Procedimiento Penal; b) La pena debe ser mayor, según las pautas del artículo 61 ibídem (fls.370-2).

El Tribunal, mediante sentencia recurrida en casación por el apoderado del procesado (fls. 43 y ss-3), estimó en primer lugar que, por razón de la cuantía, la estafa era de competencia de autoridades de policía, por lo cual dispuso la compulsa de rigor con respecto a ese hecho.

Por lo que toca al delito de hurto, confirmó la condena, pero hizo una nueva dosificación de la pena principal, fijándola en 39 meses de prisión y revocando el subrogado concedido. En cuando a los perjuicios, por concepto de los de carácter moral, condenó al procesado al equivalente a 200 gramos oro, adicionando así en dicho punto el fallo. Hizo ver, por último, que el apoderado de la parte civil no tenía "personería" para impugnar con miras a "conseguir un aumento de la pena principal impuesta" (fls. 50-3).

Esa sentencia de segundo grado fue recurrida en casación por el apoderado del procesado.

La demanda

Alega el casacionista la violación indirecta de la ley como proveniente de error de hecho "por falso juicio de identidad". "Se trata -dice- de cargo único contra la sentencia de segunda instancia, como quiera que el Tribunal Superior de Bogotá equivocó el contenido de la prueba documental en que fundó el fallo condenatorio contra mi asistido por el delito de hurto agravado, asignando a la actuación del Juzgado 37 Civil Municipal en la que desembargó el camión de placas US-1211 una fecha que no correspondía, yerro de carácter sustancial como que de esta forma hubo de concluir que Luis Moreno Díaz aprehendió el vehículo después que el juzgado hubiera cancelado el embargo que pesaba contra él, y en consecuencia,

consideró equivocadamente que se daban los supuestos típicos para predicar la consumación del delito de hurto" (fls.19), afirmando luego que se violaron "en forma inmediata" los artículos 247 y 253 del Código de Procedimiento Penal, y "en forma mediata" los artículos 3o., 5o., 349 y 351 del Código Penal, "toda vez que el error de hecho aludido en la apreciación de la prueba condujo al sentenciador, irreparablemente a considerar la conducta de mi procurado como típica y culpable de hurto, siendo lo cierto que no hubo apoderamiento de cosa mueble ajena como se explicará en el acápite relativo a los fundamentos de la causal".

Líneas adelante agrega: "En punto a los límites que doctrinariamente se fijan para diferenciar este tipo de hurto agravado con (sic) otros ilícitos, entraremos a considerar las siguientes posiciones que nos sirvan de base para demostrar la equivocada tipificación que efectuó el fallador en virtud de error de hecho cometido al apreciar la prueba documental en que se solidificó el hurto" (fls.20), remitiendo en seguida a algunos criterios de tratadistas de la materia, referidos a la diferencia entre el hurto y la estafa, para colegir después el actor:

"Que nos permite concluir lo anterior? Que la condena de Luis Moreno Díaz, no encuentra ubicación dentro del tipo penal del hurto, ya que en la hipótesis estudiada no existe sustracción de la cosa mueble ajena propiamente dicha, sino una entrega de ésta al sujeto activo en virtud de una aparente maniobra engañosa (simulación de investidura). Tanto es así que no se ejecutaron los actos comisivos violentos, ni de intimidación para proceder a la aprehensión del automotor, sino que las llaves del mismo fueron entregadas por el aquí denunciante, quien siguió a Moreno Díaz y el (sic) presunto agente del F-2 hasta las bodegas de propiedad de aquel, sitio en que se efectuó un inventario sobre el vehículo, para tener el dato cierto del estado en que se encontraba al hacerse efectivo el embargo.

"Por ello no es cierto que la aprehensión se haya verificado después de que el Juzgado 37 Civil Municipal hubiera revocado el embargo que pesaba contra el bien'. Ese fue el error que cometió el sentenciador, el que se remonta al propio auto enjuiciatorio, pues como ya lo citábamos tanto en una como en otra providencia, el fallador atribuye una diferencia de ocho días entre el auto de desembargo del camión y la diligencia de captura del mismo. Consideramos que esta confusión obedeció a que ambas actuaciones se verificaron en el mes de septiembre, pero no se advirtió que mientras la aprehensión se hizo en 1983, el desembargo sólo se obtuvo hasta 1984" (fls. 23).

Precisa a continuación las pruebas que corroboran su aserto, e indica (fls.25):

"Lo anterior nos lleva al convencimiento de que Moreno Díaz sí promovió el acto de captura del automotor, pero lo hizo amparado por una orden vigente de autoridad judicial. Por ello lo único que puede reprocharse en su actuación es el hecho de no haber avisado el Juzgado 37 Civil Municipal que había llevado a cabo esta diligencia.

"Si se hizo asistir de un sujeto que afirmó ser del F-2, ese hecho por sí solo no nos colocaría frente al delito de hurto, en tanto que faltaría su elemento estructural: el apoderamiento; pues véase cómo el acto mismo de desposeer al tenedor de la cosa mueble ajena estaba justificado en la orden de embargo exhibida al señor Vera según sus propias afirmaciones.

"En tal sentido se pronunció el Tribunal Superior de Bogotá, advirtiendo la presencia de tipo penal especial relacionado con la conducta de quien dijo ser agente del F-2 al momento de aprehender el vehículo. Señaló que se trataba del delito de simulación de investidura o cargo y decretó la prescripción para el mismo".

Recalca luego que, de todos modos, "la prueba sobre la cual se construyó la presunta tipificación del hurto, se relaciona directa y exclusivamente con la prueba documental que narra la época en que el Juzgado 37 Civil Municipal desembarga el bien..."; argumentando finalmente:

"Por último, puede decirse que lo planteado anteriormente nos lleva a una conclusión: el Tribunal consideró que el comportamiento de mi asistido podía fraccionarse en dos hechos punibles: el uno relativo a la promoción de proceso ejecutivo para obtener la cancelación de dos letras de cambio ya canceladas, que denominó estafa tentada; otro, relativo a supuesto apoderamiento de cosa mueble ajena simulando investidura y orden falsa de autoridad, bajo el supuesto de la cancelación previa del embargo.

"Es posible que si el sentenciador hubiera advertido, como debió hacerlo, que la captura se efectuó en una fecha en qué estaba vigente la orden de embargo sobre el bien, hubiera descartado el apoderamiento y consecuentemente el hurto, para ubicar la conducta únicamente en el delito de estafa. Sin embargo, no lo hizo y por el contrario, con desatino, condenó a mi procurado por un comportamiento ilícito en el que no quedó incurso su actuar" (fls. 26 y 27).

Pide, pues, que se case el fallo y se dicte el correspondiente de reemplazo, absolviendo al procesado.

Concepto de la Delegada

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal señala en primer término que el casacionista incurre en falta de técnica, puesto que no obstante acudir a la causal primera, desarrolla una argumentación propia de la causal tercera de nulidad, al sostener que el delito no es el de hurto sino el de estafa.

Anota a continuación que si bien el sentenciador se equivocó en cuanto a la fecha de la decisión de desembargo del vehículo (13 de septiembre de 1984, y no de 1983,

como lo percibió el Tribunal), ese yerro "no desvirtúa la adecuación al tipo penal de hurto como conducta del apoderamiento de bienes muebles ajenos" (fls. 38).

Estima, además, que aunque existía para el 21 de septiembre de 1983 la orden de embargo y secuestro, esta diligencia "no se produjo realmente, pues no concurrió la autoridad para verificarla, ni el juez civil fue informado de ello, ni a disposición suya llegó el automotor, sino que la aparente diligencia sirvió de artificio para tomar físicamente el automotor por parte del procesado".

Pide, así, no casar el fallo.

SE CONSIDERA

1.- Sobre la demanda

a) El problema de técnica

En verdad, el libelo casacional mueve a la confusión con respecto a que si lo que allí se afirma es una atipicidad "absoluta" (es decir frente a todo tipo penal), o una atipicidad referida exclusivamente al delito de hurto por el cual se condenó al procesado.

Habiéndose resuelto en el fallo recurrido que la estafa tentada, que también fue materia de acusación y de condena en primera instancia, era contravención y, por tanto no juzgable aquí, o sea, no conteniendo el fallo impugnado cargo alguno por ese delito, el demandante, dentro del marco de la causal primera que adujo, no tenía por qué dedicarse a precisar, con apoyo en criterios de la doctrina y en consideraciones probatorias, las notas que distinguen el hurto de la estafa.

Hay partes de la demanda en que el actor sostiene que el hecho de que la aprehensión del vehículo la haya llevado a cabo el procesado, valiéndose del acompañante que simuló investidura, no comporta una acción violenta o coactiva que entrañe, por tanto, apoderamiento, ya que de todos modos el vehículo no fue sustraído sino "entregado": una argumentación de esa índole lleva a pensar que la aspiración del casacionista es que dicha conducta sea estimada por la Corte como estafa, en vez de hurto.

En otros tramos del libelo impugnatorio se argumenta de modo sustancialmente diverso, al afirmarse que como para el 21 de septiembre de 1983 (fecha de la "aprehensión" del automotor) aún estaba vigente la orden de embargo y secuestro del referido camión, "se justifica" el actuar del acusado, ya que, en esas condiciones, no puede constituir hurto el solo hecho de haberse hecho acompañar Moreno Díaz del sujeto que dijo pertenecer al F-2, ni el haberse abstenido de reportar esa aprehensión del bien a las autoridades: este planteamiento daría pie para pensar que aquí sí propende el censor por una atipicidad absoluta.

La primera tesis desembocaría en una nulidad por errada calificación (textualmente el actor habla de que se dio "una equivocada tipificación"), que tornaría errónea la vía de la causal primera que seleccionó el impugnante y que sí resultaría atinada para la segunda tesis.

De todas formas, es innegable que el libelo transita por la incertidumbre y el titubeo, que toman imposible para la Sala un examen a fondo de la acusación, porque bien es sabido que en esta sede extraordinaria, la Corte no puede tomar el puesto del casacionista, a fin de suplir sus deficiencias e imprecisiones.

b) Sobre la calificación jurídica del hecho

En fin, como por el motivo visto, encararía la Sala un problema de nulidad (de declaración oficiosa, en caso de darse), tócale examinar y decidir si el comportamiento atribuido en el fallo al acusado Moreno Díaz, es o no constitutivo de hurto, debiéndose al efecto admitir que el error argüido por el casacionista en relación con la fecha del fallo civil, consulta la verdad procesal.

Si bien el Tribunal puso especial y casi exclusivo acento en la fecha de la sentencia (no auto, como dice el casacionista) mediante la cual el Juzgado 37 Civil Municipal dispuso el levantamiento de las medidas cautelares que pesaban sobre el automotor (decisión tomada como consecuencia de que prosperó la excepción de pago total de la obligación), y se equivocó en tal fecha (leyó "septiembre 13 de 1983", cuando la calenda veraz es septiembre 13 de 1984 -fls.144 y ss-2), ello resulta irrelevante en punto a la tipificación del hurto.

En efecto, lo decisivo y determinante es que por fuera de todo ámbito oficial, actuando de manera enteramente privada, Moreno Díaz y un individuo que afirmó pertenecer al F-2, se presentaron a la residencia del padre de Vera Fernández, donde se hallaba el automotor aludido, procediendo ese segundo sujeto a manifestar que iba a "capturar" el vehículo, y cuando Vera Fernández se opuso a ese procedimiento, aquél lo amenazó con llamar a una patrulla de la policía y hacerlo conducir a él también al F-2, ante lo cual José María García Cuadrado (quién había celebrado contrato de permuta del vehículo con Vera Fernández) procedió inmediatamente *a entregar las llaves del camión.*

Repásese lo que en ese sentido dijo Vera Fernández:

"...yo salí para ver qué se le ofrecía a ese señor y lo primero que me dijo es que era del F-2 y que traía captura, mejor boleta de captura para el camión que estaba parqueado frente a la casa, entonces yo le pregunté por la boleta de captura y él me dijo que el señor Luis Moreno Díaz que estaba dentro de un campero Suzuki era quien hacía capturar el carro, entonces pregunté por qué motivo lo hacía capturar y él me contestó en forma vulgar que eso no me importaba a mí, que él lo único que hacía era capturar el camión, pues tenía esa orden, entonces yo me dirigí hacia donde Moreno Díaz, a pedirle explicación del por qué de la retención del camión y él no me quiso atender, entonces el supuesto agente del F-2 se dirigió

nuevamente a mí y me dijo que no me fuera a oponer a la captura del camión porque o si no él llamaba una patrulla de la policía y a mí también me hacía llevar al F-2, que yo sabía muy bien cómo era el trato en el F-2, que entonces no me fuera a poner escamoso... El no se identificó como tal en ningún momento...-. Pues sí, él utilizó amenazas con hacerme detener y llevar al F-2 en caso de que me opusiera a la captura del camión, con palabras soeces" (fls. 52 y ss.), y agrega que en momento alguno vio la orden de captura del vehículo.

Por su parte, García Cuadrado dijo al respecto: "... estábamos hablando (con Vera Fernández) sobre los papeles y llegó un señor como a las dos de la tarde y dijo que era del F-2 y dijo inmediatamente que el carro estaba embargado...cuando me quitaron el carro estaba en mi poder y yo tenía las llaves..." (fls. 120 y 121-1).

Además, está probado en el proceso (y no lo discute el casacionista) que a continuación de lo que se acaba de referir, el camión fue conducido a las bodegas de propiedad del procesado Moreno Díaz, y que ni el juzgado ni los organismos destinatarios de la orden de aprehensión, ni las autoridades de tránsito participaron en esa "captura", ni se enteraron de la misma (fls.26, 27, 50 y 51-1).

Siendo ello de tan claro modo, repítase que poco importa que esa aprehensión del vehículo la haya llevado a cabo el justiciable antes *o* después *del fallo del Juzgado 37 Civil Municipal: el Tribunal sostuvo que "después", cosa equivocada, pero que desde ningún punto de vista comporta la capacidad de "destipificar" el hurto, pues, como quedó expuesto, lo decisivo es que el mencionado 21 de septiembre de 1983 el procesado se apoderó del automotor (cosa mueble ajena) con el propósito de obtener provecho para sí (art. 349 C.P.): la manifestación del sujeto de pertenecer al F-2 y de retener a Vera Fernández si éste se oponía a la aprehensión del camión, no sólo hizo que éste desistiera de esa oposición, sino que, de inmediato, García Cuadrado procediera a poner en manos de dicho individuo las llaves del automotor. Ello significa, ni más ni menos, que* la entrega *del camión fue producto de la* intimidación *y no propiamente del ardid o del engaño, como lo sugiere el actor en algunos párrafos del libelo. Estando entonces frente a un apoderamiento* -directo e inmediato- *del bien, la tipificación del hecho como hurto no ofrece problemas.*

En punto a ello dijo la Delegada:

"Como se ve, la conducta típica está cabalmente desarrollada visto que el apoderamiento no es acción del tipo que esté condicionada por circunstancias modales o temporales o locales. Basta cualquier acto físico directo del ladrón que le permita suplantar el poder material propio del poseedor, tenedor o dueño de la cosa, imponiendo el poder propio de disposición física sobre ella (un poder que reemplaza al anterior legítimo) para que se pueda afirmar conceptualmente que se apoderó de la cosa... Aquí se apoderó por medio de un artificio dirigido a romper la esfera de vigilancia o poder del legítimo poseedor de la cosa, lo cual reafirma la hipótesis del hurto. En efecto, el engaño no se orienta a inducir en

error a la víctima para la entrega del bien, caso en el cual sería estafa, sino de burlar la vigilancia y custodia y eliminar la resistencia u oposición *del poseedor de la cosa a su sustracción por el defraudador, lo que es característica propia del hurto desde la perspectiva de la mejor doctrina penal" (fls. 39, se subraya).*

No existe, pues, la nulidad estudiada.

2.- Violación del artículo 31 de la Constitución Nacional

Si por razón del concurso el juzgado de primera instancia aumentó la pena en ocho (8) meses, excluido del juzgamiento el delito de estafa, la pena inicialmente fijada en 35 meses quedaba reducida a 27, quantum éste que, por ningún motivo, podía el ad-quem incrementar, sin incurrir en flagrante violación del artículo 31 de la Constitución Nacional, que precisamente prohibe reformar en perjuicio la sinuación del condenado, sin mediar pretensión alguna en dicho sentido. Fue lo que ocurrió en este caso, pues el Tribunal, luego de señalar que la parte civil no tenía ningún interés en impugnar la dosificación de la pena, procedió, por iniciativa propia, a redosificarla, con manifiesto perjuicio para el condenado.

Para reparar este agravio se impone, entonces, casar parcialmente la sentencia impugnada, para dejar vigente el fallo de primer grado en lo referente a la dosificación de la pena previo descuento del incremento que se hizo por razón del concurso, y en cuanto al otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

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

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, para condenar al procesado Luis Moreno Díaz a la pena principal de veintisiete (27) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. De igual manera, para otorgarle la condena de ejecución condicional en los términos señalados por el juzgador de primera instancia.

En lo demás, el fallo recurrido permanece inmodificable.

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

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*
Salvamento de voto

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

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

Rafael Cortés Garnica
Secretario

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION (SALVAMENTO DE VOTO)

Radicación No. 7035

SALVAMENTO DE VOTO

La conducta del procesado, si bien resulta reprochable y digna de sanción, lo debió ser ubicándola dentro del tipo penal que le era propio, y éste, precisamente, no lo representaba el forzado delito de hurto agravado como tampoco el de estafa. El primero resulta el más ajeno y con ser grave esta difícil subsunción, lo es más como antecedente jurisprudencial. No quiero extenderme en razones, en este disentimiento, y me limito a consideraciones muy generales, más que todo con el fin de llamar la atención sobre el aspecto comentado.-

1.- Si todo el propósito del sentenciado fue obtener el pago de una obligación cancelada, para lo cual, mediante operaciones de real fraude procesal, inició y alentó un proceso ejecutivo, este delito debió cubrir todo lo que de él dependía, con el cual formaba una indisoluble unidad y tenía un mismo espacio procesal.-

De ahí que la actividad relacionada con el "apoderamiento" del vehículo automotor, previa esa demanda y la determinación judicial de ordenar su embargo y secuestro y entregar al procesado una orden judicial en este sentido, quedaba cobijada irremediablemente en la figura mencionada del fraude procesal.-

2.- Pero de no aceptarse esta apreciación, ese delito debió ser sustituido o adicionado en forma concursal por el del ejercicio abusivo de las propias razones.-

En el fondo, el procesado creía contar a su favor con una acreencia y por eso instauró un proceso ejecutivo, que se proyectó en la medida preventiva del embargo y secuestro. Lo que ocurrió fue que el sentenciado abandonó el cauce legal que había escogido para reemplazarlo por una acción irregular, en su condición de particular, vale decir, la directa aprehensión del automotor. La infracción en comento puede darse tanto en la hipótesis de absoluto alejamiento de la autoridad llamada a intervenir, mediante el procedimiento pertinente, como

cuando acudiéndose a aquella, en un determinado momento y para un determinado acto, se la abandona y se da curso a la actuación de hecho. Y esto fue lo que aconteció en el caso subexámine, pues el procesado no dejó que interviniera quien debía hacerlo en el secuestro del vehículo, sino que recurrió a sus personales iniciativas, gestiones y poderes. Creyó tener el derecho, porque juzgó que estaba insoluta una deuda o porque así lo autorizaba el embargo y secuestro obtenidos, pero en forma abusiva, de hecho y de manera individual, proceder al apoderamiento del automotor.-

Y no se diga en contra de este razonamiento, que su "derecho" no existía, pues a los fines del instituto no interesa tanto lo que a-posteriori resuelva una autoridad (policiva, judicial, etc.), después de darse la actuación propia, arbitraria, la justicia de mano propia, sino lo que como tal juzgue quien así se comporte, siempre que no desborde la lógica, lo evidente, lo incuestionable o no afecte de manera grave un derecho superior (v. gr. vida, integridad corporal) al que trata de imponer abusivamente. Y más razón acompaña a este modo de pensar, cuando se advierte en quien así obra que intenta inicialmente, antes de darse el descarado e injusto ejercicio de su derecho, la intervención de un organismo judicial.-

3.- Finalmente, me parece bastante dificultada y dudosa la tesis de la "violencia" sobre la base de una vaga e inconfirmada referencia de tenerse que ver el ofendido, en caso de negarse a la entrega voluntaria del vehículo, con autoridades policivas (frases soeces, intimidación con el F.2 "que yo sabía muy bien cómo era el trato" allí, en síntesis: maltrato).-

De muy antiguo se ha dicho que invocar la intervención de la autoridad, no puede traducir, por sí, un elemento extorsivo o de violencia o de coacción, condescendencia más explicable por el pusilánime carácter o el "temor" de dar la cara a ello pero por otros motivos, ya que accediéndose a ser llevado ante ella, se encontrará la mejor y más efectiva manera de hacer valer las legítimas pretensiones, contener el abuso y sancionar a quien obra incorrecta o irregularmente. Con la tesis, tan abierta, de paso jerarquiza algo que, bajo este enfoque, no puede caracterizar a un cuerpo legal, como es lo que parece aceptar la decisión tomada, vale decir, que lo que más obró en el ánimo del ofendido y tanto que se transmutó en "violencia" fue el anunciarle lo mal que le iría en el F.2, por conocerse como tratan allí a los que tienen el infortunio de ser conducidos a esas dependencias. Que tal, variando el ejemplo, entronizar como "violencia", para figuras delictivas que exhiben este ingrediente, el "aterrorizar" en el cobro de una deuda, o en la entrega de un bien o cosa, con llevar el oponente ante un determinado juez, el cual, por su venalidad, hará más gravosa la económica obligación, o, por su arbitrariedad, hara purgar injusta privación de libertad. Una institución, así tenga personas que pueden obrar en uno u otro sentido, no puede llevar el inri de tener esa caracterización de ilegalidad y abuso, al punto de insinuar o convocar su intervención, llene de pavura al ciudadano y haga fácil presa en la renuncia y dejación de sus derechos.

Respetuosamente,

Gustavo Gómez Velásquez

Fecha ut supra.

PENA \ AGRAVACION \ ATENUACION

En tema relacionado con la dosificación de la pena ya sea provisional o definitiva, no existen parámetros rigurosos que permitan concretar el incremento o reducción correspondiente a cada una de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, o intensificarla en los eventos de concurrencia delictual; por lo que pudiera pensarse que el juzgador goza de cierto arbitrio judicial, pero esta facultad no puede ser discrecional o arbitraria sino sometida a ciertas directrices de insoslayable observancia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Segunda Instancia Radicación No. 7847

Contra: Luz Amparo Leaño Castellanos

Delito: Prevaricato

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 141 (Dic. 1/92)

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Surtido el trámite de instancia, corresponde a la Corte decidir el recurso de apelación interpuesto por la ex-juez 18 penal del Circuito de Bogotá doctora Luz Amparo Leaño Castellanos, su defensor y el Ministerio Público representado por la Procuradora 16 en lo judicial, contra la sentencia de quince de julio pasado,

mediante la cual el Tribunal Superior de este distrito condenó a la mencionada exfuncionaria a la pena principal de 18 meses de prisión como responsable del delito de prevaricato y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

ANTECEDENTES

1o. El Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá a cargo de la doctora Luz Amparo Leaño Castellanos conocía de los procesos acumulados seguidos contra Jaime Michelsen Uribe, Fernando Senior Calle, Jaime Benito Zuleta Jaramillo y Manuel José Arrázola Escobar por el delito de abuso de confianza de que trataba el artículo 412 del Código Penal de 1936, agravado por el artículo 414 ibídem, y consumado en la modalidad de delito continuado (Art. 32 ibídem) y contra los tres primeramente nombrados y Roberto Ordóñez Ibáñez, Armando Carbonell Ospino y Rafael Padilla Andrade por infracción al artículo 19 del Decreto 2920 de 1982 (concentración indebida de créditos).

2o. El 12 de diciembre de 1989 el procesado detenido Jaime Michelsen Uribe mediante escrito coadyuvado por su defensor, solicitó del Juzgado la libertad provisional porque, en el evento de una sentencia condenatoria, tendría derecho a la condena de ejecución condicional transcribiendo comentarios de los tratadistas nacionales Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett en su obra "El Proceso Penal", edición de 1987.

El defensor del procesado ausente Roberto Ordóñez Ibáñez solicitó para su representado el mismo beneficio por idénticas razones doctrinales y porque respecto a él sólo se adelantaba una causa por infracción al artículo 19 del Decreto 2920 de 1982.

3o. La Juez Leaño Castellanos por auto de 15 de diciembre de 1989 concedió la excarcelación a Michelsen Uribe por cuanto la pena a imponerle, en caso de condena "no sobrepasaría los 3 años de prisión y como quiera que no es posible afirmar científicamente que el procesado Jaime Michelsen Uribe requiere de tratamiento penitenciario ha de concluirse es merecedor al subrogado de la condena de ejecución condicional" (fls. 11 a 17 del C. anexo).

Argumenta que la pena a imponer por el delito de abuso de confianza, de acuerdo a las circunstancias consignadas en la resolución de acusación, no sobrepasaría los 15 meses de prisión, pero partiendo de la sanción mas grave para los delitos en concurso que es la de dos años de prisión por infracción al artículo 19 del Decreto 2920 de 1982 y siguiendo las pautas de la acumulación jurídica "la pena a imponerse en caso de sentencia condenatoria no podrá ser igual y mucho menos superior a 39 meses (suma aritmética de las penas) siendo tentativamente dicha pena de tres años de prisión, preservándose así los fines perseguidos con la acumulación de procesos, siendo esta la principal finalidad del legislador".

Luego agrega que haciéndose acreedor a dicho subrogado "no se justifica mantenerlo privado de su libertad al tenor de las prohibiciones del art. 443 del C. de P.P., y en consecuencia se decretará la libertad provisional al tenor de lo dispuesto en el numeral 1o, del artículo 23 del Decreto 1861 de 1989 (Reformatorio del 439 del anterior C. de P.P., se aclara).

Respecto al peticionario Ordóñez Ibáñez advierte que también se hace merecedor a la libertad provisional porque la pena a imponer no excedería de tres años de prisión en virtud a que en su contra solo se dictó resolución acusatoria por infracción al Decreto 2920.

Y en cuanto a los procesados Alcides Caicedo Roa, Fernando Senior Calle y Jaime Benito Zuleta Jaramillo, oficiosamente les hizo extensivo el beneficio de libertad provisional por encontrarse en igualdad de circunstancias a Michelsen Uribe y Ordóñez Ibáñez; imponiéndole a cada uno de los excarcelados la obligación de prestar caución prendaria por la suma de tres millones de pesos a fin de garantizar su eventual comparecencia al proceso.

Dispuso cancelar las órdenes de captura que pesaban sobre los procesados oficiosamente favorecidos con libertad caucionada y ordenó comunicar lo resuelto al departamento jurídico del Ministerio de Justicia para efectos de la extradición de Roberto Ordóñez Ibáñez ante las autoridades de la república de Costa Rica.

4o. Apelada la anterior providencia por el Agente Especial del Ministerio Público designado para intervenir en este asunto, el Tribunal Superior de Bogotá la revocó mediante la suya de 21 de febrero de 1990 en consideración a que el artículo 439-1o del C. de P.P. (Decreto 050 de 1987) que consagraba la libertad provisional por eventual concesión en la ejecución condicional de la pena obligaba al juez a realizar una dosimetría penal anticipada consultando los parámetros establecidos en los artículos 61, 66 y 67 del Código Penal, conforme a las exigencias del artículo 68 de la misma codificación.

Así las cosas, para efectos de cuantificar la pena a imponer a los procesados Jaime Michelsen Uribe, Fernando Senior Calle y Jaime Benito Zuleta Jaramillo, encausados por abuso de confianza e infracción al artículo 19 del Decreto 2920 de 1982, no se podía partir, como lo hizo la juez, del mínimo previsto para el delito más grave, esto es, dos años de prisión para la concentración indebida de créditos por cuanto concurrían en el accionar de los acusados las circunstancias genéricas de agravación punitiva consistentes en la preparación ponderada del hecho punible, obrar en complicidad de otros, abusar de la credibilidad pública o privada y la posición distinguida que los delincuentes ocupaban en la sociedad por su riqueza. Ilustración, poder o cargo bastando leer "las decisiones de primera y segunda instancia sobre la violación del Decreto 2820 (sic) de 1982 para admitir la gravedad del delito y concluir que se impondría, en caso de sentencia condenatoria, una pena superior a los tres años de prisión por el solo delito de "autopréstamos".

Además si los mismos sindicados fueron enjuiciados por el delito de abuso de confianza por defraudar a innumerables personas que perdieron sus haberes a consecuencia de sus actividades ilícitas "no se entiende cómo la Juez pudo tomar la decisión recurrida con el argumento de que la pena era inferior a tres años, sin consultar los parámetros lógicos ni jurídicos, a pesar de que por providencia de mayo 7 de 1989, emanada del Juzgado 16 de Instrucción Criminal, había revocado el beneficio de libertad provisional con razones jurídicas indiscutibles, enmendando un error que había cometido".

Era suficiente, a juicio del Tribunal Superior, la anterior consideración para revocar la providencia impugnada extrañándose que no hubieran sido tenidas en cuenta las distintas medidas de aseguramiento que recaían sobre los procesados y el número de sindicaciones "factores que tradicionalmente los ponen al margen del beneficio otorgado, desde añejas disposiciones penales (Art. 467 y 469 Decreto 409 de 1971, Art. 45 de la Ley 2a. de 1984, Art. 441 del Decreto 050 de 1987) y sistemáticamente la jurisprudencia ha considerado que en estos eventos no hay derecho a la condena de ejecución condicional; la funcionaria conocía la situación por tramitar los procesos acumulados bajo una misma cuerda y contaba con información del Juzgado 10 de Instrucción Criminal (fl. 469 c. or. 4) sobre proferimiento de medida de aseguramiento contra los mismos sujetos y sin embargo de manera extraña concedió el beneficio".

5o. Llamada a rendir indagatoria la doctora Luz Amparo Leaño Castellanos se remitió, en lo fundamental, a las razones plasmadas en la providencia cuestionada, reafirmando que excarceló a los procesados porque de acuerdo a su criterio jurídico dicha medida se ajustaba a las previsiones del numeral 1o. del artículo 439 del anterior C. de P.P. en armonía con el 68 del Código Penal, norma que en su sentir prevalece sobre el artículo 441 ibídem, que trataba de las prohibiciones para excarcelar.

Reitera que al hacer una tasación anticipada de la pena que pudiera corresponderle a los peticionarios esta no podría exceder de tres años de prisión por lo que se hacían acreedores a la libertad provisional e interrogada por la funcionaria instructora para que explicara el motivo por el cual no examinó detenidamente las prohibiciones del artículo 441 expresó que "si bien es cierto que el art. 441 trae una serie de prohibiciones y en este caso no solamente sería la del numeral 3o. sino que tendríamos también la contemplada en el último inciso del numeral 4o. en donde en igual forma habla de una prohibición de libertad provisional para los delitos contemplados en el Decreto 2920 de 1982, pero es que como ya lo dije anteriormente, esas prohibiciones yo considero, se deben ver dentro de las prohibiciones de libertad provisional, pero que escaparían a la causal contemplada en el art. 439 num. 1o. que es el que estamos analizando porque allí estamos contemplando los requisitos del art. 68 del C.P., analizándolos para ver si en el caso de una sentencia condenatoria sería posible o sería dable otorgar una libertad con el convencimiento y creo no ser la única persona que tiene el criterio de conceder la libertad al procesado

cuando hecha una tasación provisional y teniendo la convicción jurídica de que lo va a otorgar en la sentencia, ponerse a aplicar y analizar prohibiciones que luego si entrarían en contradicción con la determinación que llegare a tomar...".

6o. Por los hechos que se dejan reseñados el Tribunal Superior de Bogotá profirió resolución de acusación contra la Juez 18 Penal del Circuito por el delito de prevaricato por acción descrito en el artículo 149 del C.P., pronunciamiento recurrido en reposición y apelación subsidiaria por la defensa.

Negada la reposición y concedida la apelación ante esta Corporación, el defensor de la acusada desistió de éste último recurso, desistimiento aceptado por el Tribunal.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de quince de julio postrero puso fin a la instancia condenando a la acusada a la pena principal de 18 meses de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes, absteniéndose de condenarla al pago de perjuicios ante la imposibilidad de determinarlos en forma concreta y concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por la sentenciada, su defensor y la representante del Ministerio Público.

7o. Los sujetos procesales recurrentes coinciden en pedir la revocación de la sentencia recurrida para que en su lugar se absuelva a la ex-juez sentenciada, aunque por diferentes motivos:

La sentenciada aduce una disparidad de criterios jurídicos con el magistrado ponente respecto al sentido y alcance de los artículos 439-1o. y 441-3o.-4o. del anterior C. de P.P., la que no configuraría el delito de prevaricato imputado advirtiendo que el fallo de condena se fundamenta en una responsabilidad objetiva expresamente proscrita de nuestra legislación penal por el artículo 5o. del C.P. vigente, y su defensor discrepa de la decisión impugnada por cuanto es "copia fiel" de las motivaciones plasmadas por la Sala de Decisión del Tribunal que revocó la providencia excarcelatoria dictada por la Juez Leaño Castellanos, quien obró sin dolo ni malicia en la interpretación y aplicación de la ley al caso juzgado argumentando que si el delito de prevaricato lleva ínsita la calidad de sujeto calificado resultaba improcedente la circunstancia genérica de agravación punitiva contemplada en el numeral 11 del artículo 66 del C.P. porque se estaría violando el principio de derecho non bis in idem.

La representante del Ministerio Público expresa que no constituye manifiesta violación de la ley el tasar anticipadamente una pena dentro de los límites legales como tampoco puede afirmarse, sin respaldo probatorio, la concurrencia de circunstancias de agravación punitiva en la conducta de Michelsen Uribe porque no obran en autos copias de los procesos por abuso de confianza e infracción al Decreto 2920 de 1982 careciendo de objetividad las manifestaciones hechas en tal sentido por el Tribunal Superior.

De acuerdo al texto de los artículos 61, 64, 66 y 67 del C.P., que señalan las pautas a seguir en la fijación de la pena, su evaluación obedece a un criterio elástico dentro del cual es fácil no encontrar concordancia entre dos juzgadores; prueba de lo cual es el hecho de que el Juzgado 18 Penal del Circuito como el Tribunal Superior no coincidieron en el señalamiento de la pena impuesta a Michelsen Uribe y Caicedo Roa pues mientras aquel los condenó a 51 y 32 meses de prisión respectivamente, éste les incrementó la pena a 59 y 44 meses revocándoles los subrogados penales concedidos.

Conforme a las pruebas obrantes en autos (constituidas por fotocopias de la actuación surtida ante la Procuraduría General de la Nación) concurrían en el comportamiento del procesado Jaime Michelsen Uribe circunstancias genéricas de atenuación punitiva que no podrían desconocerse al momento de liquidar la pena imponible como el haberse presentado voluntariamente ante la justicia; haber resarcido voluntariamente el daño y haber observado buena conducta anterior "por lo que es factible aceptar la concurrencia de error en la funcionaria acusada, cuando efectuó los cómputos correspondientes".

Agrega que las circunstancias genéricas de agravación punitiva a que alude el Tribunal Superior en la sentencia impugnada forman parte de la tipicidad de la conducta descrita en el artículo 19 del Decreto 2920 de 1982 y que el delito de abuso de confianza gozaba de ciertas rebajas punitivas como las previstas en los artículos 429 y 32 del Código Penal de 1936 y en la ley 48 de 1987 que no permiten afirmar que la ex-juez Leaño Castellanos obró dolosamente o en forma contraria a la ley al momento de calcular el quantum de la pena imponible.

Consideraciones de la Corte

Aparece demostrado que la doctora Luz Amparo Leaño Castellanos en su carácter de Juez 18 Penal del Circuito de Bogotá y en ejercicio de funciones profirió el auto de 15 de diciembre de 1989 por el que ordenó la libertad provisional mediante caución de los procesados Jaime Michelsen Uribe, Roberto Ordóñez Ibáñez, Alcides Caicedo Roa, Fernando Senior Calle y Jaime Benito Zuleta Jaramillo con fundamento en el artículo 23 del Decreto 1681 de 1989 reformatorio del 439-1o. del C.P.P. de 1987, que autorizaba la excarcelación cuando en cualquier estado del proceso estuvieran demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia, evento en el cual la libertad no podría negarse con base en que el detenido provisionalmente necesitaba tratamiento penitenciario.

Adujo la juez que la pena a imponer al primero de los nombrados en caso de condena, de acuerdo a una graduación provisional de la misma, no excedería de tres años de prisión con lo que se cumpliría uno de los requisitos del artículo 68 del C.P., y como quiera que no era factible afirmar científicamente que requiera el

tratamiento penitenciario concluyó que se hacía merecedor al subrogado de la condena de ejecución condicional por lo que no se justificaba mantenerlo privado de la libertad "al tenor de las prohibiciones del art. 441 del C. de P.P.".

Como la pena imponible a los demás procesados sería inferior a tres años de prisión porque Roberto Ordóñez Ibáñez solo había sido enjuiciado por infracción al Decreto 2920 y Alcides Caicedo Roa, Fernando Senior Calle y Jaime Benito Zuleta Jaramillo se encontraban "en iguales circunstancias" a Michelsen Uribe resultaban también favorecidos con la libertad provisional impetrada por éste último y el defensor de Ordóñez Ibáñez.

Es verdad que en tema relacionado con la dosificación de la pena ya sea provisional o definitiva, no existen parámetros rigurosos que permitan concretar el incremento o deducción correspondiente a cada una de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, o intensificarla en los eventos de concurrencia delictual; por lo que pudiera pensarse que el juzgador goza de cierto arbitrio judicial; pero esa facultad no puede ser discrecional o arbitraria sino sometida a ciertas directrices de insoslayable observancia.

En efecto, para graduar la pena que corresponda al infractor por el delito cometido deben relacionarse necesariamente los artículos 61 y 67 del Código Penal puesto que las circunstancias de agravación y atenuación punitiva son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación de la pena. Junto a ellas, obran también como factores reguladores de la sanción, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente.

El artículo 67, que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que solamente podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, y cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación punitiva, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61".

Y el artículo 26, que regula la dosificación en los casos de concurso de hechos punibles, establece que el delito básico para iniciar la tasación está constituido por el más grave de los concursantes, cuya pena podrá ser aumentada hasta en otro tanto.

La claridad de estos preceptos permite concluir que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurren circunstancias de atenuación punitiva (artículo 67), siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 61, como determinantes del incremento punitivo y que tratándose de un concurso de delitos no solo debe tenerse en cuenta para incrementar la pena "hasta" en otro tanto, la pluralidad de hechos punibles sino los demás criterios señalados por el legislador para determinar la correspondiente al delito básico (artículo 26).

La juez Luz Amparo Leaño Castellanos al momento de graduar la pena que tentativamente le correspondería al procesado Jaime Michelsen Uribe para efectos

de determinar si respecto a él se daba el requisito objetivo exigido por el artículo 68 del C.P., relativo al quantum de la misma, desconoció dicha normatividad jurídica y en forma arbitraria y caprichosa partió del mínimo de dos años de prisión señalado para el delito más grave de los concursantes pasando por alto que en relación con ese procesado concurrían en su comportamiento circunstancias genéricas de agravación punitiva como la preparación ponderada del hecho punible, el obrar con la complicidad de otros, abusar de la credibilidad pública o privada y la posición distinguida que el delincuente ocupaba en la sociedad por su riqueza, ilustración, cargo o poder (ordinales 4o, 7o, 9o y 11o del artículo 66 del C.P.) las que impedían a todo trance partir de dicho mínimo en la liquidación de la pena imponible.

La Juez Penal del Circuito estaba obligada a tener en cuenta dichas circunstancias genéricas de agravación punitiva aunque no hubieran sido deducidas en la resolución de acusación porque tratándose de determinar el monto de la pena que correspondiera a los procesados, en el evento de una condena, debían ser consideradas por expreso mandato del artículo 61, así la tasación tuviera el carácter de provisional o definitiva.

No es necesario que las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva sean consignadas en la parte motiva de la resolución enjuiciatoria, para que sean examinadas por el juez en la sentencia de condena como uno de los varios factores determinantes de la pena, en cuanto no hayan sido previstas de otra manera.

La obligación legal de reseñarlas sólo opera respecto a las circunstancias específicas de agravación o atenuación punitivas conocidas que son las que tienen el poder de incrementar o atenuar la pena contemplada en el tipo penal vulnerado y que de no ser relacionadas en el pliego de cargos, y sí consideradas en la sentencia, afectarían el derecho a la defensa del procesado y variarían negativamente la calificación del hecho punible. (Art. 471 del anterior C.P.P.; hoy art. 442 de la codificación vigente).

Por lo demás, la citada ex-funcionaria omitió examinar factores de tanta significación punitiva como la inocultable gravedad de los hechos punibles atribuibles a Michelsen Uribe que originaron la llamada crisis financiera de 1982 y el grado de culpabilidad predicado de su principal protagonista, entre otros, que sumados a las circunstancias genéricas de agravación punitiva ya señaladas obligan a la imposición de una pena superior a los tres años de prisión. Si a ello se agrega que la sanción por el delito básico debía incrementarse hasta "en otro tanto" siguiendo el sistema de acumulación jurídica por el concurso con el delito de abuso de confianza en la modalidad de continuado y agravado por razón de la cuantía colígese que la pena a imponer a dicho procesado excedía en mucho a la tentativamente señalada por la juez Leaño Castellanos para hacer viable la excarcelación caucionada.

Con sobrada razón expresó el Tribunal Superior que la juez procesada se apartó de la ley para liberar provisionalmente a los sindicados pues la realidad procesal existente al momento de concederles la libertad "no permitía solución distinta a la de negar el beneficio incoado, por ser manifiestamente contrario a la ley".

Y es que en verdad la decisión por ella adoptada es ostensiblemente contraria al derecho conocido porque se apartó del claro sentido de las normas que gobiernan la materia, las que no podía ignorar en su correcto entendimiento dada la sencillez de su tenor literal, su calidad de juez y su experiencia en el cargo. Por ello no son de recibo sus explicaciones en cuanto a que se limitó a interpretarlas dándoles de buena fe esa aplicación como lo había hecho en casos similares.

Resultaba extraño, como anota el Tribunal Superior, que la doctora Leaño Castellanos no hubiera tenido en cuenta para negar la excarcelación impetrada que respecto a Jaime Michelsen Uribe, Fernando Senior Calle y Benito Zuleta Jaramillo recaían varias sindicaciones por delitos dolosos en las que se habían proferido medidas de aseguramiento que se encontraban vigentes; situación que no podía ignorar o desconocer por tramitar los procesos acumulados bajo una misma cuerda y por haber recibido información sobre el particular por el Juzgado 10o. de Instrucción Criminal; como tampoco que contra ellos y Roberto Ordóñez Ibáñez se había dictado resolución acusatoria por infracción al Decreto 2920 de 1982; circunstancias que al tenor de los ordinales 3o. y 4o. in fine, del artículo 441 del C.P.P. entonces vigente, constituían claras prohibiciones para excarcelar.

Ella aduce en sus descargos no haber tenido en cuenta las prohibiciones del artículo 441, porque según el criterio de distinguidos comentaristas nacionales, al cual se acogió, no estaba probado científicamente que el peticionario requiriera tratamiento penitenciario. Pero no se trata de un enfoque diferente al que fluye de la claridad de su texto, sino de una determinación que se evidencia con características de ostensible y protuberante ilegalidad pues no podía pasar inadvertido que tres de los procesados por ella excarcelados soportaban medidas de aseguramiento que se encontraban vigentes por diferentes delitos materia de investigación y que contra ellos y Roberto Ordóñez Ibáñez se había proferido resolución de acusación por infracción al Decreto 2920 de 1982 (indebida concentración de créditos); circunstancias concurrentes que a la luz del artículo 441 del C.P.P. entonces en vigor (hoy art. 417-4 de la codificación vigente en cuanto a la concentración indebida de créditos) constituían diáfanas y taxativas prohibiciones de libertad provisional conforme a los ordinales 3o. y 4o. in fine.

De manera que si la doctora Leaño Castellanos en presencia de dos expresas prohibiciones de libertad provisional, que por la claridad de su tenor literal no se prestaban a interpretaciones equívocas, optó por excarcelar a los procesados, quebrantó de modo manifiesto el artículo 441 que le prohibía rotundamente liberar provisionalmente a Michelsen Uribe y los demás procesados.

Es cierto que la Sala haciendo una interpretación sistemática de las normas relacionadas con la libertad provisional consideró que en los casos previstos en el artículo 441, se podía negar la libertad cuando el procesado requería de tratamiento penitenciario (Autos de 31 de julio y 1o. de agosto de 1991 siendo magistrados ponentes los doctores Ricardo Calvete Rangel y Edgar Saavedra Rojas); pero también lo es que a esa conclusión sólo se puede llegar a través de un juicio de valor en el que el juzgador después de sopesar factores como la personalidad del agente, la naturaleza y modalidades del hecho punible le permitan suponer fundada y razonadamente, mas no científicamente, que el procesado requiere de tratamiento penitenciario.

La funcionaria sindicada omitió referirse a dichos aspectos sustanciales en la decisión a tomar limitándose a afirmar escuetamente que no estaba probado científicamente que Jaime Michelsen Uribe requiriera tratamiento penitenciario, razón por la que procedía su liberación provisional.

Es más. Unicamente se ocupó de examinar la situación del procesado Michelsen Uribe aludiendo tangencialmente a los demás beneficiados con la excarcelación la que hizo extensiva de manera oficiosa a quienes, como Ordónez Ibánez, Senior Calle y Zuleta Jaramillo se encontraban huyendo de la justicia; circunstancia que desdice de la personalidad de los mismos e incide negativamente en el criterio subjetivo del juez en cuanto a la determinación del tratamiento penitenciario.

Tampoco puede aceptarse como lo pretende la Representante del Ministerio Público, que por la ausencia de las copias de las diversas decisiones judiciales proferidas en contra de Michelsen Uribe, la juez estuviese en imposibilidad de formarse un criterio sobre su personalidad para los fines legales pertinentes, porque en las copias del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y allegadas a los autos se ponía en evidencia dichas circunstancias, que la misma funcionaria aceptó conocer al rendir sus explicaciones.

Y es inadmisible la afirmación de que la circunstancia genérica de agravación por haber obrado el acusado con la complicidad de otro, no podía tenerse en cuenta para efecto de graduarle provisionalmente el quamtum punitivo, por el solo hecho de que la norma en cuestión (Art. 19 del Decreto 2920) "pluralice" a los sujetos agentes del delito de concentración indebida de créditos porque no se trata de un tipo penal de sujeto activo plurisubjetivo, sino de una conducta donde nada impide que una sola persona realice el comportamiento descrito en la ley como delito.

Tampoco es de recibo el argumento de que la presencia de circunstancia de atenuación punitiva, como la buena conducta anterior del acusado, permitieran tasar tentativamente la pena por debajo de los tres años de prisión, puesto que otros factores concurrentes en la conducta del procesado obligaban a incrementarla por encima de dicho límite como hubo de demostrarse.

De modo que si la doctora Luz Amparo Leaño Castellanos en su afán de liberar a toda costa a los sindicados forzó los cálculos para hacer creer que no merecían pena superior a tres años de prisión desoyendo los criterios orientadores para la fijación de la misma y apartándose de la realidad procesal obrante en autos, adecuó su conducta al tipo penal del prevaricato por acción de que trata el artículo 149 del C.P. pues existiendo una inequívoca y manifiesta oposición entre la resolución por ella tomada y el derecho que ha debido aplicar al caso concreto, se evidencia una ostensible ilegalidad en su proceder.

No se trata, como pudiera pensarse, de una interpretación normativa diversa de la predominante o surgida de un error excluyente de culpabilidad, sino de un manifiesto y franco desacato al claro y preciso texto de la ley.

Fluye de lo expuesto que la juez acusada cometió el hecho con claro conocimiento de la violación de la ley, a pesar de lo cual dirigió su voluntad hacia su quebranto, es decir, con dolo, porque no otra cosa puede inferirse lógica y razonablemente de la amañada tasación de la pena a los procesados y del desprecio con que actuó respecto a unas prohibiciones legales, con el propósito de allanar un obstáculo legal y de darle visos de equidad y aparente justicia a un acto manifiestamente ilegal.

Se confirmará en consecuencia la sentencia recurrida.

PUNIBILIDAD

Ningún reparo le merece a la Corte la fijación de la pena impuesta a la exfuncionaria acusada. No encuentra como lo pretende la defensa, violatorio el principio "non bis in idem, el hecho de que el Tribunal hubiese incrementado el mínimo de la pena, por la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 11 del artículo 66 del C.P..

Sobre este aspecto, ya había dicho la Corte:

"Lo anterior está indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ordinal 11, del artículo 66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto a los demás. Y entre estos empleados oficiales se encuentran, indudablemente, los jueces, quienes por su propia función están obligados, como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sanciona a otros. Es obvio que el delito cometido por un juez, así sea de aquellos ilícitos de los que sólo puede ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo precisamente por lo que él representa ante la sociedad".

Este criterio, ha sido reiterado entre otras, en providencia del 20 de marzo de 1991.

Para la Sala no obstante que no comparte el otorgamiento inmerecido de la condena de ejecución condicional que hiciera el Tribunal para el caso en estudio tal decisión es inmodificable en segunda instancia por expresa prohibición del artículo 31 de la Constitución Nacional ya que si bien conjuntamente con el procesado recurrió el agente del Ministerio Público éste lo hizo a favor de la sentenciada.

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

RESUELVE

CONFIRMAR íntegramente la sentencia condenatoria apelada por la ex-juez doctora Luz Amparo Leaño Castellanos, su defensor y la representante del Ministerio Público.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Dídimo Páez Velandia*

Gustavo Gómez Velásquez — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*
Salvo parcialmente mi voto

Rafael Cortés Garnica
Secretario

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES \ DERECHO DE DEFENSA \ SENTENCIA \ PRINCIPIO NON BIS IN IDEM (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Referencia: Segunda Instancia No. 7847

Delito: Prevaricato

Perfectamente me encuentro identificado con la sentencia de condena toda vez que los extremos que reclama la ley procesal para proferir decisión de esta índole se hallan en esros cuadernos más que satisfechos. Me separo, sin embargo, del siguiente fragmento de la sentencia de la Corte:

"...La Juez Penal del Circuito estaba obligada a tener en cuenta dichas circunstancias genéricas de agravación punitiva aunque no hubieran sido deducidas en la resolución de acusación porque tratándose de determinar el monto de la pena que correspondiera a los procesados, en el evento de una condena, debían ser consideradas por expreso mandato del artículo 61, así la tasación tuviera el carácter de provisional o definitiva...".

Mi pensamiento va por muy otro lado. Creo -como lo he dicho reiteradamente- que la deducción de las circunstancias de agravación punitiva debe cumplirse en el calificatorio y nunca en la sentencia ya que abiertamente se vulnera el derecho de defensa. Al repensar la cuestión sigo manejando las mismas ideas de mis anteriores disidencias de manera tan persistente como infructuosa. Lo que al parecer va para largo a juzgar por el criterio mayoritario de la Sala, bien continúo fiel a mi prédica de siempre.

Pero, además, considero -como lo he sostenido en otras ocasiones que la doble valoración de un mismo hecho conduce a la transgresión del principio del non bis in idem. Cuando un elemento que caracteriza la acción punible se aprecia coetáneamente como agravante en la sentencia, cual ha ocurrido aquí, debe descartarse la concreción de la circunstancia que contenga esa misma condición. Pienso que esto es así.

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra

ERROR DE DERECHO \ FALSO JUICIO DE CONVICCION \ TESTIMONIO

El error de derecho por falso juicio de convicción tendría lugar cuando se le niega a la prueba el valor asignado por la ley, o se le reconoce el valor que no le corresponde.

"El testimonio único purgado de sus posibles vicios, defectos o deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación"

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6832

Contra. Luis Eduardo y Rodulfo González

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 142 (Dic 2/92)

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Vistos

Ha sido recurrida en casación por el defensor de los procesados Luis Eduardo y Rodulfo González la sentencia de 28 de agosto de 1991 mediante la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la dictada por el Juzgado Sexto Superior de esa ciudad condenándolos a la pena principal de 18 años de prisión, cada uno, a las sanciones accesorias de rigor y al pago de los perjuicios causados; como responsables de los delitos de homicidio agravado en Antonio de Jesús Toro y homicidio agravado en grado de tentativa en María de Jesús Pancho.

Hechos

A eso de la ocho y media de la noche del 21 de marzo de 1990 en momentos en que Antonio de Jesús Toro y su compañera María de Jesús Pancho regresaban en bicicleta a su casa de habitación del corregimiento "El Hormiguero", vereda "La Paila" del municipio de Cali, fueron sorpresivamente atacados a machete por un grupo de personas entre las que se encontraban presentes los hermanos Luis Eduardo, Rodulfo y Javier González produciéndole la muerte al primero de los nombrados y graves lesiones en la cabeza y el rostro de María de Jesús Pancho que le significaron una desfiguración de carácter permanente.

Actuación procesal

La investigación fue iniciada al día siguiente por el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Cali oyendo en indagatoria a los sindicados Luis Eduardo y Rodulfo González quienes negaron la autoría de los hechos explicando que a la hora en que éstos sucedieron se encontraban viendo televisión en casa de Jaime López. Conocían al occiso y su compañera por ser sus vecinos dando cuenta de la enemistad o malquerencia de Antonio de Jesús hacia ellos y su progenitora a la que amenazaron de muerte.

Llamados a declarar Jaime López, su esposa Julia María González y sus hijos Omar y Walter ratifican lo dicho por los sindicados en el sentido de haber permanecido en su casa la noche de autos presenciando los programas de televisión.

Por su parte, la mujer María de Jesús Pancho desde el momento mismo en que fue atendida por los agentes de la Policía Nacional que conocieron del caso y a través de sus intervenciones en el proceso ha sido enfática en señalar a los hermanos Luis Eduardo, Rodulfo y Javier González, este último juzgado en ausencia, como los autores de homicidio y las lesiones por ella recibidas atribuyéndole a Rodulfo y Javier la autoría de los machetazos que hicieron impacto en sus cuerpos y a los tres, el haber arrastrado el cadáver de su compañero Antonio de Jesús Toro hacia el Cauca.

Practicadas otras pruebas, entre la cuales, una inspección judicial al lugar de los hechos, el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal acogiendo las inculpaciones hechas por la ofendida María de Jesús Pancho, las que tuvo como creíbles y sinceras, profirió resolución de acusación contra los mencionados hermanos por los delitos de homicidio simple y homicidio tentado en las personas de Antonio de Jesús Toro y María de Jesús Pancho; calificación provisional que el Juzgado Sexto Superior de Cali varió durante la audiencia pública agravando la conducta de los acusados por concurrir en su accionar la circunstancia de agravación punitiva del ordinal 7o. del artículo 324 del C.P. en armonía con el 323 ibídem, esto es, aprovechando la situación de indefensión e inferioridad de las víctimas.

Adelantado el juicio con sujeción a la ley el juzgado del conocimiento puso fin a la instancia condenando a los hermanos procesados Luis Eduardo, Rodulfo y Javier González a la pena principal de 18 años de prisión, cada uno, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios; fallo apelado por la defensa y confirmado por mayoría de votos por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali mediante el que es objeto del recurso de casación.

DEMANDA DE CASACIÓN

Con fundamento en la causal primera de casación se pide la absolución de los procesados recurrentes Luis Eduardo y Rodulfo González por ausencia de prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y su responsabilidad en el mismo, como lo hicieron ver en su debida oportunidad el Fiscal Sexto del Tribunal Superior y el magistrado disidente.

En desarrollo de la censura se hacen por el censor las siguientes consideraciones:

El proceso no cuenta con la prueba requerida para proferir sentencia de condena pues el testimonio rendido por la ofendida María de Jesús Pancho, tenido por los juzgadores de instancia como sincero, veraz y creíble, adolece de incoherencias y suposiciones que lo demeritan y proviene de persona interesada en faltar a la verdad para perjudicar a los hermanos González por razones de rivalidad o malquerencia hacia ellos, a quienes ni siquiera distingue "llegando a equivocarse cuando intentó individualizar a uno de ellos a través de fotografías que se encuentran en el expediente".

El dicho de la testigo en el sentido de haber gritado y pedido auxilio cuando era atacada no es aceptable porque los vecinos del sector manifestaron no haber escuchado gritos de ninguna clase. Tampoco puede aceptarse en cuanto dijo haber visto arrastrar a su compañero "porque fue lesionada primero y tumbada de la bicicleta donde viajaba como parrillera, lo que le hizo perder todo control y tal vez por un instinto defensivo sale corriendo en busca de refugio o de protección, en sentido contrario al rumbo que llevaban, no siendo perseguida por sus atacantes, porque ahí sí hubieran podido ser vistos por otras personas".

La distancia existente entre el sitio del ataque y el lugar en que fue hallado el cadáver del occiso -mayor de cuatrocientos metros-, dificultaba en grado sumo cargar el cuerpo de la víctima "sin ningún vehículo y manando sangre, para después capturar a unas personas que no mostraban fatiga ni presencia de manchas que indicaran haber estado en una acción como la vivida aquella noche", por lo que resulta increíble que los hechos hubieran ocurrido en el lugar señalado por la deponente.

Las explicaciones rendidas por los procesados avaladas con las declaraciones dadas por Jaime López y sus familiares demuestran, por el contrario, que los

hermanos Luis Eduardo y Rodulfo González no pudieron estar presentes en el lugar de los hechos, pese a lo cual no se les reconoció en la sentencia el valor exculpatorio que tienen.

Obran en autos declaraciones de personas reconocidas en la región como la del ex-Inspector del Corregimiento el "Hormiguero" Libardo Ocampo, que dan fe del carácter pendenciero y agresivo del occiso Antonio de Jesús Toro y de la conducta ejemplar observada por los hermanos González, prueba que tampoco fue considerada.

Sintetizando la tacha formulada a la sentencia expresa el impugnante que al habérsele asignado credibilidad al testimonio de la ofendida no obstante los vicios de que adolece, negándosela a las demás declaraciones obrantes en autos "entraña un error de derecho por el aspecto de convicción del elemento probatorio".

Concepto de la Procuraduría Delegada

El Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita no casar la sentencia impugnada porque el libelo enderezado a probar un supuesto error de derecho por falso juicio de convicción padece de insubsanables fallas de técnica que lo hacen inepto.

Expresa que la argumentación del demandante se encamina a demostrar que el testimonio de María de Jesús Pancho no es digno de crédito, mientras que las declaraciones del grupo de personas que pregonan la inocencia de los hermanos González así como sus indagatorias, sí deben ser aceptadas como prueba de su no participación en los hechos.

Para lograr ese cometido se acogió a la causal primera de casación aduciendo error de derecho el que resulta inconcebible "puesto que al no existir tarifa legal alguna para la valoración de la prueba testimonial, el juez está facultado para darle o negarle credibilidad con base en los principios de la sana crítica, los cuales fueron aplicados correctamente en el caso sub examine, lo que hace improcedente el error de derecho planteado".

El escrito impugnatorio adolece además de los siguientes desconocimientos técnicos: no obstante acudir al error de derecho por falso juicio de convicción desvió el ataque hacia el error de hecho al plantear "un falso juicio de identidad por omisión de pruebas (sic), las cuales, dicho sea de paso, carecen de incidencia para variar el resultado del proceso"; no menciona las normas instrumentales y sustanciales infringidas por el sentenciador con lo que no integró la proposición jurídica completa y, equivoca el sentido de la violación confundiendo los conceptos sobre falso juicio de legalidad y de convicción.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con sobrada razón advierte la Procuraduría Delegada que la impugnación adolece de insalvables fallas de técnica que la convierten en un sencillo alegato de instancia pues se limita a revivir una controversia respecto al valor probatorio del testimonio de la ofendida María de Jesús Pancho sobre la base de idénticos o similares argumentaciones a las expuestas por el recurrente durante los debates de instancia.

El error de derecho por falso juicio de convicción tendría lugar cuando se le niega a la prueba el valor asignado por la ley, o se le reconoce el valor que no le corresponde; hipótesis que no tiene cabida en el caso de examen porque se trata de medios de convicción no tarifados como el testimonio, y en general los reconocidos por el estatuto procedimental penal, respecto a los cuales rige el principio de la persuasión racional dentro de la sana crítica que le otorga soberanía al juzgador para determinar, en cada caso concreto, el grado de credibilidad que le merece una prueba. De modo que la censura orientada a demeritar el nivel de verosimilitud que arroja un testimonio desemboca, casi siempre, en un enfrentamiento entre las razones consignadas por el sentenciador y las que le opone el censor, como acontece con los planteamientos del libelista.

Este, se ha empecinado en sostener la ausencia de prueba para condenar porque, contrariamente a lo expuesto por el Tribunal Superior, las manifestaciones incriminatorias de la testigo y sobreviviente María de Jesús Pancho, confrontadas con las exculpaciones rendidas por los procesados respaldadas con las declaraciones de Jaime López, su esposa y sus hijos, no merecen la credibilidad y certeza requerida para fundamentar un fallo de condena.

Pretende así reabrir la polémica sobre la eficacia del testimonio único o la del valor que corresponde al dicho del ofendido, aspecto al cual se ha referido la Corte en los siguientes términos: "El testimonio único purgado de sus posibles vicios, defectos o deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación. El legislador, y también la doctrina, ha abandonado aquello de *testis unus, testis nullus*. La declaración del ofendido tampoco tiene un definitivo apriorístico demérito. Si así fuera, la sana crítica del testimonio, que por la variada ciencia que incorpora la misma y mediante la cual es dable deducir cuándo se miente y cuando se dice la verdad, tendría validez pero siempre y cuando no se tratase de testimonio de persona interesada o en solitario. Estos son circunstanciales obstáculos, pero superables; son motivos de recelo que obligan a profundizar más en la investigación o en el estudio de declaraciones tales, pero nunca pueden llevar al principio de tenerse en menor estima y de no alcanzar nunca el beneficio de ser apoyo de un fallo de condena" (Cas. de 12 de julio de 1989, M.P. doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Se ha pregonada por la defensa y por quienes han acogido sus planteamientos, la poca y hasta sospechosa credibilidad que arroja el testimonio rendido por la

ofendida María Jesús Pancho en el que relató lo acontecido señalando categóricamente a los hermanos Luis Eduardo, Rodulfo y Javier González, sus vecinos y conocidos, como los autores de la agresión, en consideración a la enemistad que de ella se predica respecto a los acusados y por las suposiciones que emergen de su relato; pero se olvida que la deponente desde un comienzo enfatizó en la coautoría de los hermanos González, actitud que mantuvo sin ninguna hesitación a lo largo del proceso no evidenciándose circunstancia alguna que la hubiera llevado a mentir en su relato.

De ahí que el Tribunal Superior hubiese expresado con gran sentido lógico:

"El testimonio del ofendido al señalar al presunto autor de hecho no siempre puede tenerse como algo incierto o dudoso. Lo lógico es que quien ha sido ofendido por el accionar de alguien en particular, señale a esa persona y no a otra. No tendría sentido y ninguna lógica que alguien después de ser herido en algún lance vaya a querer señalar a diversa persona de la que la ha lesionado. A no ser que busque algo más profundo o tenga en mente conseguir algo que no puede obtener del real ofensor. Pero cuando dentro del proceso no se vislumbre ese aparente interés, sino que por el contrario impera el sentido común en las formulaciones del cargo y en el señalamiento del sindicado, el testimonio debe ser tenido en cuenta y valorado para producir los naturales efectos".

También se buscó restar mérito probatorio a la incriminación de la ofendida porque no podía identificar de noche a los presuntos responsables de la agresión a mano armada, pero no se para mientes en la agudeza visual de nuestros campesinos capaz de identificar a los protagonistas de los hechos en las circunstancias en que se desarrollaron.

De manera que el supuesto error de derecho en la apreciación del testimonio de la ofendida a más de controvertir elementales principios de orden técnico en su planteamiento y desenlace se reduce en la práctica a una confrontación de pareceres entre sentenciador y recurrente en cuanto a la credibilidad que merece determinado medio probatorio, sin que por dicho camino pueda llegarse a la comprobación del yerro endilgado, máxime que el impugnante no discute la legalidad de la prueba ni su forma de aducción al proceso y el Tribunal Superior le otorgó suficiente credibilidad para tenerla como soporte del fallo, siguiendo las reglas de la sana crítica.

El dislocado ataque a la sentencia da a entender que la coartada que emerge de las explicaciones vertidas por los sindicados, respaldada por un testimonio plural, no fue considerada por los sentenciadores haciendo creer que tan significativo episodio exculpativo pasó desapercibido en el balance probatorio realizado por los falladores, cuando la verdad es que el alibi no tuvo aceptación en razón de las contradicciones e incoherencias que fluyen de las exposiciones rendidas por sindicados y deponentes, a las cuales aludieron in extenso el juzgado como el Tribunal Superior.

También hace referencia a la omisión de testimonios que ninguna incidencia tendrían en las conclusiones del fallo impugnado por no aludir a los hechos ni a la culpabilidad de los acusados.

No prospera la impugnación por ninguno de los aspectos mencionados.

DECISIÓN

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia condenatoria recurrida a nombre de los procesados Luis Eduardo y Rodulfo González, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

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

PORTE ILEGAL DE ARMAS \ TERRORISMO

Lejos de sostener la Corte como regla general la de la exigencia de la finalidad terrorista como condición sine qua non de aplicación de sus preceptos que no todas las figuras previstas en el "Estatuto para la Defensa de la Democracia" como delito demandaban la acreditación de esa finalidad para aplicación, porque eventos como el del porte ilegal de armas de uso privativo militar o armas clasificadas como de guerra, ya de por sí constituyen una conducta relevante por el peligro común que ese hecho ajeno a la autorización legal reporta para la comunidad, independientemente de que aquellos instrumentos bélicos tengan por finalidad la preparación o ejecución de actos clasificables como terroristas, conocida la idoneidad de esos objetos materiales en el logro de su realización

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6245. Casación

Contra: Jaime Román C. y otro

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 141 (Diciembre 1 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados Jaime Román Calvo y Jaime de Jesús Herrera Zapata

en contra de la sentencia de segunda instancia proferida el 25 de octubre de 1990 por el entonces Tribunal Superior de Orden Público, decisión que confirma el fallo de primer grado emitido por el Juzgado Cuarto de Orden Público de Medellín que concluyó imponiendo a Román y Herrera las penas de diez años de prisión y multa de $ 2'051.250.00 pesos junto con las accesorias de ley, al tiempo que absolvió al co-acusado Vicente Morales Marín.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Sobre el caso que se controvierte y el itinerario del proceso hizo el Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal la siguiente presentación sucinta

"Ocurrieron -los hechos- en la ciudad de Medellín, el 10 de marzo de 1989, cuando una patrulla militar al mando del subteniente Sergio Tafur García, interceptó al vehículo toyota land cruiser, de placas LN-0127, conducido por José Manuel Múnera Alzate, llevando como acompañante a Arley de Jesús Ardila. Al revisar los militares este automotor, encontraron en su interior una subametralladora Miningrand, calibre 9 mm sin salvoconducto y una caja de doscientos cuarenta y nueve (249) cartuchos para la misma, procediendo inmediatamente a la detención de Múnera Alzate y Ardila Barrientos".

Con fundamento en el informe presentado por el subteniente Sergio Tafur García, se vincularon procesalmente mediante indagatoria a los dos sujetos capturados, los cuales manifestaron que la subametralladora Miningrand fue dejada en el vehículo por unos individuos que pretendían asaltarlos. Posteriormente, en ampliación de injurada, se retractaron de su versión inicial, aceptando ahora que efectivamente eran portadores del arma y su respectiva munición, la cual les fue vendida por Jaime Herrera y Jaime Román, en la suma de $ 3'360.000.00. Añaden que estos elementos los adquirieron para utilizarlos en la seguridad de unas minas auríferas, cuyo propietario es Jesús María Calle.

Una vez conocida la transacción comercial cuyo objeto fue el arma incautada, el Juzgado Cuarto de Orden Público de Medellín indaga a Jaime Herrera Zapata y Jaime Román vendedores de la misma. De manera enfática estos procesados niegan toda negociación realizada con Múnera Alzate y señalan que lo conocían de vista, pero nunca celebraron con él un contrato de compra-venta.

En la etapa sumarial también se vinculan mediante indagatoria a Vicente Morales y Jesús María Calle; se reciben las declaraciones juramentadas de José de la Cruz Múnera Suárez (padre del procesado José Manuel Múnera), Ligia María Herrera Velásquez, la ratificación del informe del subteniente Tafur García y el dictamen sobre el arma, en el cual se indica que la subametralladora decomisada está catalogada como de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional. Con fundamento en este acopio probatorio el a quo condenó a Jaime

Herrera Zapata, Jaime Román Calvo y Vicente Morales Marín, como autores del delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional (Art. 13 Decreto 180/88), con una pena de 10 años de prisión y una multa de 50 salarios mínimos, negándoles el beneficio de excarcelación.

Respecto a José Manuel Múnera Alzate, también se dictó igual condena, pero con base en el artículo 6o. del Decreto 2490/88 se le eximió de la ejecución de la pena y se ordenó en consecuencia libertad inmediata. En la misma providencia, se absolvió de todo cargo a Arley de Jesús Ardila y Jesús María Calle.

Los apoderados de Herrera Zapata, Román Calvo y Morales Marín, apelaron la decisión del Juez Cuarto de Orden Público de Medellín y el Tribunal de Orden Público solo modificó el numeral primero del proveído impugnado, en el sentido de declarar que el procesado Morales Marín no es responsable del delito consagrado en el Art. 13 del Estatuto para la Defensa de la Democracia, y en consecuencia se le absolvió de dicho cargo, las demás partes de la sentencia fueron confirmadas".

Dentro de la tramitación del recurso extraordinario de casación, y a solicitud el defensor de los procesados fundada en el Decreto 2266 de 1991 que adoptó como legislación permanente las disposiciones del Decreto legislativo 3664 de 1986 y redujo en su artículo 2o. la pena para el porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, ajustó la Sala provisionalmente y por favorabilidad la sanción atinente a los acusados, otorgándoseles como consecuencia su libertad provisional por pena cumplida.

Surtido en su integridad el trámite correspondiente a la impugnación extraordinaria, falla la Sala en el asunto con asidero en las siguientes consideraciones.

Las demandas

Al amparo de la causal tercera de casación, artículo 226 numeral 3o. en concordancia con el artículo 305.1 del Código de Procedimiento Penal, plantea el impugnante en cada una de las dos demandas que formula en representación de los acusados que la sentencia recurrida se originó dentro de un proceso viciado de nulidad legal, en cuanto la subametralladora Mini-Ingrand, calibre 9 mm., que motivó el debate, tenía por destino la defensa de unas minas auríferas y no el cumplimiento de fines terroristas, de donde se infiere que el tipo penal vulnerado fue el artículo 202 del Código Penal y no el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, y como necesaria consecuencia el conocimiento del asunto competía a la jurisdicción ordinaria y no a la especializada de Orden Público.

En la *primera demanda* formulada a nombre del enjuiciado Jaime Román Calvo fundamenta el censor que:

1.- Debe existir conexidad entre los motivos de la declaración del Estado de Sitio (Decreto 1038 de 1984) y el Estatuto para la Defensa de la Democracia

(Decreto 180 de 1988), cuya aplicación dentro de este proceso se pretende. En apoyo de esta afirmación trae a referencia las providencias de la Corte en Sala plena de enero 19 de 1989 y marzo 3 de 1988 con ponencia de los magistrados Jaime Sanín Greiffestein y Fabio Morón Díaz, presentación que acompaña de un recuento de los motivos que llevaron al Ejecutivo a decretar por el año de 1984 el Estado de Sitio.

2.- El bien jurídico protegido en el Decreto 180 de 1988 es el Orden Público, puesto en peligro mediante actos terroristas. Desarrollando esta premisa sobre la base de las funciones interpretativa, sistemática, garantizadora y crítica de aquella noción, para el caso del Decreto 180 de 1988 afirma que sus expresiones oscuras obligaban su entendimiento conforme a las reglas del artículo 27 del Código Civil, y en el concreto caso con el recurso a "su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento", lo que lleva a consultar esa ratio legis en los motivos de su promulgación, orientados a la "Defensa de la Democracia" frente a los actos terroristas que provocan o mantienen en estado de zozobra o terror a la población.

3.- A pesar de omitirse en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 la expresa inclusión del elemento subjetivo del "ánimo terrorista", debe inferirse este exigible, pues de otro modo se contrariaría el espíritu del Estatuto, y se haría además imposible distinguir si la conducta de un individuo se adecua al citado Decreto o por el contrario cabe dentro de la jurisdicción y legislación ordinaria.

En apoyo de esta tesis transcribe a continuación pluralidad de decisiones de esta Sala de Casación Penal haciendo en ella énfasis al reconocimiento por la doctrina de la necesidad de ese ingrediente subjetivo, como a las soluciones adoptadas respecto de comportamientos típicos ajenos a esa finalidad, para rematar insistiendo en que si el bien jurídico dentro del estatuto es el orden público, si su finalidad radicaba en combatir los grupos armados, el terrorismo y los grupos narcotraficantes para restablecer el orden y alcanzar la paz, componente comunes a "todos" los tipos penales de aquel ordenamiento, el caso del acusado Román Calvo no podía caber dentro de esa adecuación porque

"El porte sin salvoconducto de la subametralladora Miniingrand, calibre 9 mm., no comprometía la estabilidad democrática ni el orden institucional, ya que fue adquirida con un único fin: la defensa de unas minas auríferas de propiedad del patrono de José Manuel Múnera Alzate, señor Jesús María Calle Rodríguez. La circunstancia de que la adquisición del arma no se hubiera realizado por las vías legales, no significa en manera alguna que su tenencia estuviera vinculada con actos que pudieran desestabilizar el Orden Público. Así las cosas, el bien jurídico protegido por el Decreto 180 de 1988, no sufrió lesión alguna ni estuvo en peligro de sufrirla.

...La conducta investigada en el presente caso se adecúa al tipo penal señalado en el art. 202 del C.P., transitoriamente suspendido por el Decreto ley 3664 de

1986, art. 2o. pues los procesados carecían del ánimo terrorista que exige el art. 13 del Decreto 180 de 1988. Y es que no podría ser de otra forma, porque en nuestro sentir los incrementos punitivos que se hicieron en el Estatuto para la Defensa de la Democracia se justifican en la medida en que las conductas allí tipificadas pusieran en peligro o lesionaran el Orden Público, *con fines terroristas* pretendiendo provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella.

El objeto de la casación, concluye, además de la invalidación de los fallos de primera y segunda instancia, persigue la remisión del proceso a la jurisdicción ordinaria "para que el Juez de Instrucción Criminal continúe la investigación y califique el mérito del sumario".

En la *segunda demanda* en que el censor alega en favor del enjuiciado Jaime de Jesús Herrera Zapata, siendo idéntica la causal, los fundamentos y el petitum, la demostración busca reforzar que la conducta investigada en nada atentó contra la seguridad pública o su tranquilidad, recurriendo al análisis de las declaraciones de José de la Cruz Múnera Suárez, la ratificación del informe por parte del Subteniente Sergio Alberto Tafur García, las ampliaciones de indagatoria de: José Manuel Múnera Alzate, Arley de Jesús Ardila, las indagatorias de Jaime de Jesús Herrera y Jesús María Calle Rodríguez; y las declaraciones de Darío Trujillo y Marcos Soto, concluyendo que el comportamiento endilgado no se encaminaba a la comisión de acciones de narcotráfico y terrorismo o la desestabilización de las instituciones.

Como en el caso anterior, la solicitud una vez más demanda de la Corte casar el fallo recurrido, y como consecuencia del reconocimiento de la nulidad por incompetencia, la remisión del expediente a los jueces de instrucción para que ante ellos continúe la investigación.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal auspicia la tesis planteada por el defensor común de los recurrentes, recordando que ya en ocasiones precedentes y por su iniciativa había propuesto a la Corte el mismo planteamiento que se consigna en las dos demandas formuladas, postura que desestimada por la corporación de nuevo insiste por encontrarse convencido acerca de su bondad y acierto.

Para mayor abundamiento sostiene que

"...las tesis del paralelismo normativo, la conexidad entre las motivaciones del Decreto 180 y los tipos de este estatuto que carecen de la exigencia escrita del "fin terrorista", su interpretación sistemática y teleológica, los efectos erga omnes del *fallo condicionado* de parcial constitucionalidad de dicho Decreto, la proporcio-

nalidad punitiva y los razonamientos sobre *ratio legis* del estatuto, fueron *todos* sostenidos por la Sala de Casación en sentencia de *22 de agosto de 1990*, al resolver un caso de secuestro, lo cual significa que si bien el mismo fallo se exceptuó el art. 13 en cita, tales bases hermenéuticas, *necesariamente*, no soportan la excepción como se afirmó en la misma decisión y de ahí por qué los motivos para no incluir el porte ilegal de armas en referencia en el mismo marco interpretativo fueron en esa oportunidad, distintos a los expuestos en sentencias de noviembre 20 y diciembre 12 de 1991".

Con la transcripción que a continuación hace de su ya conocido pensamiento, el concepto concluye trasladando los fundamentos de su postura doctrinaria al caso de controversia al recordar que:

"Ninguna duda surge para esta representación del Ministerio Público la situación fáctica que originó la vinculación de Jaime Román Calvo y Jaime de Jesús Herrera Zapata a este proceso, en la medida en que los fines terroristas están ausentes de sus conductas de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas".

Y como según su sentir la jurisdicción de Orden Público no era la competente para proferir la sentencia acusada, la sugerencia que a continuación hace a la Corte es la de casar el fallo recurrido, para que tras la declaración de nulidad de lo actuado a partir del auto que dispuso el traslado a las partes para alegar en la primera instancia, el proceso sea remitido a quien ahora corresponde.

Consideraciones de la Corte

Según lo ha traído la Delegada a memoria, no constituyen novedad para la Corte los planteamientos sobre los cuales se centran las dos demandas motivo del recurso extraordinario, que siendo a la par coincidentes con relación a los hechos, la causal, su fundamentación y su petitum, conducen indefectiblemente a brindarles su estudio y su respuesta de modo unificado.

En este propósito e integrados como se observan los planteamientos del censor con los del Ministerio Público, resulta procedente contestar en su orden a las distintas referencias de tipos histórico, sistemático, dogmático y teleológico de la ordenada forma que a continuación subsigue:

1.- Los delitos de "Fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas" se integraron a la sistemática del Código Penal de 1980 (Decreto 100, artículos 201 y 202) como infracciones contrarias a la "Seguridad Pública", y particularmente dentro de los "Delitos de Peligro Común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad".

No habían pasado, sin embargo, 4 años de la vigencia de ese estatuto, cuando a raíz de la declaratoria de Estado de Sitio dispuesta mediante Decreto 1038 de mayo 1o. de 1984 comenzaron a introducírsele cambios a su competencia y estructura, comenzando en él los Decretos 1056 y 1058 por suspender la vigencia del artículo 201, sustituyéndolo para integrarle la conducta contravencional del artículo 21 del Decreto 522 de 1971, y otorgando respecto del artículo 202 la competencia a las autoridades penales militares.

Para el mes de diciembre de 1986 y también mediante normas de excepción -esta vez el Decreto 3664- que mantuvieron la suspensión del artículo 201 del Código Penal, las modificaciones se extendieron al tipo del artículo 202 que también suspendido expresamente, se sustituyó por el artículo 2o. del nuevo Decreto, elevando la sanción a la de prisión de 3 a 10 años, creando meses más tarde los jueces de orden público a los cuales se les asignaría a continuación la competencia para conocer de estas infracciones que por motivos de inexequibilidad había regresado a la jurisdicción ordinaria. Mas, sin que aquella nueva jurisdicción hubiese comenzado aún a funcionar, según lo recordó la Sala en sentencia de noviembre 20 de 1991 de la que fue ponente el mismo magistrado que en este proceso actúa como tal, el gobierno expidió dentro de las facultades de aquel estado de excepción

"...los Decretos 180 y 181 de enero 27 de 1988, el primero para la *"creación de nuevos tipos delictivos, la modificación parcial de normas del Código Penal vigente,* el aumento de penas privativas de la libertad y *el señalamiento de circunstancias de agravación punitiva..*" según lo entendió la Corte en su decisión de marzo 3 de 1988, fallo que declaró ajustados sus preceptos a la Constitución, con excepción de los literales a) y b) del artículo 40 que declaró inexequibles.

En su artículo 52, y sin haber optado por la derogatoria de otras normas expedidas dentro del Estado de Sitio, precisó en cambio el anotado Decreto que quedarían suspendidas las disposiciones que le fueran contrarias, advertencia que notoriamente afectó al artículo 2o. del ya citado Decreto 3664 de 1986, si no solamente la nueva disposición en su artículo 13 los sustituyó ampliándolo (se agregó como conducta alternativa la del transporte, se incrementó la pena y se sustituyó el término "Fuerzas Armadas" por los de "Fuerzas Militares y de Policía Nacional", añadiéndole, como lo hizo dentro de la estructura íntegra de ese ordenamiento, la enumeración epigráfica de su contenido) sino que a partir de entonces jamás lo volvió a tener como vigente, mencionando tan solo el artículo 1o. relacionado con las armas de defensa personal, frente al artículo 13 del Decreto 180 sobre armas y municiones de uso restrictivo militar, según se comprueba en las disposiciones de los artículos 2o. del Decreto 181 de 1988, 2o del Decreto 474 de 1988, 9o. y 10o. del Decreto 2790 de 1990, 1o. del Decreto 99 de 1991, y 4o. del Decreto 1676 de 1991. Tal fue la invariable situación, apenas superada frente a la reciente vigencia del Decreto 2221 de 1991 (Diario Oficial 40078 de octubre

4 último -1991-), que al adoptar como legislación permanente algunas de las disposiciones emitidas dentro del Estado de Sitio, prefirió regresar a la operancia del artículo 2o. del Decreto 3664 de 1986".

Y sin que para la Sala quedaran en aquella ocasión dudas sobre la evidencia de esta situación antecedente; aún añadió que

"...ni siquiera la incorporación de este artículo y no del 13 del Decreto 180 como legislación permanente, según lo facultaba la norma 8a transitoria de la Constitución Política, podría constituir argumento a ulteriori para pregonar aquel paralelismo que sugiere el Ministerio Público, si la facultad constitucional otorgada al ejecutivo se extendía a la operancia de «los Decretos expedidos en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio hasta la fecha de promulgación» del acto constituyente, supeditación que no parece excluirlo por el solo hecho de hallarse, como queda visto, transitoriamente suspendido".

2.- Siendo este el panorama surgido de la secuencia normativa dentro del ámbito histórico de su adopción, tampoco desde el punto de vista de la consulta al bien jurídico tutelado en que insiste ahora la defensa encontró la Corte ni en la decisión de noviembre de 1991 que se viene aludiendo, ni en la de diciembre 10 del mismo año bajo ponencia del magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez y otras más que en igual sentido lo ratificaron, una diferencia que indicara la supervivencia del texto del Decreto 3664 de 1986 -nunca del artículo 202 que invoca el recurrente y que se ha visto expresamente suspendido en éste último-, dentro de la vigencia de aquel Estado de Sitio y luego de expedido del Decreto 180 de 1988.

Consultando los diferentes pronunciamientos que había tenido ocasión de hacer la Sala con relación a la estructura, finalidad y contenido de este llamado "Estatuto para la Defensa de la Democracia", tuvo mas bien ocasión dentro del mismo pronunciamiento de noviembre 20 que se cita, de rebatir la tesis del Ministerio Público en cuanto a la sugerida existencia de planteamientos siquiera encontrados, recordando sobre el particular los pronunciamientos que tanto en Sala Plena y dentro del control constitucional que por aquel entonces correspondía a la Corte Suprema de Justicia sobre los Decretos de Estado de Sitio, como en Sala de Casación Penal, tuvieron ocasión de precisar una y otra vez, que el Decreto 180 de 1988 no solamente había creado nuevas figuras típicas y modificado otras, introduciéndoles el elemento subjetivo del móvil terrorista, sino que en algunos casos se había limitado a agravar las penas, como fue el de la fabricación y tráfico de armas de uso privativo militar sobre el cual de nuevo viene a controvertir el demandante, y respecto del cual expresamente se advirtió que ni siquiera se había variado el bien jurídico motivo de tutela penal, pues como en seguida se verá, no resultaba admisible predicar diferencias entre una seguridad pública propia de los tiempos de paz, y otra exclusiva para las épocas de turbación del orden público.

En este sentido se recordó y una vez más se evoca ante la reiterada postura de la delegada que sirve de aval al demandante, que cuando tuvo ocasión la Corte de revisar la exequibilidad del Decreto 180 de 1988, con toda claridad expuso que de su contenido no surgía el exclusivo propósito de crear nuevos tipos penales dando campo al insistido paralelismo normativo que en el caso de las armas propone la defensa, sino que aún y como en muchas otras ocasiones había procedido, bien podía el gobierno nacional, como lo hizo en el artículo 13 del ordenamiento revisado, limitarse a ajustar sanciones, pues así expresamente lo sentó la Sala plena con ponencia del magistrado doctor Fabio Morón Díaz, que era "...igualmente clara la potestad para aumentar las penas privativas de libertad de los delitos y contravenciones establecidos en la normatividad de tiempos de paz, si el gobierno considera que este es un medio conducente y eficaz para restablecer el orden".

Por esa misma razón y en pronunciamientos de septiembre 15 de 1988, julio 9 y agosto 22 de 1990, con ponencias del magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas se sostuvo consecutivamente:

1. -que "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 extraordinario que consideró que algunas conductas debían hacer parte de ese estatuto, así no estuvieran guiadas por finalidades terroristas; y en otras porque la naturaleza de las materias tratadas legislativamente así lo exigían y dentro de esta línea de pensamiento es preciso destacar como en muchas de las conductas tipificadas se incluye un elemento subjetivo cómo es el caso de la conducta descrita en el artículo 29 que se inicia «el que con fines terroristas...»; y en una u otra forma gramatical, en un primer grupo esta exigencia o elemento subjetivo del tipo aparece claramente en las conductas descritas en los artículos 1, 3, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 26 y 31.

"Por el contrario existen otros 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 privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en el artículo 13 en el que no se hace mención a que la conducta deba ser con finalidades terroristas o con vinculación a ellas*; o la prevista en el artículo 18, interceptación de correspondencia oficial, en las que tampoco se exige que la conducta tenga relación con actividades terroristas; la del artículo 19...el secuestro tipificado en el artículo 22...y finalmente la del artículo 28 que tipifica el secuestro de aeronaves... en el tercer grupo aparecen tipos de conducta alternativa, donde se describen dos o tres conductas, unas en las que es indispensable la demostración de la finalidad terrorista para que pueda entenderse que la conducta se consuma conforme a la descripción legal, y otra en la que no se requiere haber actuado en la tal precisa finalidad. Es el caso de la conducta tipificada en el artículo 7o.

concierto para delinquir...Finalmente existe una cuarta clase de tipos penales en los cuales la descripción de la conducta no incluye el elemento subjetivo de la finalidad terrorista, pero sí se le agrega en la titulación del artículo, es la situación concreta de los artículos 9 y 27..." (subrayó la Sala).

II. -que "...no todos los tipos penales del Decreto 180 de 1988 incluyen el elemento terrorista como parte de la descripción típica, tal como se dejó sentado ya en varias providencias de esta misma Sala; empero, la simple omisión de su expresión no puede tomarse como indicativo de que el legislador extraordinario haya deseado conservar inalteradas las normas pertinentes de la legislación ordinaria, en punto al porte de armas, porque, como ya se vio, para el restablecimiento del orden público se hace menester entrar a tomar medidas que desarmen a los grupos que alteran la normalidad institucional y causan alarma en la población, a más de que es compatible con el estado de sitio regular -así sea la política penal del incremento punitivo- el comercio y tenencia de instrumentos que por sí mismos tengan una especial potencialidad de contribuir al estado de zozobra que vive el país.

"La suspensión de las normas propias del Código Penal en asuntos de armas, y su regulación a través del Decreto 180 de 1988 revela esa "estrategia antiterrorista" que señala el defensor en su demanda, de donde surge que el tipo penal llamado a regular la situación que motiva este recurso es el contenido en el artículo 13 del Decreto mencionado, y no las disposiciones establecidas para el tiempo de tranquilidad.

"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, si es este uno de los presupuestos que con mayor frecuencia se presentan en esta clase de hechos, de ahí 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."

"No comparte tampoco la Sala la posición del demandante en el sentido de que las normas del Estado de Sitio sean de carácter pluriofensivo (o plurituteIares), en la medida en que desarrollan una doble protección a los bienes jurídicos. No existe en ellas un interés originario y uno derivado, sino *que su ampliación en la esfera protectora tiene fundamento en las condiciones de desestabilización institucional, sin que pueda predicarse la existencia de dos órdenes públicos diferentes: uno para casos de normalidad y otro para las condiciones de anormalidad. El orden público como fenómeno es uno mismo y está concretado en las garantías de seguridad, tranquilidad, salubridad, etc., que permitan una pacífica vida en comunidad. En ocasiones estas condiciones no se consiguen con la actividad normal del Estado y por ello se hace necesario tomar medidas especialmente*

rígidas que hagan posible la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y el cumplimiento de los deberes del Estado; de allí por qué la propia Constitución establezca algunas facultades extraordinarias para el ejecutivo, permitiéndole solamente la suspensión de las leyes, y prohibiéndole su derogatoria, ellas por su propia naturaleza están encaminadas a recobrar la normalidad, no a crear "otro" orden.

"Cierto es que durante los estados de perturbación continúan cometiéndose delitos no relacionados con las causas de perturbación, esto es, se persiste en la infracción de las normas llamadas a regir en las condiciones de normalidad; ello no quiere decir, sin embargo, que todas las conductas descritas en el Código Penal puedan continuar sancionándose con sus preceptos, porque carecería de sentido entonces expedir estas reglas adicionales o temporales que no tendrían sentido alguno. El terrorismo, las amenazas, el porte de armas, y muchos de los tipos del Estado de Sitio -quizás todos- se encuentran contemplados en la legislación ordinaria y cabría siempre el argumento de la favorabilidad, de aceptarse la sofística tesis del demandante y del Ministerio Público para impedir la aplicación de la legislación especial." (Subrayado de la Sala), y

III.- que si bien en ocasiones el citado Estatuto "Presenta un verdadero paralelismo, entendiendo esta expresión como la existencia de un mismo ilícito previsto simultáneamente en las normas ordinarias y de Estado de Sitio, en ocasiones con una mayor riqueza descriptiva en la segunda, pero en otras repitiendo la descripción de la conducta típica existente en la primera", por su falta de técnica impone al intérprete...ser especialmente cuidadoso para determinar con claridad cuales son los preceptos ordinarios que han sido suspendidos y cuales rigen simultáneamente con los de Estado de Sitio y, de presentarse esta última hipótesis, cuándo y en qué circunstancias debe ser aplicada la disposición común o la de excepción."

Lo anterior demuestra, contra las sugerencias interpretativas que de la doctrina de la Sala se leen en las demandas formuladas dentro del presente asunto, que lejos de sostener la Corte como regla general la de la exigencia de la finalidad terrorista como condición sine qua non de aplicación de sus preceptos, una y otra vez ha sostenido, que no todas las figuras previstas en el "Estatuto para la defensa de la Democracia" como delito demandaban la acreditación de esa finalidad para aplicación, porque eventos como el del porte de armas de uso privativo militar o armas clasificadas como de guerra, ya de por sí constituían una conducta relevante por el peligro común que ese hecho ajeno a la autorización legal reporta para la comunidad, independientemente de que aquellos instrumentos bélicos tengan por finalidad la preparación o ejecución de actos clasificables como terroristas, conocida la idoneidad de esos objetos materiales en el logro de su realización.

Los cargos, por lo advertido, no prosperan.

Resta por reiterar tan solo, según tuvo ocasión de advertirlo la Sala en decisión interlocutoria de octubre 30 de 1991 por medio de la cual se concedió libertad caucionada a los procesados por pena cumplida, que la modificación de la sanción que allí dispuso la corporación tiene tan solo el carácter de provisional, dentro del propósito que le competía de analizar el derecho a la excarcelación con fundamento en norma posterior y favorable. Para que esa situación se formalice con carácter de permanencia, la decisión que corresponde emitir es ahora de la privativa competencia del juez de ejecución de penas, y entre tanto el fallador de primera instancia, a cuyos pronunciamientos queda deferido el tema con fundamento en los artículos 500 y 510, y 15 transitorio del Decreto 2700 de 1991.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo motivo de impugnación extraordinaria.

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

ACCION DE REVISION \ HECHO NUEVO \ EXTINCION DE LA ACCION PENAL

La causal segunda de revisión del Artículo 232 del C. de P.P. vigente, se encuentra limitada a los casos de extinción de la acción penal, entre los cuales no figura la supuesta inimputabilidad del sentenciado pues ellos se refieren expresamente a la muerte del sindicado (Art. 76 C.P.); el desistimiento aceptado por el querellado (Art. 77); la amnistía (Art. 78); la prescripción de la acción (Art. 79); el matrimonio con la ofendida en los casos del Artículo 307 del C.P., y la caducidad de la querella (Art. 32 del C.P.P.), entre otros.

La causal tercera de revisión alude a hechos nuevos o elementos de convicción cuyo conocimiento sobrevenga después de la sentencia de condena, debiendo ser de tal naturaleza que evidencian la inocencia o la inimputabilidad del condenado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7972

Rev.: Carlos Alberto Velásquez

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 142 (Dic. 2 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre cuatro de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Habiendo sido presentada demanda de revisión a nombre del sentenciado Carlos Alberto Velásquez Gómez, es del caso calificar su idoneidad.

ANTECEDENTES

1o. El ex-agente de la Policía Nacional Carlos Alberto Velásquez Gómez condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Antioquia mediante sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, a la pena de veinte (20) años de prisión, las sanciones accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios causados, como responsable de los delitos de doble homicidio agravado en Nelson de Jesús Urrea Botero y Hoover Echavarría Ramírez y porte ilegal de armas de defensa personal, en concurso de hechos punibles; solicita por conducto de apoderado especial la revisión de dicho proceso acogiéndose a las causales segunda, tercera y quinta de revisión previstas en el artículo 232 del C.P.P. vigente.

2o. Argumenta el accionante que el examen a que fue sometido el incriminado Carlos Alberto Velásquez Gómez con el fin de establecer si al momento de ejecutar los hechos punibles objeto de investigación, tenía o no la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, fue practicado no por peritos siquiatras del Instituto de Medicina Legal, como lo solicitó la defensa y lo ordenó el funcionario instructor; sino por una sicóloga y un médico legista del Hospital Regional de Rionegro (Antioquia); profesionales inidóneos, incompetentes e inexpertos quienes dictaminaron que el examinado padecía un trastorno de la personalidad que no constituye enfermedad mental ni afectó su capacidad de comprensión y determinación.

Da por sentado, como verdad inconcusa emergente de las pruebas obrantes en autos, que su representado perdía totalmente el control de sus actos por efecto de la ingestión de bebidas alcohólicas no recordando absolutamente nada de lo sucedido durante su estado de "enajenación" o de "locura" mental concluyendo que por tal motivo no era sujeto pasible de sanción penal pues para la época de los hechos padecía de trastorno mental transitorio, sin secuelas, causado por aguda embriaguez.

Apoyado en tales premisas, repetidas una y otra vez a lo largo del libelo impugnatorio, alude a la causal segunda de revisión incoada diciendo que la extinción de la acción penal se produjo por el trastorno mental padecido por el sentenciado al libar abundante y variada cantidad de bebidas embriagantes que lo llevaron a "cometer los ilícitos por los cuales se le condenó, sobre un asunto que en su estado normal no hubiere cometido"; agregando que las conductas imputadas no dan lugar a sanción penal de conformidad con el inciso segundo del artículo 33 del Código Penal, porque no quedaron secuelas de su aguda embriaguez.

Refiriéndose a la causal tercera de revisión concerniente a la aparición, después de la sentencia de condena, de hechos nuevos o pruebas desconocidas al tiempo de los debates, demostrativos de la inimputabilidad del condenado, expresa el libelista que el dictamen tenido como fundamento y soporte de la sentencia fue emitido no por peritos siquiatras, con los cuales no contaba el Hospital Regional de Rionegro, sino por una sicóloga y un médico legista "Luego como nueva prueba para los efectos de esta causal de revisión, tenemos la carencia de médicos siquiatras en el Hospital Regional "San Juan de Dios" de Rionegro para la época del concepto, siendo emitido el dictamen requerido por el Juez Instructor, por funcionarios incompetentes...".

La causal quinta de revisión la hace consistir en que el fallo cuya revisión solicita aparece fundamentado en dictamen falso por haber sido rendido por médicos incompetentes, pese a lo cual fue apreciado y tenido como prueba por los juzgadores en las instancias.

Termina solicitando el accionante que se tengan en cuenta los alegatos presentados por la defensa al cierre de la investigación y como sustento de la apelación de la sentencia de primer grado y "como prueba nueva de los hechos, la que debe expedir el Instituto de Medicina Legal" si para la fecha de producirse el dictamen mencionado el Hospital de Rionegro contaba o no con médicos siquiatras acreditados.

3o. De las copias de las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas por el Juzgado Décimo Sexto Superior de Medellín y el Tribunal Superior de Antioquia resulta, a grandes rasgos, que en la madrugada del 5 de marzo de 1989 después que el agente de la Policía Nacional Carlos Alberto Velásquez Gómez terminó su turno de vigilancia e hizo entrega del arma de dotación oficial se dedicó a recorrer varios lugares públicos de la población de Rionegro (Antioquia) en el taxi conducido por Luis Alfonso Sossa Aristizábal (a. El Paisa) encontrándose con el agente Hoover Gómez Calle quien estaba de franquicia, invitándolo a que lo acompañara en el recorrido con el propósito de tomarse unos aguardientes.

Al llegar a la calle conocida como "La Chirria" u "Obando" frecuentada por vagos y viciosos, hizo detener el vehículo subiendo a la fuerza a Hoover Echavarría Ramírez y Nelson de Jesús Urrea Botero contra quienes más adelante disparó a quemarropa dentro del taxi ordenando al conductor continuar la marcha hasta el "Puente Mejía" donde abandonó a los heridos, el primero de los cuales murió en el acto y el segundo, días después en la Policlínica de la localidad.

Consideraciones de la Corte

Es incuestionable que la solicitud de revisión del proceso presentada a nombre del sentenciado Carlos Alberto Velásquez Gómez resulta ser un escrito sustancialmente inepto a las pretensiones del accionante.

En efecto, éste partiendo de la misma hipótesis o supuesto, esto es, la existencia de un trastorno mental transitorio, sin consecuencias, en el siquismo del sentenciado al momento de ejecutar los hechos ilícitos, aduce simultáneamente causales de revisión incompatibles, pues alega, sin ningún recato, que el ejercicio de la acción penal no era procedente por dicho motivo; que con posterioridad a la sentencia aparecieron hechos nuevos o surgieron pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establecen esa forma de inimputabilidad del condenado y que el fallo objeto de revisión se fundamentó en prueba falsa porque el dictamen que estableció su sanidad mental fue emitido por peritos incompetentes; planteamientos francamente contradictorios y excluyentes.

Pero a más de que este particular enjuiciamiento denota a las claras la absoluta inseguridad del accionante respecto al verdadero sentido de la acción instaurada, los hechos en que se fundamentan las causales aducidas no consultan la razón de ser de las mismas.

La causal segunda de revisión del artículo 232 del C. de P.P. vigente (Decreto 2700 de 1991) se encuentra limitada a los casos de extinción de la acción penal, entre los cuales no figura la supuesta inimputabilidad del sentenciado pues ellos se refieren expresamente a la muerte del sindicado (Artículo 76 del C.P.); el desistimiento aceptado por el querellado (Art. 77); la amnistía (Art. 78); la prescripción de la acción (Art. 79); el matrimonio con la ofendida en los casos del artículo 307 del C.P. y la caducidad de la querella (Art. 32 del C. de P.P.), entre otros.

De modo que es contrario a la lógica y a elementales principios de derecho acogerse a la causal segunda de revisión aduciendo como motivo de extinción de la acción penal uno que carece de esa connotación jurídica.

La solicitud de revisión se hace inadmisible por manifiesta ineptitud cuando -como en el presente caso- está fundada sobre hechos que fueron materia de amplio debate y decisión en las instancias, pues a través de ella no se pueden revivir controversias sobre los mismos, así se pretenda darles una diferente apreciación.

La causal tercera de revisión alude a hechos nuevos o elementos de convicción cuyo conocimiento sobrevenga después de la sentencia de condena, debiendo ser de tal naturaleza que evidencien la inocencia o la inimputabilidad del condenado.

El hecho nuevo o la prueba "desconocida" a que se refiere el impugnante lo constituye el dictamen siquiátrico que descartó el estado de insanidad mental del procesado; pericia objetada por la defensa y por ésta acervamente criticada al punto que todo el debate giró en torno suyo.

Se ha considerado como prueba falsa en materia de revisión aquélla que ha sufrido una alteración o mutación de tal magnitud que su contenido o sentido no corresponda a la verdad y tratándose de condena, dicha prueba debió incidir definitivamente sobre ella.

La comprobación de tales circunstancias solamente puede hacerse mediante "sentencia en firme" como lo exige el numeral 5o del artículo 232 del C. de P.P.; cuya copia no acompañó el accionante limitándose a especular que la falsedad atribuida a la prueba pericial consistía en haber sido producida por funcionarios incompetentes.

Tampoco aportó, como quedó establecido, la prueba desconocida determinante del trastorno mental transitorio alegremente endilgado a su representado, supuesto sobre el cual descansa toda su argumentación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal INADMITE por inepta la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado Carlos Alberto Velásquez Gómez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Suavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

ACCION PENAL \ ACCION DISCIPLINARIA

Las sanciones disciplinarias y penales buscan finalidades diversas y por ello su estructura y naturaleza las diferencia de manera perfectamente clara, a pesar de que tienen elementos comunes, tal como el requerimiento en ambas del principio de legalidad de un proceso previo que concluye con la decisión de imponerlas, el respeto al debido proceso y a las formalidades propias del mismo. Son diversas porque con la norma penal se protegen derechos básicos del individuo, la sociedad y el Estado. Las faltas disciplinarias son infracciones a la ley por acción o por omisión que ocasionan algunos trastornos de menor o mayor gravedad pero sin afectar la estructura estatal de manera sustancial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación 6882

Procesado: María Gloria Osorio de Muñoz

Delito: Falsedad en documento público

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 144

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

VISTOS

Por sentencia del 28 de mayo de 1991 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué condenó a María Gloria Osorio de Muñoz como responsable del delito de falsedad material de particular en documento público.

Por sentencia del 29 de agosto de 1991 el Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó la decisión de primera instancia modificándola en el sentido de condenarla a la pérdida del cargo de asistente social grado 7 que tenía en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de esa ciudad.

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

Presentada la demanda fue declarada admisible por reunir las exigencias legales y se escuchó el criterio del Procurador Delegado quien solicitó casar parcialmente el fallo impugnado.

La Sala resuelve lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos

El proceso se inició como consecuencia de la denuncia instaurada el 22 de septiembre de 1989, por Leonel de La Pava Arellano, en su calidad de Jefe de la Oficina seccional de la carrera judicial de Ibagué, contra María Gloria Osorio Muñoz, quien se desempeñaba como Asistente Social grado 07 del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia y para ingresar presentó certificado de estudios en el Colegio Antonia Santos por los cursos 4o., 5o. y 6o. de bachillerato cursados en los años de 1972, 1973 y 1974 expedidos el 6 de mayo de 1986, con base en los cuales el Tribunal Superior dictó resolución No. 255 del 10 de octubre de 1987 ordenando inscribirla en la carrera. Que posteriormente habían recibido información del citado colegio según la cual en los años referidos no aparecía matriculada la citada ciudadana.

Actuación procesal

Se abrió el proceso penal por auto del 3 de octubre de 1989, del Juzgado 4 de Instrucción Criminal de Ibagué.

El 17 de enero de 1990 se indagó María Gloria Osorio de Muñoz, y mediante proveído del 30 de enero de 1990 se dictó medida de aseguramiento de caución prendaria contra ella.

Por auto del 16 de marzo fue declarado persona ausente Armando Rico Guzmán.

El 22 de junio de 1990 se dictó resolución de acusación contra María Osorio de Muñoz por el delito de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso, de conformidad a las previsiones de los artículos 220 y 222 inc. 2 del C.P.

El 14 de mayo de 1991 se realizó la diligencia de audiencia pública, y las sentencias de primera y segunda instancia se profirieron el 28 de mayo y el 29 de agosto de 1991.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Dos cargos son presentados por el impugnante contra la sentencia condenatoria; el primero por violación de normas de derecho sustancial por indebida aplicación de la ley 30 de 1987, y de los artículos 3 del Decreto 1888 de 1989 y 1o. literal d, del Decreto 2281 de 1989 y por falta de aplicación de los arts. 29, incs. 2 y 4 de la C.N., 1o. del C.P., 43 de la ley 153 de 1987, art. 1o. del C. de P.P. y del Decreto 1660 de 1978.

En la fundamentación del cargo sostiene que en segunda instancia se adicionó la sentencia de primer grado condenando a la procesada a la pérdida del cargo y a una inhabilidad de cinco años con posterioridad al cumplimiento de la pena principal y que tal pena se impuso como consecuencia de las previsiones del art. 3 del Decreto 1888 de 1989.

La demandante afirma que de conformidad con el fallo impugnado los documentos falsos fueron presentados el 27 de mayo de 1986 en Bogotá, lo que lleva a concluir que el delito se perfeccionó en esta ciudad. Y aduce que de la precisión de tales hechos se concluye que el citado Decreto que se le aplicó no estaba vigente para la fecha de presentación de los documentos, ni tampoco cuando el Tribunal la inscribió en carrera el 10 de octubre de 1987; que por tanto "Las leyes sancionatorias no tienen efecto retroactivo, o sea que no se aplican a hechos realizados antes de regir, salvo cuando son favorables. Así lo dispone el art. 29 de la Constitución Nacional en su inciso 2.: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...". Esta norma se repite en el art 1o. del C.P., el art 1o. del C. de P.P. y el art. 43 de la Ley 153 de 1887.

También manifiesta que de conformidad con el Decreto 1660 de 1978, vigente para la época, se permitía continuar en el cargo cuando se dictaba contra el funcionario sentencia condenatoria por delito doloso y se concedía el subrogado de la condena condicional; y como apoyo de su argumento cita una sentencia de esta Corporación en tal sentido.

De lo anterior concluye: "Según este proceder el Tribunal en la sentencia impugnada aplicó normas del régimen disciplinario que no estaban vigentes en el momento de la consumación del ilícito, vale decir, erró en la escogencia de la norma que debía imponer".

"De la misma manera el Tribunal invadió un campo que le estaba vedado, es decir, el disciplinario, al deducir la pena de suspensión del cargo aplicando normas

no contempladas en el C.P., violando directamente el art. 1o. de este estatuto represor, que consagra la legalidad de las penas, principio universal, en virtud del cual, los hechos punibles solo tienen ese carácter porque el legislador así lo quiere, de ahí que la norma prevea que nadie puede ser sometido a pena que no se encuentre establecida en la ley penal".

En el segundo cargo, que también propone al amparo de la causal primera, la recurrente alega la existencia de una violación directa de la ley sustancial por aplicación incompleta de los arts. 68, 69, 52 y 55 del C.P. al haber dejado de aplicar en "su integridad las normas que permiten extender la condena de ejecución condicional, a la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal".

En la demostración del reproche la impugnante sostiene que el sentenciador de primer grado nada dice sobre el motivo por el cual el subrogado de la condena condicional no cobija la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de funciones públicas y para fundamentar su censura cita una providencia de esta corporación en la que se dice que cuando se ha silenciado el motivo para negar la condena de ejecución condicional debe prosperar el cargo.

Luego de transcribir los arts. 52 y 55 del C.P. concluye que: "Del espíritu de estas normas se deduce que la pena de interdicción no está sometida a la discrecionalidad del juez y que se aplica de hecho durante el tiempo que dure la privación efectiva de la libertad, por cuanto que es sanción 'concurrente con ella', es decir, que no puede desmembrarse de la principal.

"La limitación de la condena de ejecución condicional a «lo tocante a la pena privativa de la libertad excluyendo tácitamente la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena corporal impuesta, va en contravía del art. 68 del C.P. que trata la suspensión de la ejecución de la sentencia y no de parte de ella».

"Y si se intentó exigir el cumplimiento de la única pena no privativa de la libertad impuesta en la sentencia de primera instancia que se confirma, nada se dijo sobre su conveniencia, dejando de aplicar en este sentido el art. 69 del C.P., que es de este tenor: "el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere conveniente...".

La apoderada termina solicitando se case parcialmente la sentencia impugnada y se revoque en consecuencia la condena en cuanto se ordena la pérdida del cargo que ocupaba y extender el beneficio de la condena de ejecución condicional a la pena de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

EL CRITERIO DEL PROCURADOR DELEGADO

Solicita se case parcialmente la sentencia con base en las siguientes argumentaciones:

"*Primer cargo.*

"Considera que se debe casar parcialmente la sentencia por cuanto el Tribunal impuso como pena accesoria la de suspensión o pérdida del cargo como Asistente Social Grado 7o. del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia.

"Revisada la demanda, la Delegada considera que el cargo debe prosperar por las razones que a continuación nos permitimos presentar.

"El primer yerro en el que incurre el Tribunal radica en aplicar normatividad que no estaba vigente al momento de ocurrencia de los hechos, sino que aparece después de los mismos y que es desfavorable a la procesada, con lo cual está contraviniendo el principio que indica que la ley penal rige siempre para el futuro, pudiendo sólo aplicarse en forma retroactiva cuando sea favorable al procesado y en virtud del fenómeno de tránsito de leyes en el tiempo.

"El Decreto 1888 de 1989 en su Art. 3o. dice:

"'...No podrán ser designados ni desempeñar cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional...

"'d)- Quienes hayan sido condenados por delito doloso u homicidio culposo. Esta inhabilidad subsistirá durante los cinco (5) años posteriores al cumplimiento o extinción de la respectiva pena'.

"Este Decreto y esta norma de conformidad con el Art. 55 del mismo estatuto rigen a partir de su expedición. Como el Decreto fue expedido el 23 de agosto de 1989, solo desde esta fecha podía ser aplicado y en relación con circunstancias posteriores, máxime si se trata de una norma de carácter disciplinario como que se invoca el Decreto respectivo a la carrera judicial, la cual, como toda ley, sigue el principio de tempus regit actum que implica que rige sólo para hechos producidos durante su vigencia, no antes ni después.

"Pero más grave aún resulta que se trata de una normatividad de carácter disciplinario para los empleados de la Rama Jurisdiccional, y por lo mismo aplicarla *como pena* accesoria dentro del proceso penal, implica un atentado contra el principio de legalidad de la pena según el cual a nadie se le podrá imponer una pena que no esté previamente determinada en la Ley penal como tal. (Nulla poena sine lege).

"Es evidente que el Tribunal podía perfectamente acudir al Código Penal para imponer como pena accesoria la de pérdida del empleo público u oficial, según lo

prevén los artículos 42 y 51, pena que a su vez conlleva la de inhabilidad 'hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo en la administración pública'. No lo hizo así, en pensamiento de esta representación del Ministerio Público, como que la sentencia alude argumentativamente, de modo expreso, a las disposiciones administrativas disciplinarias del poder judicial: cita los Decretos 0052 de 1987, y el 1188 de 1989 (cuando debió citar el 1888 del mismo año), razona sobre inhabilidades e incompatibilidades que son conceptos de derecho administrativo plenamente, transcribe el Art. 3o. del Decreto 1888 de 1989, afirma que la empleada 'debe ser separada del cargo' y se refiere a 'tratándose de la causal que copa la atención de la Sala, eso tendrá lugar una vez quede ejecutoriada la sentencia condenatoria'. Cree la Delegada que por esta razón se determina el cumplimiento inmediato de la 'separación' del cargo, puesto que no obedece conceptualmente a una pena impuesta, sino a una consecuencia disciplinaria (sanción disciplinaria) que debe ser objetivamente atendida, sin otra dilación. Finalmente al condenar 'a la suspensión o pérdida del cargo...', en expresiones literales que no corresponden al concepto jurídico de 'pena accesoria' de 'pérdida del empleo público u oficial' indica con claridad que se hizo uso de la sanción disciplinaria, y no de la pena accesoria prevista en el estatuto punitivo en su art. 42.

"Supuesto lo anterior, resulta claro que el sentenciador utilizó indebidamente la norma aplicada, y dejó de aplicar la pena que eventualmente le hubiera permitido la misma consecuencia de excluir del cargo a la persona autora de un delito al presentar los documentos de servicio al poder judicial.

"La violación de la Ley es ostensible y grave: como que frente al uso de la facultad disciplinaria, al imponer la sanción en el proceso penal, se pretermite todo el 'debido proceso' administrativo que sustenta legítimamente la imposición de una sanción de esa índole. El Art. 29 del nuevo ordenamiento constitucional establece el principio del debido proceso tanto en materia judicial como administrativa, y es evidente que sancionar con base en la fuente legal administrativa, en una actuación judicial de carácter penal, envuelve una indebida selección de normas además de la preterición (sic) completa el proceso previo que valide la imposición de dicha sanción.

"Hipotéticamente pudiera pensarse en que la sentencia puede ser validada, o mejor atendida su presunción de acierto y legalidad, al discurrir que se impuso la pena accesoria de pérdida del empleo público al tenor del Art. 42 del C.P. y que ello convalida lo actuado por el Tribunal. Eso lo permitiría el hecho de que la sanción disciplinaria y la pena del Código coinciden como fenómenos de exclusión de un cargo público, pero ciertamente que ello envuelve un error conceptual que no puede aceptarse en el funcionario sentenciador. Cree la Delegada que ha habido una confusión de funciones del Tribunal, como que reúne las dos calidades: es entidad judicial para imponer penas conforme al Código de la materia, y a la vez es superior administrativo en el manejo de la carrera judicial y en la imposición de sanciones disciplinarias -para ese momento, diríamos hoy- lo cual no autoriza en

estricto derecho que se cometan este tipo de impropiedades, que si bien sustancialmente son legales, procesalmente constituyen una desviación completa de la regla constitucional del debido proceso.

"Por lo anterior considera la Delegada que tiene razón la demandante, y que se ha caído en una aplicación indebida de una norma de contenido disciplinario en la sentencia penal, y que coetáneamente se ha dejado de aplicar la disposición penal que cabría emplear en este proceso como fuente legítimante de la pena accesoria de pérdida del empleo.

"En resumen, como indebidamente se aplica una normatividad disciplinaria, razón le asiste al demandante para alegar su vulneración por haber sido aplicada sin ser esto posible, dejando a la vez de aplicar la Ley Penal correspondiente.

"Por las consideraciones anteriores la sentencia se deberá casar parcialmente en el sentido de revocar la pena accesoria de suspensión o pérdida del cargo de asistente social grado 7o. del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Ibagué y que había sido impuesta por el Tribunal Superior de Ibagué Sala de Decisión Penal, en el fallo de segunda instancia en contra de María Gloria Osorio de Muñoz.

"El fallo sustitutorio:

"Una inquietud adicional asalta a la representación del Ministerio Público: si aplicada indebidamente la disposición disciplinaria, cabe, al casar la sentencia, solicitar a la Sala que dicte fallo de reemplazo imponiendo la pena accesoria de pérdida del empleo oficial, con lo cual se corregiría el yerro sentenciador, y se cumpliría el precepto del art. 228 del C.P. ya derogado, o el del art. 229 vigente desde el 1o. de julio del presente año.

"Dos son los argumentos de la Delegada, que permitirían solicitar a la Sala que no se dicte fallo sustitutorio en este preciso evento, que se exponen respetuosamente a consideración de la Corte: a) Como se trataría de aplicar la ley sustancial dejada de aplicar por el juez de las instancias, se dirá que al romper el fallo con la sentencia de casación surge para la Corte, como deber normativo, tendiente a 'la efectividad del derecho material' pretermitido por la sentencia, el dictar el fallo de sustitución en que se reconozcan los efectos que se derivan de la obligatoriedad de la ley material en un caso preciso, el cual está llamado a regular. Ello no ocurre cuando la aplicación indebida de una norma (en este caso la disciplinaria) ha dado lugar a que se deje de lado la 'eventual' aplicación de una disposición legal, que es discrecional para el sentenciador. Diciéndolo de mejor manera la aplicación indebida de la norma que contiene la sanción disciplinaria, no reemplaza un mandato normativo penal pues aunque este existe, es de uso discrecional para el juez de las instancias como se infiere del art. 52 del C.P. que dice: '... La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal. Las demás penas accesorias (aquí va la

de pérdida del empleo, comenta la Delegada)... *serán impuestas discrecionalmente* por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 61'. En el mismo sentido el art. 53, al regular las penas accesorias de la pena de arresto, dice que 'el juez *podrá aplicar las accesorias que considere conveniente*'. Es decir, el régimen de la pena accesoria de pérdida del empleo es el de la discrecionalidad judicial, con lo que no puede suplirse en casación la facultad discrecional del juez de instancia, puesto que ella no deviene obligante, y por ende no responde al concepto de la efectividad del derecho material visto que no se puede saber si se habría utilizado el poder discrecional del dosificador de la pena en las instancias, y de allí que no resultaría el fallo de casación sustitutorio un medio extraordinario de corrección de legalidad, sino sucedáneo de las instancias en una hipótesis discrecional no obligatoria. Cree la Delegada que la Sala puede corregir en este punto lo que legalmente ha debido hacer el sentenciador pero no lo que legalmente habría podido hacer de usar una facultad discrecional.

"Adicionalmente, aunque no fundamental, proferir un fallo sustitutorio en donde se impusiera la pena accesoria de 'pérdida del empleo público u oficial' -art. 42 C.P.-, dejaría la sentencia con los mismos efectos y en la misma condición, salvo la argumentación relativa a las normas administrativas sobre las cuales se impone la 'separación del cargo', lo cual es posible vista la identidad de la sanción disciplinaria (indebidamente deducida en un proceso penal) y la de la pena accesoria pues en ambas se excluye al empleado del servicio. Si se admitiera, se tendría que el error del sentenciador no tiene incidencia en el fallo pues este no se afectaría al ser objeto de nulidad por la casación, lo que a fortiori haría nugatoria la argumentación que se ha expuesto. Este aspecto mueve a solicitar que no se profiera sentencia de reemplazo, al casar la dictada en este proceso.

"Por ello la petición será solo la de casar el fallo en este aspecto, sin producir fallo de reemplazo como lo permite la ley (art. 229 C.P. o 228 del C. de P.P. derogado).

"*Segundo cargo*

"Considera el demandante que aplicaron en forma incompleta las normas que permiten extender la condena de ejecución condicional a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas limitando su aplicación solamente a la pena privativa de la libertad, sin que exista razón para esto.

"En relación con este cargo digamos que, técnicamente no se puede hablar de aplicación incompleta de una norma, lo que se puede plantear es la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea. Además una aplicación 'incompleta', es decir sin todos los efectos necesarios de la ley, será conceptualmente una indebida aplicación de la ley.

"Por otra parte es claro que de conformidad con lo establecido en el art. 69 así se conceda el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, el juez perfectamente puede exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad, y no es una violación de la ley el dejar de usar una facultad discrecional concedida por la misma normatividad, pues así lo dice el texto: 'Al otorgar la condena de ejecución condicional, el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes'. De donde se otorga facultad al juez par hacer cumplir lo accesorio, habiendo suspendido la pena principal, y por tanto ello no resulta ilegal en modo alguno, por lo que decaen los razonamientos de la impugnación.

"Se alega además que no se dieron las razones del caso para no extender el subrogado a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, esto es que en relación con este punto no se motivó la sentencia.

"Esta falta de motivación no se puede alegar a nivel de la causal primera de casación, porque el problema no consiste en la falta de aplicación del art. 68 o como lo manifiesta el demandante, en la aplicación parcial de esta norma, porque en últimas el argumento es el de la falta de motivación al momento de tomar la decisión, por lo que técnicamente este punto no podía ser atacado alegando la causal primera cuerpo primero de casación.

"La falta de motivación en la sentencia no es alegable en ningún caso a la luz de la causal primera de casación, sino a la luz de la causal tercera esto es la de nulidad como reiteradamente lo ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia.

"Así en providencia de enero 31 de 1990, con ponencia del doctor Jaime Giraldo Angel nuestra máxima corporación judicial expresó:

"'... 3.- De acuerdo con los postulados anteriores, cuando se trate de una demanda de casación fundada en la causal de nulidad, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

"'a.- El recurrente deberá señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad, *o falta de motivación de la sentencia*'.

"Pero además, si hemos visto que la ley otorga una facultad discrecional al juez para exigir el cumplimiento de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que hubiere deducido el sentenciador, creemos que basta entonces la ausencia de argumentos sobre tal tema, al conceder la condena de ejecución condicional, para aceptar que no fue voluntad del sentenciador extender los efectos de la suspensión de la condena a ese preciso tópico de la interdicción

de derechos y funciones públicas. Pero además la índole de la pena accesoria, envuelve una paradoja especial como que resultaría incomprensible socialmente que un condenado a la interdicción, por lo tanto éticamente invalidado para ejercer derechos y funciones públicas, recibiera una suspensión formal de tal condena para permitirle actuar en ese sentido.

"Así las cosas el cargo en comento, técnicamente no fue presentado en debida forma, sin acudir a la causal del caso, por lo que el mismo no puede prosperar".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En la sentencia de primera instancia se condenó a la procesada a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena corporal impuesta (24 meses de prisión) y se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional no extendible a la pena accesoria interdictiva.

El fiscal de la instancia recurrió el fallo y en el memorial sustentatorio dice que uno solo es el motivo de su inconformidad: el no haberse decretado la pérdida del empleo, de acuerdo a las previsiones del inc. 2 del art. 42 del C.P.

El Tribunal, en la decisión de segunda instancia modificó el fallo, adicionando la "suspensión o pérdida" del cargo, precisando que tal inhabilidad debía prolongarse durante los cinco años posteriores al cumplimiento de la pena principal.

Definido el contenido de los fallos de las instancias en aquello que será trascendente en el aspecto central de la decisión, por ser el motivo de la impugnación, procede la Sala a resolver la censura planteada como cargo primero y que se hace consistir en una violación directa de la ley, por haber sido aplicadas normas del estatuto disciplinario que no se encontraban vigentes en el momento de la ocurrencia de los hechos y a las cuales, por tanto, se les dio carácter retroactivo siendo que por ser desfavorables solo podían cubrir las conductas realizadas a partir de su vigencia.

Antes de proceder a postular las correspondientes consideraciones es preciso destacar que el artículo 42 del Código Penal en su numeral 2. prevé como pena accesoria la "pérdida del empleo público u oficial".

Por su parte el artículo 3 del Decreto 1.888 establece:

"No podrán ser designados ni desempeñar cargo o empleo en la rama jurisdiccional:

"a) Quienes se hallen en interdicción judicial.

"b) Quienes padezcan de afección física o mental, previamente calificada por la respectiva entidad de previsión social o el Instituto de Medicina Legal, que comprometa la capacidad necesaria para el debido desempeño de su funciones o labores.

"c) Quienes se encuentren en detención preventiva por el delito doloso aunque gocen del beneficio de excarcelación, o hayan sido afectados por resolución de acusación o su equivalente en proceso penal por el mismo delito, mientras se define su responsabilidad (modificado por Decreto 2281 de 1989, Art. 1o.).

"d) Quienes hayan sido condenados por delito doloso. Esta inhabilidad subsistirá durante los cinco años posteriores al cumplimiento o extinción de la respectiva pena...". (modificado por Decreto 2281 de 1989, Art. 1o.).

Analizando las motivaciones que llevaron al Tribunal a adicionar la sentencia de segunda instancia, en el sentido de decretar la suspensión o pérdida del cargo y una inhabilidad por cinco años más después del cumplimiento de la pena privativa de la libertad, se concluye que no existió claridad en cuanto a la pena que se quiso imponer judicialmente, si la pena omitida por la primera instancia y que motivó la apelación del representante del Ministerio Público, o la sanción disciplinaria prevista de manera expresa en el estatuto que reglamenta la actividad de los funcionarios judiciales.

La confusión respecto a la verdadera voluntad del juzgador de segunda instancia es de tal naturaleza que comienza las consideraciones en relación con la pena accesoria de la siguiente manera: "Ahora bien: el Estatuto de Carrera Judicial (Decretos 0052 de 1987 y 1.888 de 1989) dedica título especial, a las llamadas inhabilidades e incompatibilidades, establecidas por el legislador para impedir de manera categórica, que personas que se encuentren en cualquiera de esas circunstancias ocupen un cargo dentro de la rama judicial, buscando con ello, el que tales oficios sean desempeñados de manera permanente por quienes ofrezcan conducta intachable, excelente reputación, imparcialidad absoluta y total idoneidad. Asimismo, el mentado Estatuto de Carrera Judicial, erige en falta disciplinaria, el incumplir las normas sobre nombramientos, elección o remoción de funcionarios y empleados".

Y más adelante dentro de la misma dirección la sentencia afirma: "Entre las incompatibilidades taxativamente enumeradas por la ley, observamos la de quienes hayan sido condenados por delito doloso, conforme a la cual, quien ha sufrido sentencia condenatoria por delito intencional, no puede ser nombrado para desempeñar cargo alguno dentro de la Carrera Judicial, o lo que es lo mismo decir, será inhábil por imperio de la ley, para permanecer ejerciendo función alguna dentro de la Rama Jurisdiccional, de donde se sigue, que quien se encuentre en estas precisas condiciones debe ser necesariamente removido de su cargo, pues constituiría, real y flamante antinomia, el que la inhabilidad solo rezará o se

aplicará para el momento de la elección, cuando el art. 3o. del citado Decreto 1.888 de 1989 es claro en su tenor literal: "No podrá ser *designado ni desempeñar cargo o empleo en la rama jurisdiccional*" (Subrayado de la Sala). De lo dicho se infiere, que en el momento que se presenta una cualquiera de las incompatibilidades referidas en el citado dispositivo disciplinario, debe de inmediato dársele su debida aplicación y en tratándose de la causal que copa la atención de la Sala, eso tendrá lugar, una vez quede ejecutoriada la sentencia condenatoria por delito doloso".

Después dentro de similares reflexiones se afirma que contraría abiertamente el estatuto de Carrera Judicial que un condenado por delito doloso no fuera suspendido del ejercicio del cargo desempeñado dentro de la misma, para concluir finalmente en "la suspensión del cargo que tiene como Asistente Social Grado 7 en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de la ciudad de Ibagué. Inhabilidad que subsistirá durante los cinco años posteriores al cumplimiento de la sanción".

Con las transcripciones realizadas, se llegaría a la conclusión que la voluntad del juzgador fue imponer la medida disciplinaria contenida en el estatuto que regula la actividad de los funcionarios de la rama jurisdiccional y ello se deduce porque mientras la pena prevista en el código es "pérdida del empleo" la sanción disciplinaria es de suspensión y recuérdese como se habla en la parte resolutiva de la sentencia de "suspensión o pérdida" y como haciendo relación a la consecuente inhabilidad, se hace referencia a ella, pero solo respecto a la imposibilidad de vincularse en cargos en la rama jurisdiccional, cuando bien se sabe que la inhabilidad consecuente con la pena prevista en el código cubre la imposibilidad de "desempeñar cualquier cargo en la Administración Pública, en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público".

Pero en sentido contrario y sobre la base del motivo que tuvo el fiscal para interponer el recurso de apelación, se inclinaría el lector del fallo a pensar que lo que se quiso imponer fue la pena omitida en primera instancia de pérdida del empleo y por las consideraciones que en tal sentido se hacen, porque recuérdese como en la parte considerativa se destaca la impropiedad de que una persona condenada por un delito doloso no tuviera como consecuencia necesaria la pérdida del cargo oficial desempeñado.

Es evidente que tanto la sanción disciplinaria como la pena accesoria prevista en el numeral 2 del artículo 42 y 50 del C. P. tienen algunas similitudes, pero al mismo tiempo es indesconocible que tienen claras diferencias no solo en cuanto al procedimiento por medio del cual se imponen, sino en cuanto a la naturaleza y alcance de las mismas como se demostrará a continuación:

Las sanciones disciplinarias y penales buscan finalidades diversas y por ello su estructura y naturaleza las diferencia de manera perfectamente clara, a pesar de que tienen elementos comunes, tal como el requerimiento en ambas del principio de legalidad, de un proceso previo que concluya con la decisión de imponerlas, el

respeto al debido proceso y a las formalidades propias del mismo. Son diversas porque con la norma penal se protegen derechos básicos del individuo, la sociedad y el Estado, cuyo respeto hace posible la convivencia armónica de la sociedad y cuya vulneración como es apenas explicable significa un grave transtorno a las condiciones de supervivencia de los sujetos que son finalmente objeto de la protección legal.

Para el caso que nos interesa cuando se trata de vulneraciones penales que afectan la administración de justicia, o la administración pública, son conductas de tal naturaleza trascendentes que aún sin que se ocasionen daños materialmente considerados, su importancia es tal que conculcan el derecho penalmente protegido, produciendo una verdadera desnaturalización del sistema político acogido por la carta o causan la inestabilidad necesaria para ponerlo en peligro o en grave crisis.

A su vez, las faltas disciplinarias que igualmente afectan la administración de justicia o la administración del Estado, son infracciones a la ley por omisión o por acción que ocasionan algunos transtornos de menor o mayor gravedad, pero sin afectar la estructura estatal de manera sustancial: esta es la falta que comete el empleado por negligencia, imprudencia o impericia o con intención de incumplir deberes legalmente impuestos o de realizar conductas no permitidas por la norma.

De lo sucintamente expuesto podríamos concluir que con la sanción disciplinaria se busca la defensa de bienes y derechos sustancialmente diversos, de los protegidos penalmente. 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 calidad de funcionario que incumplió por acción u omisión deberes especialmente señalados en razón del cargo desempeñado conforme a un reglamento, que tiene como finalidades primordiales la eficacia, la moralidad 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, como en precedencia se dijo.

En las condiciones anteriores y respetando esa diversa naturaleza, en uno y otro caso, se trata de sanciones que deben estar previstas legalmente, que solo se pueden imponer con la precedencia de un proceso de igual manera, legalmente previsto, en el cual se garanticen el derecho a la defensa, el respeto al debido proceso y a las formalidades propias de la naturaleza de cada actuación.

La pena accesoria prevista en el artículo 42 del C.P. consagra la pérdida del empleo y consecuencialmente una inhabilidad como ya se había dicho para desempeñar cargos en la administración pública.

Por el contrario, la sanción disciplinaria, es una simple suspensión en el ejercicio del cargo, con una duración máxima de tres meses, generando una inhabilidad para desempeñar cargos en la rama jurisdiccional, lo que permite al sancionado la posibilidad de vincularse a otras ramas de la administración pública, en las que la inhabilidad consecuencial no lo afectaría.

Es evidente que el sentenciador de segunda instancia fusionó sin ninguna claridad conceptos penales con otros de índole disciplinaria, desbordando los límites de su competencia. Es así como en la parte resolutiva del fallo que profirió decidió "modificar, la sentencia apelada, en el sentido de condenar a María Gloria Osorio de Muñoz *a la suspensión o pérdida del cargo* que tiene como Asistente Social Grado 7o. en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Ibagué; *inhabilidad* que subsistirá durante los cinco años posteriores al cumplimiento de la pena principal impuesta". (Subraya la Corte).

La suspensión del cargo es una medida sancionatoria de índole estrictamente disciplinaria, como que así ha sido consagrada en los diferentes estatutos disciplinarios, los Decretos 250 de 1970 (art. 97 y 100), 1660 de 1978 (arts. 169 y 173), 0052 de 1987 (art. 67) y 1888 de 1989 (arts. 10 y 12); debiéndose observar que es temporal pues su imposición no puede extralimitar los tres meses de duración; y ella representa la responsabilidad que debe asumir un empleado de la rama jurisdiccional como efecto de la comisión de cualquiera de las conductas que tales estatutos han definido como faltas. Luego, no se trata de una pena accesoria de naturaleza penal; lo que es aún más evidente al revisar el contenido del art. 42 del Código Penal.

La pérdida del cargo, sí es una pena accesoria expresamente establecida en la normatividad sustantiva penal (art. 42.2), cuya aplicación reclamó el fiscal de primera instancia cuando apeló la sentencia condenatoria; por tanto, sobre esa disposición y esa pena ha debido pronunciarse el ad quem, sin necesidad de entrar a hacer consideraciones de tipo disciplinario que han creado la confusión que ahora motiva que el fallo sea casado.

No obstante lo anterior, se apoyó en los estatutos disciplinarios y asimiló en un solo concepto la suspensión disciplinaria con la pérdida del cargo de naturaleza penal, pero sin reconocer la verdadera esencia de cada una pues les dio el tratamiento de "inhabilidad", que es una situación administrativa producida por diferentes circunstancias, tales como el hecho de tener una condena por un delito doloso, según lo establece el régimen disciplinario de la rama judicial, o aquella estructura al sufrir la pena consistente en la pérdida del empleo público u oficial impuesta en el proceso penal (art. 51), resultando nítido que la inhabilidad es el efecto de alguna condición preestablecida legalmente por lo que no es una sanción disciplinaria ni penal.

Parecería que el ad quem quiso dar aplicación al literal d) del artículo 1o. del Decreto 2281 de 1989 que modificó el artículo 3o. del Decreto 1888 de 1989 y que

establece : "d) Quienes hayan sido condenados por delitos dolosos. Esta inhabilidad subsistirá durante los cinco (5) años posteriores al cumplimiento o extinción de la respectiva pena", pero ello es una simple deducción de la Sala, porque la verdad es que en el fallo no se cita ningún precepto legal en tal sentido y si esa fue la voluntad del sentenciador se trataría de un equívoco mayúsculo, puesto que este precepto resulta totalmente extraño al proceso penal, porque en esta última materia, la inhabilidad que surge de la pena accesoria consistente en la pérdida del empleo público y oficial tiene regulación específica en el art. 51 del C.P. e igualmente en los arts. 614.3 del anterior estatuto de procedimiento penal y 508.3 de la actual codificación.

De lo anterior se ha de concluir que en realidad no se trata de una violación directa de la ley como lo pretende la casacionista y lo avala el Procurador Delegado, sino de un verdadero fallo anfibológico, porque como se ha demostrado en precedencia en algunas ocasiones se piensa que la voluntad del sentenciador fue imponer una sanción disciplinaria y en otras que fue señalar la pena accesoria prevista en la norma penal y en tales condiciones de confusión se habrá de rechazar el cargo formulado por la censora, pero reconocida la anfibología se casará el fallo parcialmente, para de conformidad con las previsiones del numeral 1 del art. 229 de la norma procesal proceder a dictar el fallo que deba reemplazarlo.

De otra parte, el libelo presenta otro argumento para fundamentar el mismo cargo, en este caso sostiene la impugnante que la infracción se consumó el 27 de mayo de 1986 y que por lo tanto a la conducta no le es aplicable el Decreto 1888 porque éste entró a regir en 1989.

Debe convenirse que el planteamiento es equivocado, en la medida en que -sin apartarnos del error cometido en la sentencia de segundo grado- una inhabilidad, como ya se afirmó, no es una pena ni una sanción disciplinaria, sino el efecto que produce una determinada cualidad o condición de un determinado ciudadano: así, en materia disciplinaria, surge una inhabilidad para ser designado o desempeñar algún cargo o empleo de la rama jurisdiccional, al sufrir condena por delito doloso. En consecuencia, si la disposición que estableció la inhabilidad estaba vigente para el momento de quedar en firme el fallo condenatorio, no existe obstáculo alguno para darle aplicación porque en un evento como ese la ley está aplicándose hacia el futuro, en razón de que solo en este momento surge la inhabilidad: independientemente de que la condena se haya producido por una conducta delictiva consumada antes de haberse consagrado la inhabilidad, porque ésta no tiene relación con el proceso penal: solamente está vinculada al hecho jurídico concreto de que exista una condena en firme. En estas condiciones, ninguna razón tiene la impugnante para alegar que el Decreto 1888 de 1989, en el aspecto analizado, no es aplicable a su mandante porque no estaba vigente para la fecha en que esta delinquió.

El Procurador Delegado considera que como la pérdida del empleo impuesta en la sentencia coincide con la pena accesoria prevista en el artículo 42 del C.P.

ello convalidaría la actuación del Tribunal, pero luego de hacer el planteamiento concluye que ello no es posible porque hubo una confusión de funciones por parte del Tribunal, en cuanto a que es corporación judicial, pero al mismo tiempo tiene asignadas funciones de manejo de la carrera, pero que ello no lo autoriza "...en estricto derecho que se cometan este tipo de impropiedades, que si bien sustancialmente son legales, procesalmente constituyen una desviación completa de la regla constitucional del debido proceso".

Las razones expuestas por el Fiscal son completamente válidas en cuanto reconoce la anfibología de la sentencia que ha sido reconocida y que motivan a la Sala a dictar fallo de reemplazo parcial para hacer las aclaraciones pertinentes, en cuanto a que el debido proceso exige la existencia de una sentencia perfectamente motivada, pero que esas consideraciones sean lógicas, coherentes y comprensibles, para que cuando se trate de ejecutar la pena, los funcionarios encargados de tal función no vayan a tener confusiones en relación a cual fue la pena que realmente el juzgador quiso imponer y ello debe ser así porque los principios constitucionales que rigen el debido proceso determinan las condiciones de procedibilidad en que se puede ejercer el ius puniendi por parte del Estado y cuando éste desconoce esos principios superiores, es evidente la imposibilidad legal del Estado y sus funcionarios de poder ejercer la función represiva por fuera de los canales constitucional y legalmente previstos.

En las condiciones anteriores, es preciso destacar que la labor del Tribunal no solo fue confusa, sino inútil, porque recuérdese que en primera instancia se condenó a la procesada a la interdicción de derechos y funciones públicas y esta pena implica la pérdida del derecho al ejercicio a las garantías políticas y todas las cuestiones inherentes a tal situación, como es la imposibilidad no solo de elegir y ser elegido, sino del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública u oficial y el derecho para adquirir empleos, oficios o calidades relacionadas con el ejercicio de la plenitud de los derechos políticos.

Si se trata de una persona que en el momento de ser declarada interdicta no tiene vinculación con el Estado, la pena impuesta le significará la imposibilidad de convertirse en empleado al servicio de la administración en cualquiera de sus ramas y si se trata de persona que en el momento de decretarse la interdicción desempeña un cargo público, le significará su pérdida inmediata con las inhabilidades consecuentes a ésta situación.

Decíamos que la labor del Tribunal además de confusa había sido inútil, porque con la pena impuesta en primera instancia se colmaban las pretensiones del Agente del Ministerio Público al interponer el recurso de apelación, y en tales condiciones se casa la sentencia impugnada, para que el fallo definitivo impuesto a la procesada sea el decidido por la primera instancia sin ninguna clase de modificaciones, pero con las aclaraciones que en precedencia se han hecho.

Se plantea un segundo cargo por la supuesta aplicación incompleta de los artículos 68, 69, 52 y 55 del C.P. y que se hace consistir en no haberse motivado la decisión de no hacer extensiva la condena de ejecución condicional a la interdicción de derechos y funciones públicas; pero en esta propuesta las fallas técnicas son evidentes, porque la falta de motivación es una vulneración del debido proceso y cuando ello sucede nos encontramos en presencia de una nulidad que por tanto ha debido ser planteada por la vía de la causal tercera y no por violación directa de la ley sustancial como equivocadamente procedió la impugnante.

Pero al mencionarse la posible existencia de una nulidad debe la Sala precisar si por ser ostensible y claramente perceptible faculta a la Corporación para hacer un pronunciamiento oficioso en tal sentido y en relación a esta temática se ha de concluir que así la impugnante hubiera dirigido el ataque por la vía de la nulidad su pretensión habría sido imprósperа porque la verdad es que en la sentencia del ad-quem se dan suficientes razones para explicar porque al concederse el subrogado de la condena de ejecución condicional él no se hace extensivo a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, porque debe precisarse en primer lugar que se trata de una facultad discrecional del juez en cuanto se dispone en el artículo 69 que al otorgarse el subrogado "el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes" y que en este sentido se hacen por el juzgador de segunda instancia amplias consideraciones en las que expresa que sería aberrante que el funcionario de la rama jurisdiccional condenado por un delito doloso pudiera seguir desempeñando el cargo público y son esas precisamente las razones que lo llevan cuando al conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional a precisar que tal suspensión no se hará efectiva en relación con la interdicción de derechos y funciones públicas, es decir que fue voluntad del juzgador que las consecuencias de la pérdida de los derechos políticos fuera plena, esto es la consecuente pérdida del cargo y con este la inhabilidad consecuente con la misma.

En las condiciones anteriores este cargo también será rechazado.

Yerra igualmente la censora cuando habla de aplicación incompleta de la ley, porque en realidad ésta se aplica o no se aplica; y en realidad esto último es lo que sucede, por lo que el cargo ha debido enrumbarse por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea; en consecuencia, si la impugnante habla de aplicación incompleta de la ley, ha debido plantear la falta de aplicación de la ley. En las condiciones anteriores se rechazará el cargo.

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

RESUELVA

CASAR PARCIALMENTE EL FALLO IMPUGNADO, determinándose que la sentencia de primera instancia debe quedar incólume, con las precisiones formuladas en la parte motiva, en el sentido de que la interdicción de derechos y funciones públicas implica la pérdida del cargo y la consecuente inhabilidad para el desempeño de funciones públicas u oficiales durante cinco años.

En las condiciones anteriores el fallo definitivo será de conformidad a lo expresado por el a-quo al sentenciar:

"*Primero:* - *Condenar*, como en efecto se hace a María Gloria Osorio de Muñoz, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, como Coautora responsable del delito de *falsedad material de particular en documento público*, cometido en las circunstancias descritas, conducta que reprime y sanciona nuestro código penal en el libro 2o, título VI, capítulo III, artículo 220.

"*Segundo:* - *Imponer* a Gloria Osorio de Muñoz, la pena accesoria de Interdicción de Derechos y Funciones Públicas, por un período igual al de la pena Corporal impuesta.

"*Tercero:* - *Abstenerse* de condenar, a María Gloria Osorio de Muñoz, al pago de perjuicios ocasionados con la infracción, por lo expuesto en la parte motiva.

"*Cuarto:* - *Conceder*, a María Gloria Osorio de Muñoz, el Subrogado penal de la condena de Ejecución Condicional y por ende la suspensión de la ejecución de la sentencia, en lo tocante a la pena privativa de la libertad, por un periodo de prueba de dos años, durante el cual se comprometerá a presentarse ante este Juzgado cada treinta (30) días, en horas hábiles, y además cumplir a cabalidad con las obligaciones reseñadas en el artículo 69 del C. de P.Penal, obligaciones éstas que garantizará bajo caución prendaria, convalidándosele la que tiene prestada por la suma de $ 41.025.00 representada en el título judicial No. i3580508 de mayo 8/91 (fl. 283 Vto), con la advertencia que el incumplimiento a cualquiera de las obligaciones impuestas, le acarrea la pérdida de la gracia concedida y la efectividad de la caución a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Cítesele para que suscriba nueva diligencia compromisoria.

"*Quinto:* - *Absolver*, a María Gloria Osorio de Muñoz, del agravante del uso, estipulado en el inciso 2o. del artículo 222 del Código Penal, por las razones expuestas en el cuerpo de esta providencia.

"*Sexto:* - Désele estricto cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 611 y 614 del ritual penal vigente.

"*Séptimo:* - Remítase copia de la parte resolutiva de este fallo al Das para los fines pertinentes.

"*Octavo:* - Para la notificación de este fallo, se tendrá en cuenta lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del 177 del C. de P. Penal".

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 CONVICCION

Al haberse superado legislativamente el sistema tarifado de la prueba, cuando se falla conforme a las reglas de la sana crítica es imposible el planteamiento de errores de derecho por haberse valorado la prueba de una manera diversa al señalado en la ley.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6316

Procesado: Darío Castro

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 144

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

VISTOS

La sentencia del 23 de noviembre de 1990 del Juzgado Octavo Superior de Bogotá, que condenó a Darío Castro a la pena principal de cinco años de prisión como responsable del delito de homicidio en grado de tentativa en la persona de Fernando Conde, fue confirmada integralmente por decisión de segunda instancia del 13 de marzo de 1990.

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

Presentada la demanda, se admitió por reunir los requisitos de ley y se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos

Tuvieron ocurrencia en las horas de la tarde del 15 de febrero de 1990, cuando los conductores de buseta Darío Castro y Fernando Conde quienes se desplazaban por la carrera 15 con calle 100 de esta ciudad tuvieron un altercado como consecuencia del cual el primero disparó un revólver en contra del segundo produciéndole una herida en el abdomen.

Actuación procesal

Por auto del 19 de febrero de 1990 el Juzgado 49 de Instrucción Criminal se abrió proceso penal. El mismo día se recibió indagatoria a Darío Castro, a quien se dictó medida de aseguramiento de detención preventiva el 23 del mismo mes.

Mediante proveído del 26 de abril de 1990 se admitió la demanda de parte civil instaurada en representación de los intereses indemnizatorios de Fernando Conde.

La investigación se cerró el 7 de mayo de 1990 y el 5 de junio siguiente se profirió resolución de acusación contra Darío Castro por el delito de homicidio en grado de tentativa.

Por auto del 10 de septiembre de 1990 se decretó el embargo de un bien inmueble.

El 7 de noviembre del citado año se realizó la diligencia de audiencia pública y el 23 del mismo mes se dictó la sentencia de primera instancia y el 13 de marzo de 1991 la de segunda.

Los argumentos de la demanda

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, la demandante presenta cuatro cargos por presunta violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba.

Afirma la impugnante que el sentenciador erró al valorar el testimonio de oídas de Flor Alba Díaz Gómez, al considerar que esta versión corrobora la del lesionado en el sentido de haber cerrado la otra buseta pero sin intención de

agredirlo, desconociendo que desde el primer instante el lesionado cerró bruscamente al procesado y lo agredió con frases insultantes y en detrimento de la integridad de Darío Castro "A voz (sic) también te rompo viejito hijueputa" (sic).

De igual manera estima que erró al valorar el testimonio de Lucy Adriana Campos de Prieto al deducir que corroboraba la versión del lesionado, porque esta testigo lo que afirma es, que no fue Fernando Conde quien cerró a la otra buseta, sino que fue el otro chofer quien lo cerró. Agrega que la declarante es amiga del lesionado y faltó a la verdad para ayudarlo, pero que si el fallador hubiera hecho un cuidadoso análisis de la prueba habría llegado a otra conclusión por cuanto es el mismo Fernando Conde quien dice que al parar para dejar a unos pasajeros la otra buseta había quedado atrás sin espacio para seguir.

La censora asegura que erró el Tribunal al analizar el testimonio de José Eusebio Linares, porque según ella, no existe en el proceso prueba que demuestre que este testigo está comprometido para defender al procesado; con respecto a aquél expresa: "...Es absurdo por parte del juzgador, afirmar lo anterior sobre la suposición que resultaba difícil para este declarante observar la cintura, por el lugar que se encontraba, pues esto le resultaba imposible". También manifiesta la impugnante que erró el fallador al analizar el testimonio de José Libardo Estupiñán González pues "consideró equivocadamente, que este declarante no pudo ciertamente observar que el conductor de la Cootransniza hubiera bajado de la buseta con la mano metida entre la cintura, pues así se desprende de la inspección judicial, ya que por la posición que como pasajero llevaba en la buseta le resultaba difícil, haber visto bajar al conductor de la Cootransniza con la mano entre la cintura"... "Cuando lo cierto del insuceso es que este testigo, es un pasajero que declaró en su calidad de testigo sin pretender, comprometer su versión a favor de uno de los conductores, no existe prueba que indique, como lo supuso el juzgador que el declarante tenía interés en defender al chofer de la Cootranspensilvania".

De la misma manera, para la libelista el sentenciador erró al valorar la inspección judicial en lo relacionado con los testimonios de Linares y Estupiñán, porque considera que las fotos en la diligencia no responden a la visión en detalle de cada uno de los testigos que iban en la buseta "de Cootranspensilvania, que estos por la posición que llevaban en su calidad de pasajeros dentro de la buseta, no podían desde el ángulo en que se encontraban haber visto al señor Conde, llevarse la mano a la cintura, como para sacar un arma"... "Influenciado por el alegato del fiscal, en el sentido que resultaba difícil para los testigos por su posición observar que Fernando Conde, se llevara la mano a la cintura al bajar de la buseta, el Tribunal, incurrió en error de hecho al interpretar esta prueba, olvidando que el hacedor de justicia, no le cabe efectuar valoraciones, sobre lo que en su sentir es dificultoso, pero solamente eso, pues difícil no significa imposible como entendió el fallador, lo cual no está permitido legalmente al juez".

La demandante culmina afirmando que: "Es imposible que de unas fotografías que no gozan del debido cuidado en que debieron ser tomadas, y por la forma incompleta en que aparecen permitan al Tribunal, concluir que los testimonios de los declarantes Linares y Estupiñán, no corresponden a la verdad. El juicio valorativo del juzgador al interpretar se distorsionó y condujo a que se apreciara erróneamente esa prueba, con el fin de desconocer al procesado un atenuante que por lo menos merecía, la ira". Con ello termina solicitando se case la sentencia para que se reconozca la atenuante emocional.

CRITERIO DEL PROCURADOR DELEGADO

Solicita no se case el fallo impugnado con base en las siguientes argumentaciones:

"Con base en la causal primera -cuerpo segundo- del art. 226 del C. de P.P., el recurrente acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial, por vía indirecta.

"En la acusación que hace contra la sentencia, señala cuatro cargos separadamente, así:

"-Error en la apreciación del testimonio de Flor Alba Díaz Gómez.

-Error en la apreciación de la declaración de Lucy Adriana Campos.

-Error en la apreciación del testimonio rendido por José Eusebio Linares.

-Error en la apreciación de lo declarado por José Libardo Estupiñán González y en la diligencia de inspección judicial que se llevó a cabo en el lugar en donde se desarrollaron los hechos.

"Del estudio de los cuatro cargos que presenta el demandante, se concluye que todos se refieren a uno solo, cual es el haber incurrido el juzgador en error en la apreciación de las siguientes pruebas: declaraciones de Flor Alba Díaz Gómez, Lucy Adriana Campos y José Usebio Linares, y diligencia de inspección judicial practicada en el lugar de los hechos.

"El casacionista plantea un error de hecho en la apreciación de las pruebas referidas, pero no menciona ninguna de las modalidades de tal error que doctrinaria y jurisprudencialmente se han establecido como: a)- Falso juicio de existencia por suposición. b)- Falso juicio de existencia por omisión, y c)- Falso juicio de identidad. Tan solo se limita a enjuiciar la sentencia aduciendo que el fallador incurrió en error en la apreciación de las probanzas al no reconocer en favor del procesado la circunstancia de atenuación punitiva de ira e intenso dolor consagrada en el Art. 60 del C.P., lo que viene a constituir la contraposición de su criterio

personal a la valoración que de los medios probatorios hizo el sentenciador, aspecto que no es de recibo en casación, porque en nuestra normatividad procesal penal no existe la tarifa legal de pruebas y al juzgador se le da la libertad para apreciar los diferentes elementos de juicio atendiendo el principio de la sana crítica.

"Los anteriores yerros de orden técnico de que adolece la demanda, se patentizan cuando el recurrente en el primero de los cargos que formula contra la sentencia afirma: 'Al valorar la sentencia de segundo grado el testimonio de Flor Alba Díaz Gómez...consideró el fallador que esta versión de oídas corrobora la del lesionado en el sentido que él había cerrado al chofer de la otra buseta pero sin intención de agredirlo...' (fol. 11 Cuad.Casación). Así repetitivamente lo expone en los restantes tres cargos en relación con la valoración que hizo el juzgador en las declaraciones de Lucy Adriana Campos, José Usebio Linares y José Libardo Estupiñán González, sumando a la vez al cuarto cargo el sentido en que fue valorada por el fallo la diligencia de inspección judicial efectuada en el sitio de los hechos. De esto se concluye que entremezcla el error de hecho con el de derecho (falso juicio de convicción), lo que tampoco es admisible en casación.

"Es de anotar aquí que las divergencias en el trabajo de 'apreciar' o examinar el contenido de la prueba en sí misma considerada, y frente a los demás medios de prueba (análisis de conjunto Art. 253 del C. de P.P.), no son errores de facto que en esencia viene a dar nombre el error de hecho sobre la prueba. Eliminada la valoración legal de la prueba, preestablecida, es claro que sólo cabe la valoración judicial sobre los criterios de racionalidad. cientificidad y experiencia que conforman el marco de la crítica racional de la prueba. Por esto se le llama también libre apreciación o de crítica racional de la prueba. Es bueno volver sobre lo anterior a fin de clarificar que la valoración judicial de la prueba siempre será legítima salvo que rompa los principios de la lógica, la experiencia y la ciencia. En tales casos se caerá en un error de hecho por tergiversar lo objetivo de la prueba, o por suponerla o pretermitirla.

"Por los desaciertos técnicos anotados que presenta la demanda, resultan imprósperos los cargos que el recurrente formula contra el fallo de segunda instancia.

"...

"Por lo expuesto, respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no casar, la sentencia impugnada".

Consideraciones de la Sala

La censora se limita a sostener que el fallador de instancia incurrió en errores de apreciación probatoria en relación con las deposiciones de Flor Alba Díaz

Gómez y Lucy Adriana Campos e idéntico error en relación con la apreciación probatoria de los testimonios de José Eusebio Linares y José Libardo Estupiñán en cuanto a la conclusión sobre lo que pudieron ver desde el puesto en que se encontraban en la buseta.

Pero la actora omite mencionar cual de las modalidades de error aceptados por la doctrina y la jurisprudencia ha podido cometer el fallador y por ello no dice si se trata de un falso juicio de existencia por no considerar medios de convicción debidamente producidos dentro del proceso, o por suponer la presencia de un medio de prueba que no ha sido allegado al proceso, o de un falso juicio de identidad o de convicción.

En tales condiciones la impugnante se limita a manifestar su desacuerdo con la valoración probatoria que las instancias dieron a cada uno de los testimonios, los cuales en su opinión, fueron indebidamente apreciados; por lo tanto simplemente antepone su personal criterio, pues pretende que los juzgadores han debido valorar tales medios de prueba de conformidad con lo que ella considera.

Es bien sabido por la reiterada e inmodificada jurisprudencia de esta Corporación que al haberse superado legislativamente el sistema tarifado de la prueba, cuando se falla conforme a las reglas de la sana crítica es imposible el planteamiento de errores de derecho por haberse valorado la prueba de una manera diversa al señalado en la Ley; y cuando se proponen pretendidos errores de hecho, como en el caso subjudice, es preciso que se trate no de una diversa manera de interpretar un determinado medio de prueba, sino que sería indispensable que el juzgador en su análisis hubiera sacado conclusiones totalmente distintas al contenido natural de la misma o que la distorsión del medio de convicción fuera de tal naturaleza que pusiera a la prueba a demostrar hechos completamente diversos a los que realmente puede establecer.

En el caso presente no se incurrió en este tipo de errores de apreciación, porque en relación con el testimonio de Flor Alba Díaz Gómez la recurrente se opone a la forma como lo interpretó el Tribunal porque en su criterio, estaba demostrado que desde un principio el agresor había sido Conde no solo por el hecho de cerrarlo con su buseta sino por las frases insultantes que le dirigió "...y en detrimento de la integridad de Darío Castro".

Con respecto a la versión de Lucy Adriana Campos Prieto dice que en su afán de proteger al lesionado mintió y considera que su mendacidad queda demostrada con la declaración del propio ofendido Fernando Conde.

En el análisis del testimonio de José Eusebio Linares estima errada la apreciación del fallador por haber considerado que desde el lugar en que se encontraba en la buseta no pudo haber visto sobre lo que declara y se extraña que sea calificado como testigo comprometido cuando no existe prueba que indique tal hecho.

Critica la apreciación probatoria que se dio al testimonio de José Libardo Estupiñán González cuando estimó que no pudo haber observado lo que declaró y que se fió de unas fotos que no habían sido tomadas de manera adecuada para descartar la anterior deposición y la de Linares.

Si se observa la sentencia de primera instancia se verifica que el juzgador haciendo uso de la apreciación racional descartó las afirmaciones hechas por varios testigos y aceptó las de otros, por considerar que estos se encontraban en una mejor posición dentro de la buseta para haber presenciado los hechos tal como ocurrieron y es por ello que concluye: "Sopesadas las dos versiones, a la luz de la sana crítica estima el Despacho que la vertida por el lesionado y la pasajera Campos Prieto se ajusta a la verdad material de lo acontecido. En efecto, la afirmación de los testigos que trataron de favorecer al procesado en cuanto a que el lesionado bajó con la mano entre la cintura del pantalón amagando sacar arma, no es verosímil, porque como lo anotó la Agencia Fiscal en la vista pública es bien difícil advertir ese movimiento desde el sitio que ocupaban José Eusebio Linares y José Libardo Estupiñán como se puede apreciar en las fotografías (f. 241) tomadas en la inspección judicial practicada con motivo de la investigación, por lo que restan veracidad y credibilidad a sus atestaciones, al paso que lo sostenido por el declarante Linares, sin que exista evidencia de que no estuvo en el lugar de los acontecimientos se coloca aún más en tela de juicio por haber sido conductor de la empresa Distrital de Buses durante la larga época en que también lo fue el aquí procesado a quien dijo recordar por su cara".

Posteriormente la decisión del Juez singular realiza las siguientes consideraciones para efectos de rechazar la concesión de la atenuante de la ira cuando afirma: "...tesis que no se puede admitir en razón a que no se presentó en el caso que nos ocupa comportamiento ajeno grave e injusto como para que se produjera objetiva o subjetivamente dicho estado de ira en Darío Castro".

De manera similar raciocina la segunda instancia para rechazar la causal de inculpabilidad que se alegó y la subsidiaria de la ira cuando se dijo: "No obstante que José Eusebio Linares y José Libardo Estupiñán González pretendieron respaldar el dicho del sindicado en cuanto habrían observado la señal de Conde al llevarse la mano hacia la cintura, la diligencia de inspección judicial permitió al juzgado observar en forma directa la dificultad que, conforme a los sitios ocupados en la buseta, tenía que ver a la víctima en actitud indicadora de extraer un arma de su cuerpo, específicamente de la cintura, región que no podía ser percibida desde el lugar donde se encontraban los testigos".

Y más adelante refiriéndose a la versión del ofendido dijo:

"Su versión es esencialmente corroborada por Lucy Adriana Campos Prieto: nadie le vio portar arma de alguna clase a la víctima y éste niega que llevara.

"Excepto lo relacionado con la supuesta intención que dejó ver el lesionado de sacar un arma, hecho que no encontró respaldo en las pruebas, todas las versiones son similares, permitiendo con certeza deducir cómo resultaba infundado el temor del procesado de ser agredido con un arma semejante a la suya para que determinado por esa creencia errada dispara contra la humanidad del presunto agresor; igualmente indican cómo las ofensas fueron recíprocas, pero en todo caso, colígese, no de tal gravedad para determinar en alguno de los contrincantes un estado de emoción-pasión capaz de menguar sus esferas superiores en tal forma que sin medir consecuencias atentara contra la vida del otro.

"Ciertamente como lo pone de presente la fiscalía sería inconducente admitir la atenuante en este caso, pues en actividades como las desarrolladas por víctima y victimario a diario se ven avocados a situaciones como las que originó los hechos, que en manera alguna podría resolverse en forma benévola".

Surge entonces con meridiana claridad que en el caso presente no existen los predicados errores de hecho, sino que simplemente la censora quiere anteponer su personal apreciación probatoria y por ello tal como lo solicita el Delegado se rechazarán los cargos formulados contra la sentencia.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese 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 Cortés Garnica
Secretario

NULIDAD \ PRUEBA \ DERECHO DE DEFENSA

Para que se pueda declarar una nulidad es indispensable que debe tratarse de una irregularidad sustancial, pero que además debe haber afectado las garantías de las partes que la alegan, o que se hayan desconocido las fases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

Las pruebas dentro del proceso en general, (y de ello no se excepciona el derecho penal como lo advierten los artículos 249 y 251 del Decreto 050 de 1987 aplicable al caso), no pueden ir allegándose de manera arbitraria a la actuación a voluntad de las partes o del funcionario sino solo en la medida en que siendo pertinentes guarden conducencia con el tema del debate y los fines del proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6758

Procesado: H. Salamanca

Delito: Homicidio

Magistrados ponentes: Drs. *Edgar Saavedra Rojas*
Juan Manuel Torres Fresneda

Aprobado acta No. 144 (diciembre 9 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Por sentencia del 10 de mayo de 1991 emanada del Juzgado 18 Superior de Santafé de Bogotá se condenó a Humberto Rafael Salamanca Rodríguez a la pena principal de 22 años de prisión como responsable de dos delitos de homicidio cometidos en perjuicio de los ciudadanos Pedro Mauricio Barato Lugo y José Uldarico Soler Soler.

La anterior decisión fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior de esta ciudad por sentencia del 14 de agosto de 1991.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por la Corporación. Presentada la demanda fue declarada ajustada a la ley, por reunir los requisitos en ella exigidos.

Se corrió traslado al Agente del Ministerio Público quien solicitó casar el fallo impugnado y declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a prueba.

La Sala entra a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS

En la mañana del 6 de noviembre de 1988 en una construcción ubicada en la carrera 82 con calle 41 de esta ciudad fueron encontrados los cadáveres de Pedro Mauricio Barato Lugo y de José Uldarico Soler Soler quienes presentaban múltiples heridas de arma blanca.

Como autor de tales hechos fue vinculado Humberto Rafael Salamanca Rodríguez.

ACTUACIÓN PROCESAL

Se abrió proceso penal por auto del 29 de noviembre de 1988.

Por auto del 18 de enero de 1989 se admitió la demanda de parte civil en representación de Pedro Barato en su calidad de padre legítimo de Pedro Mauricio Barato Lugo.

El 6 de julio de 1990, luego de escucharlo en indagatoria, se decretó la detención preventiva de Humberto Rafael Salamanca Rodríguez y el 25 de septiembre de 1990 se dictó resolución de acusación contra el mismo procesado por el doble homicidio.

Por auto del 30 de octubre se decretaron pruebas en el juicio.

Realizada la diligencia de audiencia pública el 23 de abril de 1991, se dictó sentencia de primera instancia el 10 de mayo siguiente y de segunda el 14 de agosto del mismo año.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera el censor presenta varias causales de nulidad. Hace consistir la primera en violación del derecho de defensa, pero en la fundamentación del cargo habla de una motivación anfibológica y ausencia de motivación de la sentencia, para luego finalmente hacer una serie de consideraciones sobre la falta de determinación en el tipo objetivo cuando afirma: "En el caso subjudice, el Juez se limita a formular un pliego de cargos por un delito de homicidio, sin que de la motivación formulada por él se desprenda inequívocamente a cual de las varias modalidades de éste delito contra la vida y la integridad apuntaba la resolución acusatoria, pues la falta de reseñamiento y motivación de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, lo llevaron a hacer una calificación in genere ambigua e imprecisa definición del delito imputado, no se sabe si la calificación era culposa, dolosa o preterintencional, lo cual hizo difícil el normal ejercicio de la defensa y la aplicación del derecho en la sentencia".

De otra parte, para referirse a la indeterminación en la imputación subjetiva el recurrente sostiene que "En el caso recurrido se narra en la resolución acusatoria de indicios graves (sic) pero no se señala su conducencia para predicar la culpabilidad, dada la ambigüedad de la misma resolución acusatoria en comento, ni siquiera contiene el delito en su género, mucho menos contiene como debería contener el mismo delito en su especie, de contera, tiénese que el juzgador de segunda instancia hace la misma evaluación incurriendo en error in procedendo al proferir sentencia de un juicio viciado de nulidad".

El impugnante también considera que hubo indeterminación con respecto a la forma de intervención en el hecho, esto es, si se trataba de autoría o participación, por ello afirma que "la resolución acusatoria de marras, no contiene ni acredita la existencia de un plan delictivo y el codominio del hecho en donde se infirme que Humberto Rafael Salamanca Rodríguez, participó como autor o determinador y es por ello que la parte resolutiva de resolución acusatoria es ambigüa y no hace claridad sobre la imputación en lo que atañe a la forma de intervención en el hecho punible.

Así, para el actor, la imprecisión en el grado de participación configura una acusación anfibológica, que denota la incursión en un error in procedendo, al haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad.

El demandante plantea un segundo cargo por presunta violación al derecho de defensa por vinculación tardía del imputado al proceso. A este respecto sostiene

el impugnante que habiendo sucedido los hechos el 6 de noviembre de 1988 el acusado solo vino a ser vinculado el 4 de julio de 1990, mediante indagatoria; es decir 17 meses después, siendo que existía mérito para vincularlo desde la propia iniciación del proceso y que si se tiene en cuenta que las órdenes de captura fueron recibidas el 30 de noviembre de 1988 por las autoridades que las debían realizar, el juez ha debido esperar 10 días, al cabo de los cuales, al no recibir respuesta, ha debido proceder de conformidad con lo previsto en el art. 378 del C. de P.P., emplazándolo y declarándolo reo ausente. Concluye así: "La vinculación tardía del acusado al proceso cuando existía mérito para ello desde el comienzo de la investigación viola principios fundamentales como el de la contradicción de la prueba, según el cual contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de unidad y comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica y con el de la lealtad en la prueba, pues no puede existir sin la oportunidad de contradecirla como el de igualdad de oportunidad para la prueba pues para que haya igualdad es indispensable de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas y para contradecir las aducidas por el contrario. Es un aspecto del principio más general de la igualdad de las partes ante la ley procesal; como el de la publicidad de la prueba".

Termina solicitando se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que cerró la investigación.

El censor plantea una nueva nulidad por violación del derecho de defensa por no haberse verificado las citas que hizo el indagado en el momento de la indagatoria.

Destaca como el Fiscal del Juzgado solicitó que en vista de la vinculación tardía del procesado se debían de verificar las citas que este hizo de los que menciona como zapateros, puesto que indica dónde se les puede localizar en un establecimiento cerca de la obra.

Dice igualmente que el procesado desde el primer momento hizo cargos contra unos zapateros y contra José Leal, pero que estas citas nunca se confrontaron por inercia del instructor.

Concluye así su argumentación: "De haberse verificado estas citas por el sentenciador otro hubiese podido ser el resultado por cuanto los hechos narrados por el sindicado en su injurada al decir que hubo una riña con unos zapateros y que estos prometieron volver para ajustar cuentas y que José Leal le dijo que habían peliado con los zapateros y que a él le habían pegado una puñalada en la pierna, pudieron ser ciertos, pero eso solo lo sabríamos si se hubiere verificado esta cita. Por inercia se condenó a un probable inocente y por inercia se dejó en la impunidad probablemente a los verdaderos culpables del susodicho homicidio".

El casacionista propone otra nulidad por "vicio de actividad del juez por omisión de prueba científica de alcoholemia" que fundamenta en el hecho de existir indicios de que el procesado al momento de ejecutar el hecho se encontraba en situación de inimputabilidad y cita los diversos testigos que el día de los hechos lo vieron tomando, algunos de los cuales lo señalan como embriagado y el hecho de que los dos occisos hubiesen presentado un alto nivel de alcohol etílico en la sangre.

Critica la experticia rendida por los psiquiatras quienes luego de los exámenes correspondientes practicados al procesado concluyen que en el momento de los hechos ha podido encontrarse en una situación de embriaguez aguda, pero dice que partiendo de la hora en que fueron realizados los exámenes a los muertos y del grado de alcoholemia que se les encontró es de concluir que tanto sindicado como occisos debían estar en un mismo nivel de embriaguez que, por su propia cuenta concluye, podía ser severa o grave si se tiene en cuenta que podían tener más o menos unos 300 miligramos de alcohol etílico en la sangre.

Concluye así su argumentación sobre este punto "Es tan importante y trascendental la omisión en que incurrió el ad-quem que no sobra recordar que el psiquiatra debe rendir un dictamen sobre las condiciones psicológicas o psiquiátricas en que se encontraba el procesado en el momento de los hechos y en este caso concreto se rinde 17 meses después y en tales condiciones era absolutamente indispensable que los psiquiatras hubieran contado con la prueba científica sobre el grado de alcoholemia en que se encontraba el procesado el día de los hechos, para así poder rendir el informe a la realidad de estos y a las pruebas testimoniales citadas del indicio de la situación de inimputabilidad de Salamanca Rodríguez".

Termina solicitando se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de investigación o del que abrió el proceso a pruebas.

Concepto de la Procuraduría

Solicita se case la sentencia y se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a pruebas argumentando que:

"Es de la esencia del recurso extraordinario de casación el ser un juicio técnico-jurídico contra la sentencia de segundo grado, que persigue ante todo la defensa de la ley y la unificación de la jurisprudencia nacional, sin desconocerse sus finalidades secundarias de denunciar el injusto y reparar el agravio inferido con la decisión del ad quem. Estas finalidades, y su naturaleza, exigen un preciso tecnicismo tanto en la alegación como en la decisión de la impugnación, que no pueden ser olvidadas o desechadas en ninguna de las causales incluso en aquella -la nulidad- que puede ser reconocida oficiosamente por la Corte Suprema de Justicia, porque, de hacerse, abriría el camino a una tercera instancia no contemplada por la ley interna ni por los tratados internacionales como garantía de juzgamiento y que sí representaría, por el contrario, un serio ataque a la seguridad

de las decisiones judiciales y una prolongación indebida a los trámites procesales que lesiona uno de los principios rectores del proceso penal: su tramitación sin dilaciones injustificadas.

"Quiere decir lo anterior que aún tratándose de alegaciones que pretenden la anulación de la sentencia por haberse incurrido en el trámite del proceso en errores in procedendo, es obligación del demandante observar unos requisitos mínimos de técnica en la presentación de su demanda, para que ella no resulte incompleta o indebidamente fundamentada o contradictoria. De no hacerlo, la desestimación ha de ser la respuesta.

"Pues bien, en el escrito que ahora se somete a la consideración de la Delegada, se encuentran en la mayoría de los cargos profundas incorrecciones técnicas que imponen su desestimación, si bien otro, por su trascendencia, ha de ser acogido por la Corte para que declare la anulación de lo actuado, tal como se consignará a continuación.

"*Primer cargo*

"Bajo el título general de 'Violación del debido proceso' el censor alegó aquí varias causales de nulidad que son independientes y tienen sentidos diversos entre sí, tornándose incorrecta su formulación simultánea en tanto que, cuando menos dos de ellas, son definitivamente excluyentes.

"En efecto, si al comienzo del cargo se dice que la resolución de acusación contiene una 'Motivación anfibológica', no puede entenderse que a renglón seguido se afirme que la misma decisión presenta 'Falta de motivación', en el entendido de que, si esta última falla la que acusa el pliego de cargos, no puede él, a su turno, ser anfibológico en su motivación que es inexistente de acuerdo con la primera proposición.

"Ciertamente, los fundamentos del enjuiciamiento, sólo en existiendo pueden ser anfibológicos, pues es de la naturaleza de esta categoría el que se hayan consignado en la providencia razones que sustenten la formulación de la acusación, pero que ellas sean expuestas en forma tal que resulten ininteligibles para los sujetos procesales. Precisamente de una motivación para que ella pueda ser antibológica. Alegar, sobre el mismo punto, su falta, es un exabrupto que no puede resolverse a la luz de la lógica ni del derecho.

"Por otra parte, estima la delegada que tanto la ambigua motivación de las decisiones procesales intermedias, como la ausencia de sustento de ellas, son más propias del ámbito de la nulidad por violación del derecho a la defensa, comoquiera que se concretan ambas en la imposibilidad que surge para el acusado de entender o conocer los motivos por los cuales la jurisdicción lo considera inmerso en un tipo penal, o cuáles son los precisos límites de su responsabilidad a la luz de las

disposiciones sustanciales pertinentes; nace, en consecuencia, inadecuado proponer tales causales de nulidad como infractoras del debido proceso, reservando éste para otras irregularidades procesales, como reiteradamente lo han expuesto doctrina y jurisprudencia que, a través de un prolongado análisis, han separado los ámbitos de cada uno de los dos principios gobernantes de la actuación procesal en materia penal.

"Entrando más en detalle, se concluye de la demanda presentada que el actor no comprende cabalmente el sentido de una providencia anfibológica, pues si inicialmente remite sus argumentaciones a la falta de análisis de las pruebas recaudadas como contenido de su ataque, más adelante sostiene que 'se narra en la resolución acusatoria de indicios graves pero no se señala su conducencia para predicar la culpabilidad, dada la ambigüedad de la misma resolución acusatoria en comento, ni siquiera contiene el delito en su género, mucho menos contiene como debería contener el mismo delito en su especie, de contera, tiénese que el juzgador de segunda instancia hace la misma evaluación incurriendo en error in-procedendo (sic) al proferir sentencia de un juicio viciado de nulidad', con lo cual mete dentro de un mismo saco diversos motivos de anulación o crítica probatoria, dejando a la imaginación del Tribunal de Casación la fijación del querer del demandante, lo que obviamente no puede hacerse en sede de este extraordinario recurso.

"A más de lo anterior, es característica de este primer cargo que el censor se queda en el ámbito de las afirmaciones generales, sin precisar y especificar las razones por las cuales considera que la resolución de acusación contiene los vicios que le adjudica, desconociendo con ello las normas reguladoras del recurso, pues no logra demostrar, en la forma utilizada, los errores in procedendo en que incurriera el juzgador. Mírese, si no, como estructura el cargo en el literal b) denominado 'indeterminación del tipo objetivo': comienza por afirmar la importancia de la resolución de acusación -abstractamente considerada- como pieza en la que se 'delimita fundamentalmente el objeto de la relación jurídico procesal' y de ahí pasa a sostener que no basta que en ella se aluda a la calificación in genere del delito que motiva la actuación, sino que requiere que el tipo penal se individualice claramente, pasando luego a consignar en su escrito, textualmente y como argumento al punto final:

"'En el caso subjúdice (sic), el juez se limita a formular un pliego de cargos por un delito de homicidio, sin que la motivación formulada por él se desprenda *inequívocamente* a cual de las varias modalidades de este delito contra la vida y la integridad personal apuntaba la resolución acusatoria, pues la falta de reseñamiento y motivación de la *tipicidad, antijuricidad y culpabilidad*, lo llevaron a hacer una calificación *in genere* ambigua e imprecisa definición del delito imputado, (sic) no se sabe si la calificación era *culposa, dolosa o preterintencional*, lo cual hizo difícil el normal ejercicio de la defensa y la aplicación del derecho en la sentencia'.

"Estas afirmaciones solamente indican que el demandante no consultó el expediente. Si lo hubiera hecho, habríase dado cuenta que en el pliego enjuiciatorio

sí se consignó en forma precisa el tipo objetivo que motivó la decisión,y si bien la providencia no es un dechado, sí cumplió con las exigencias mínimas que se imponían. En efecto, se observa a folio 243 del cuaderno de originales que el juzgado de primera instancia al calificar el mérito del sumario afirmó que hará un análisis para determinar la materialidad del hecho considerado por la ley como delictivo, en este evento el ocasionar la muerte a Pedro Mauricio Barato Lugo y José Huldarico (sic) Soler Soler, quienes ostentaban vitalidad completa...', expresión que luego fue complementada con algunas acotaciones sobre las pruebas recaudadas y esta otra aseveración: '... que fueron (las heridas que presentaban los occisos, aclara la Delegada) según las pruebas practicadas producidas con *sevicia* sobre las víctimas ya que cada uno de los cuerpos recibió aproximadamente entre 20 y 27 heridas de tal magnitud que dejan entrever que los homicidas tenían toda la intención de acabar con las vidas de estas dos personas, por cuanto existió ese nexo psicológico entre los agentes y el hecho con la voluntad consciente para proyectar y obtener la muerte a sabiendas de la ilicitud de sus comportamientos' (folio 245 del cuaderno de originales).

"Pero, por si subsistiera alguna duda en cuanto al punto, en el párrafo siguiente la juez precisó que 'nos encontramos frente a un doble homicidio ocasionado con las agravantes que contemplan los nums. 6 y 7 del art. 324 del C.P., que se refieren a ...', y más adelante, en el capítulo denominado 'Calificación jurídica provisional' (folio 246 del cuaderno de originales), la misma funcionaria consignó con exactitud que el delito por el cual se procede 'encuentra adecuación típica en nuestro ordenamiento penal en su libro II, Título XIII, Capítulo I donde se relacionan los ilícitos contra de la *vida y la integridad personal,* conocido genéricamente como *homicidio* y sancionado con pena de prisión de diez (10) a quince (15) años, y como ya lo anotamos nos encontramos en presencia de dos agravantes que contempla el art. 324 del C. P. nums. 6 y 7 respectivamente en donde se predica que la pena será de dieciséis (16) a treinta (30) años de prisión'. Cabría, acaso, una mayor precisión en la imputación del tipo objetivo? Claro que sí, mas ella no aportaría nada nuevo a lo ya dicho por la funcionaria que calificó el mérito del sumario en torno al tema, pues solamente le faltó decir que el delito-tipo que motivaba su decisión era el consignado en el artículo 323 del Código Penal, lo que ya se encuentra implícito en los que hasta ese entonces había dicho, pues, señalando que se trataba de un homicidio, que el mismo se había cometido con 'intención de acabar con las vidas' de los occisos, que se presentaban las circunstancias de agravación de los numerales 6 y 7 del artículo 324, ya estaba precisando lo que se extraña, fijaba los motivos de juzgamiento de manera clara y sin que diera lugar a confusiones; tanto, que incluso citó los límites de la penalidad asignados a cada una de las normas en las que basó su determinación, con lo que no dejó dudas al respecto.

"No cabe, entonces, ningún reproche al pliego enjuiciatorio por este aspecto.

"Igual situación de generalidad y abstracción se presenta en el resto del desarrollo del cargo, pues las aparentes imprecisiones glosadas por el actor se desmoronan (sic) con sólo mirar con espíritu desprevenido la pieza enjuiciatoria en donde se destaca la intencionalidad en la muerte de la víctimas -que fue lo discutido en el acápite 'indeterminación en la imputación subjetiva (tipo subjetivo)'-, y el grado de participación del enjuiciado, el que señala, a no dudarlo, en la categoría del autor material del hecho, pues así se discurrió en el pliego enjuiciatorio: 'Existe prueba técnica, documental y testimonial *respecto a la autoría* y responsabilidad del sindicado que son medios idóneos...' (folio 244 del cuaderno de originales); '...se establecen (sic) que los hoy occisos se encontraban en compañía de Humberto Rafael Salamanca apodado 'nene' y de José Leal ya que fueron vistos por varias personas durante toda la tarde del sábado y altas horas de la noche, *quienes le ocasionaron la muerte a sus dos compañeros* Pedro Mauricio y José Huldarico (sic), con un elemento apto para ocasionarla, y *propinándoles múltiples heridas* en partes vitales...' (folio 245 c.o); '...los homicidas tenían toda la intención de acabar con las vidas de estas dos personas ...' (folio 245, c.o.) '... y por ello no contaban con los medios para defenderse y *poder reprimir el ataque de sus agresores, quienes aprovechando ...*' (folio 246, c.o.), y esta otra expresión no menos diciente que las anteriores: 'Es por todo lo anterior que hay pruebas suficientes para predicar la responsabilidad de Humberto Rafael Salamanca Rodríguez como autor de este doble crimen...' (folio 246, c.o.).

"Lo anterior demuestra que el fenómeno de la determinación jamás estuvo en juego al momento del enjuiciamiento, tampoco el de la complicidad y siempre el juzgador hizo las acusaciones concretas contra Salamanca Rodríguez en su calidad de coautor material de los homicidios investigados, sin que fuera posible reprochar a la resolución de acusación ambigüedad en este específico aspecto. La duda que le surge al demandante, obedece a su particular forma de analizar la resolución de acusación, pues si en frente a algunos de sus planteamientos -la falta de motivación- solamente toma la parte considerativa de ella para señalar el vicio producido en concepto del demandante, para esta segunda ocasión abandona cualquier examen de esa porción del proveído para remitirse, como lo acepta incluso con transcripción del párrafo pertinente, exclusivamente a la parte resolutoria de la providencia.

"Nada más hay que observar. El cargo no prospera.

"Segundo cargo

"La vinculación tardía del procesado a la actuación penal que se adelanta en contra es, en verdad, una de las formas de violar su derecho a la defensa, puesto que lo priva, entre otras cosas, de posibilidades concretas de contradecir algunos de los elementos de convicción que se van recaudando dentro del expediente, menguando de esta forma sus concretas expectativas de salir avante en sus pretensiones. Con todo, no es esta afirmación un absoluto. En cada caso han de

examinarse las situaciones específicas que en él se presentan, para determinar con criterios de racionalidad y materialidad -que no exclusivamente teóricos- si la vulneración al derecho tuvo efectivo acontecer, única forma de concluir en la necesaria anulación de lo actuado en contra de las garantías fundamentales.

"La demanda que ahora se estudia se desentendió de este aspecto, al omitir analizar lo realmente contenido en el sumario y cuáles fueron las condiciones que determinaron la vinculación del procesado más allá de los términos rígidos señalados en la ley para ello. Otra visión tiene esta agencia fiscal al respecto.

"En efecto: es verdad incontrovertible que desde el mismo auto de cabeza de proceso (29 de noviembre de 1988, folio 46 cuaderno de originales) existía mérito suficiente para ordenar la injurada del incriminado Salamanca Rodríguez y que en obedecimiento a ello, la juez instructora dispuso el adelantamiento de la susodicha diligencia en el numeral primero de su proveído.

"Por no estimarse legalmente adecuada la citación, se impartió de inmediato la orden de captura a las autoridades competentes quienes procedieron a la tarea de localización del paradero del inculpado sin lograr resultados positivos, inicialmente, según se dejó consignado en los informes que rindieron en su oportunidad.

"La investigación, por su parte continuó. Se aportó al expediente el informe de la Dijin sobre las actividades por ellos cumplidas durante la diligencia de levantamiento de los cadáveres, las actas de las auptosias practicadas a los muertos, el informe de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal -Cuerpo Técnico de Policía Judicial- sobre los resultados de la indagación preliminar adelantada por tal institución, diligencias todas éstas que se evacuaron con anterioridad al auto cabeza de proceso.

"Se aportó también el cuerpo de las diligencias preliminares evacuadas por la Policía Judicial del Departamento Administrativo de Seguridad, las cuales se cumplieron antes, otras el mismo día y algunos pocos días después de proferido el auto que ordenó la apertura de la investigación.

"De esta manera, pues, la actividad que se desarrolló en el Juzgado de Instrucción Criminal una vez iniciada la investigación, fue bien escasa. Se limitó a recibir dos declaraciones (folios 115 a 118 del cuaderno de originales) de los señores Luis Alfredo Romero Pardo y Víctor Manuel Ortíz, a acoger las constancias sobre anotaciones de antecedentes de los procesados (folio 152, 154 y 155), a admitir el poder, la demanda de constitución de parte civil y sus anexos, a pronunciarse sobre la precitada demanda, a legajar el informe sobre la no captura del incriminado (folios 171 y 172), y a recibir el poder que para los efectos del proceso confiriera el co-sindicado José Leal Campos (folio 167). En últimas, una actividad investigativa que muy poco se ocupó de evacuar pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos, hasta cuando el procesado fue puesto a su disposi-

ción el día tres de julio de mil novecientos noventa (folio 174), a partir del cual el juzgado instructor persistió en su inactividad investigativa.

"Quiere decir lo anterior que el grueso de las pruebas recaudadas lo fueron en la etapa de indagación preliminar, tal como puede apreciarse dentro del expediente, y que si bien el juzgado no se preocupó por perfeccionar realmente el sumario, sí otorgó al encartado suficiente oportunidad -temporal y material- para que discutiera las probanzas que se allegaron a la actuación sin limitar en forma alguna el derecho a la defensa el cual, dentro de los límites racionales fue preservado, pues no se coartó la posibilidad de pedir pruebas, o de contrainterrogar a quienes ya habían de declarado si así lo estimaba pertinente la defensa, o de objetar los dictámenes periciales que se habían producido, o criticar las valoraciones que habían emitido los cuerpos investigativos en sus diferentes informes. en fin, nada hay en el expediente que permita siquiera pensar que alguna actividad judicial obstaculizó (o trató de hacerlo) el derecho fundamental del procesado.

"La vinculación de Salamanca Rodríguez a la actuación, de otra parte, no era procedente en tanto que las diligencias permanecieron en poder de las autoridades de policía judicial, como no se hizo, y por ello, su tardía vinculación al proceso, más que de atentatoria del derecho a la defensa, ha de catalogarse como la única actividad desplegada eficientemente por la funcionaria instructora quien, como se dijo, en casi dos años en que tuvo el expediente bajo su dirección, bien poco fue lo realizado en ella, lo que amerita, a juicio de esta oficina, que se expidan copias de este concepto y se remitan a la Procuraduría Delegada para la vigilancia judicial -como se hará- a fin de que allí se determine si es del caso iniciar la respectiva averiguación disciplinaria.

"Las alegaciones de la defensa en este aspecto, en verdad que no tienen razón. Por ninguna parte de la actuación se observa que la funcionaria instructora hubiese privado al acusado de oportunidades de defensa -quizás su propia pasividad se lo impidió- y, por lo demás, no considera esta oficina admisible el planteamiento del recurrente según el cual en todo caso de vinculación tardía del acusado se lesiona el principio contradictorio porque los testigos, previamente oídos, quedan atados con el juramento que prestaron en la primera versión. Las cosas no pueden ser así, porque entonces tendríamos que concluir que siempre que se haya escuchado en declaración jurada a un testigo de cargo, antes de recibir la injurada al incriminado, se presentaría la vulneración del derecho a la defensa, en tanto que cuando menos respecto a ese inicial declarante, no le quede opción al sindicado más que la de tratar de destruir la prueba por vías diversas a las de la crítica testimonial, lo que a todas luces resulta absurdo en un sistema en donde opera no solamente la libertad de prueba, sino también su apreciación ceñida exclusivamente a los principios de la sana crítica.

"El cargo, a juicio de esta oficina, no debe prosperar.

"*Cuarto cargo*

"La presunta violación del debido proceso contenido en este ataque, se construye sobre la afirmación que trae el libelista de que existen en el expediente suficientes elementos de juicio como para suponer que el acusado actuó, al momento de ejecutar el hecho, en situación de inimputabilidad. Ella la deduce de las versiones testimoniales de algunos de los deponentes en el plenario que refieren el estado de embriaguez en que vieron al incriminado o la cantidad de licor que él junto con sus compañeros ingirieron el día de los sucesos delictivos.

"Pues bien, reconoce a continuación el actor que a su patrocinado se le practicó prueba psiquiátrica para tratar de establecer su estado de perturbación mental, y que la experticia no arrojó resultado alguno que favoreciera sus pretensiones, pues los peritos de Medicina Legal no dictaminaron condiciones de inimputabilidad. Empero, critica ahora el que no se haya empleado como técnica de diagnóstico la de la alcoholemia, 'como lo ordena la toxicología'.

"Es verdad equivocado (sic) el enfoque que el censor ha dado a este cargo. Lo que se encuentra cuestionado no es siquiera la validez del proceso por la ausencia de una prueba fundamental en él, que podría haber determinado una decisión diversa respecto del acusado, sino que -so pretexto de la nulidad- se cuestiona la validez del dictamen pericial y por tanto se traslada la acusación al ámbito de violación indirecta pues lo inadecuado del peritaje es lo que determina la aplicación de la ley, en opinión del censor quien, dicho sea de paso, no tienen en cuenta que cuando compareció el acusado a rendir indagatoria no era procedente practicar la prueba de alcoholemia para él, puesto que ya había desaparecido todo vestigio de licor que había consumido la noche de los hechos, diecisiete meses atrás, tornándose la prueba reclamada en un imposible.

"Otras observaciones podrían hacerse a este aparte de la demanda, mas las omite la delegada en razón a la evidente improcedencia de la censura por su errónco planteamiento técnico.

"*Tercer cargo*

"Lo alegado aquí es la violación del derecho a la defensa por falta de verificación de la citas del indagado. Comienza el actor por señalar la naturaleza jurídica de la indagatoria como un medio de defensa, en lo que se encuentra de acuerdo la Delegada, para resaltar luego a través de su transcripción textual, lo que dijera el incriminado al momento de su injurada respecto a la intervención de unos zapateros en un altercado con los indiciados el día de los hechos delictivos.

"Se apoyó también el censor en el memorial que presentara el fiscal del Juzgado Superior en el que pidió se evacuaran pruebas tendientes a comprobar la

verdad del dicho del acusado indagado, para resaltar que las diligencias eran entonces pertinentes, pues podrían determinar la inocencia del acusado. La violación de las normas que gobiernan la investigación integral, entonces, trascendió a las esferas del derecho a la defensa que resultó vulnerado para el incriminado.

"Para determinar la prosperidad de la censura, necesario resulta hacer las siguientes consideraciones que resaltan la importancia de la diligencia de indagatoria y la afección que al derecho a la defensa puede inferirse al no dar adecuado desarrollo a la preceptiva legal que desarrolla el principio de la investigación integral.

"Pese a que aún subsiste en alguna forma la discusión en torno a la naturaleza misma de la indagatoria en el plano probatorio, sí se ha reconocido, en posición que comparte esta oficina, que ella participa de una doble calidad: la de ser medio de defensa, y la de ser medio de prueba. Por su primera condición, es la expresión máxima del derecho a la defensa material, garantía reconocida de tiempo atrás no solamente por las disposiciones constitucionales y legales colombianas, sino también por el derecho internacional, tal como sucede con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el literal d) del numeral 3 del artículo 14, y en la Convención Americana, artículo 8, numeral 1, literal d. A través de esta intervención el procesado logra no solamente la proposición de medios de prueba explícitos que han de ser evacuados en cuanto ellos resulten conducentes para los fines del proceso, sino que además introduce una relación de hechos, situaciones y circunstancias, que habrán de tener reflejo en el resultado final de la actuación y que, por consiguiente, se convierten en marco de discusión de los hechos que se investigan.

"Significa lo anterior que las manifestaciones que hace el indagado en su defensa no tienen necesariamente que estar acordes con las pruebas hasta ese momento recaudadas, o que deban ratificar lo ya investigado en la actuación o que se considera suficientemente aclarado, pues constituyendo ellas, eventualmente, una nueva visión de los acontecimientos, surge para el incriminado el derecho de que sus versiones sean confrontadas, se sometan a la comprobación y puedan ser, por esta vía corroboradas o desvirtuadas.

"Solamente dos límites podrían ser fijados a este derecho: que las pruebas resultaren inconducentes a los fines del proceso, y que las explicaciones fuesen definitivamente absurdas o imposibles de comprobar, caso en el cual es la propia condición de ellas la que exonera al funcionario de evacuar las diligencias que se requieran para la verificación de los hechos a que se refieren, como sería el caso de que se invocara la comisión de un delito por orden de la divinidad, o situación semejante.

"Mientras las versiones del sujeto pasivo de la acción penal se encuentren dentro de los límites de la racionalidad y puedan ser comprobadas -para su ratificación o infirmación-, la obligación del funcionario judicial de investigar tanto la favorable como lo desfavorable al acusado mantiene su vigencia, y la infracción del principio de la indagación integral acarreará la nulidad de lo

actuado, porque representa ciertamente un recorte de la garantía judicial del derecho a la defensa, en tanto que el acusado quedaría, de esta forma, sujeto exclusivamente al resultado que arrojen los diferentes medios de convicción recaudados en el proceso y se tendría su versión como irrelevante en la decisión de ellos, o más aún, la injurada se convertiría en una diligencia innecesaria pues no tendría oportunidad de aportar nada a la discusión de los sucesos investigados.

"Así las cosas, forzoso resulta concluir que el deber de confrontar con urgencia las citas del indagado solamente desaparece cuando las pruebas que de ellas surjan resulten claramente inconducentes, entendiendo este principio como la aptitud legal de la prueba respecto del hecho por probar. Vale decir, que si las explicaciones del acusado proponen a consideración del juzgador unos hechos que no encuentran respaldo en el expediente, adquieren importancia las pruebas que a ellos se refieran en cuanto que el objeto del proceso es obtener el cabal esclarecimiento de los hechos materia del mismo, independientemente de que se crea o no -en esta etapa anterior a la sentencia- la versión del incriminado.

"Sobre estos parámetros y frente al caso concreto, se tiene que las diligencias recogidas por las autoridades encargadas de realizar la indagación preliminar, ciertamente que no acreditan en forma alguna la veracidad de las explicaciones dadas por el acusado en su indagatoria, pero ni siquiera contienen elementos de juicio que hagan pensar en que los hechos efectivamente ocurrieron en la forma como lo dijera el sindicado, esto es, que en horas de la tarde los contertulios -occisos y procesado- hubieran tenido una riña con los desconocidos zapateros que se hallaban en los andamios de la obra en la cual trabaja Salamanca Rodríguez. Ello no implica, sin embargo, que las cosas no hubiesen podido haber ocurrido como se plantearon en la indagatoria. Es su versión de lo acontecido, tan válido como la que hasta entonces mostraban los indicios, razón por la cual se imponía que se evacuaron los medios de prueba necesarios a esclarecer la realidad, pues así, como podría resultar inverídica esta nueva visión, bien podría también resultar confirmada por la actividad que se desplegara a partir de entonces por parte de las autoridades correspondientes.

"Inexplicablemente, dentro de lo que es el marco de un proceso penal, pero no de extrañar ante la pasividad de la funcionaria instructora, ninguna actividad probatoria se desplegó para tratar de determinar si los hechos narrados por Salamanca Rodríguez efectivamente tuvieron ocurrencia y si, por lo mismo, podría acreditarse su inocencia o cuando menos, surgiría una situación de duda probatoria que hubiese impuesto su absolución. Era conducente, entonces, ordenar la indagación con los vecinos del lugar acerca de la existencia de los ignotos zapateros y de su intervención en los hechos relatados por el incriminado, como también surgía la necesidad de interrogar a los anteriores declarantes sobre estos puntos, para reafirmar sus versiones o las del procesado, en búsqueda de la verdad. Al no procederse así, la funcionaria judicial desechó toda posibilidad de análisis

integral de la situación, prejuzgando y desconociendo el principio de presunción de inocencia que también resultó entonces seriamente comprometido.

"En consecuencia, claro resulta concluir que asiste razón al demandante en este cargo, pues es evidente la lesión del derecho a la defensa y la irregularidad sustancial no puede corregirse más que a través de la reposición de lo actuado a partir del auto que ordenó la apertura del juicio a pruebas, oportunidad procesal en la cual el funcionario juzgador podrá evacuar las diligencias que resultaren pertinentes a los efectos atrás anotados, tal como así se solicita a la Corte".

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando critica las evidentes fallas técnicas en que incurre el censor, porque de manera reiterada ha sostenido esta corporación que aún pudiendo ser la nulidad declarada oficiosamente por la Corte cuando ella se demanda en una impugnación extraordinaria, tiene que expresarse con absoluta claridad cuál es la irregularidad que vicia el procedimiento y cuál su trascendencia, en cuánto afecta derechos sustanciales de las partes o la estructura fundamental del proceso penal; y si ello era así en la legislación pasada, con mayor razón en la desde hace poco vigente porque se convirtieron en normas legales una serie de principios que se habían venido dedaciendo de la jurisprudencia de esta corporación. Así, ahora, en el art. 308 se establecen muy sanos y rectos criterios para determinar los parámetros dentro de los cuales se han de conceder o negar las nulidades, bien sea porque hayan sido solicitadas por las partes o bien porque se decreten oficiosamente. Dice así el artículo antes mencionado: "Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación. 1) No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.

"2) Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

"3) No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica".

Si, conforme al diccionario de la lengua, por anfibológico debemos entender "Doble sentido, vicio de la palabra, cláusula, o manera de hablar, a que puede darse más de una interpretación o figura que consiste en emplear adrede voces o cláusulas de doble sentido", es obvio que por motivación anfibológica ha de entenderse la existencia de una fundamentación confusa, que como consecuencia de la misma puede dar lugar a diversos entendidos o interpretaciones, razón por la cual se dificulta o hace imposible la labor defensiva de las partes, porque pueden no tener claridad respecto de cuál es la verdadera acusación que se formula, o cuál

su verdadero alcance; por ello, dar una motivación antibológica en providencias como la resolución de acusación o la sentencia, puede hacer nugatorio el ejercicio del derecho a la defensa por parte del procesado o de su defensor.

No obstante, al fundamentar el primer cargo el censor incurre en una franca contradicción porque inicia la fundamentación sobre el presupuesto de una motivación anfibológica, pero un poco más adelante pregona la falta de motivación, y es evidente que si afirma la primera, no puede proclamar la segunda puesto que al haberse dado una motivación así sea anfibológica, la realidad es que ella existe y por tanto no se puede hablar de falta de motivación.

Pero, no solo es contradictorio el planteamiento, sino que la posición no tiene respaldo en el proceso, puesto que el impugnante hace afirmaciones perfectamente contradichas por la realidad del expediente; es así como critica una supuesta indeterminación del tipo objetivo, cuando basta observar las decisiones de las instancias para llegar a conclusión contraria, esto es, que desde el punto de vista objetivo el tipo fue perfectamente delimitado y precisado en sus aspectos fácticos y jurídicos y la correspondencia del hecho con la descripción legal realizada por la norma penal; a ese respecto la primera instancia dijo: "Los hechos así descritos, corresponden en un todo a la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana, reprochable y punible, a través de los arts. 323 y 324.6.7 del C. P., en la modalidad de concurso material y homogéneo prevista por el art. 26 de la misma norma pues demostrado se encuentra que Pedro Mauricio Barato Lugo y José Uldarico Soler, fueron privados de su vida, de una manera violenta, con sevicia en virtud de las múltiples heridas encontradas en su unidad corpórea y en estado de indefensión dado el avanzado estado de embriaguez en que estos se encontraban antes de su muerte, situación que les impedía repeler la agresión de la que fueron objeto por parte del sujeto activo de la infracción".

Y en la decisión de segunda instancia se afirmó: "...se ha investigado la muerte de los ciudadanos Pedro Mauricio Barato Lugo y José Uldarico Soler Soler, ocasionada por causas externas atribuidas a otros, como quiera fallecieron a consecuencia de las múltiples heridas que les infirieron con arma cortopunzante comportamiento que se acomoda perfectamente a las descripciones que hace el legislador en el artículo 323 del C.P. denominado homicidio, plenamente acreditado con las respectivas actas de levantamiento, los protocolos de necropsias y los dictámenes de patólogos forenses que determinaron las causas del fallecimiento a heridas de arma cortopunzante, que produjeron en Barato Lugo, insuficiencia respiratoria, secundaria a broncoaspiración masiva hemática y a Soler Soler, taponamiento cardiáco y schok hipovolémico. Igualmente las causales de agravación que se dedujeron en el pliego de cargos sevicia, y aprovechamiento de la situación de indefensión, contempladas en los numerales 6 y 7 del art. 324 del C.P. ....".

Igualmente en la resolución de acusación las instancias fueron suficientemente claras y precisas; en ella el a quo sostuvo: ".... y son precisamente estos medios

los que nos permiten predicar que Pedro Mauricio y José Uldarico gozaban de completa salud y, que con los acontecimientos de la noche del cinco de noviembre y la madrugada del seis, se establece que los hoy occisos se encontraban en compañía de Humberto Rafael Salamanca apodado "Nene" y de José Leal ya que fueron vistos por varias personas durante toda la tarde del sábado y altas horas de la noche, quienes le ocasionaron la muerte a sus dos compañeros Pedro Mauricio y José Uldarico, con un elemento apto para ocasionarla, propinándoles múltiples heridas en partes vitales de sus organismos...." y un poco más adelante: "... nos encontramos frente a un doble homicidio ocasionado con los agravantes que contemplan los numerales 6 y 7 del artículo 324 del C.P. que se refieren a la sevicia con que se produce el homicidio, acompañado por aquella crueldad exagerada con que se comete el ilícito ya que se observa ese grado de brutalidad que el sujeto activo emplea de manera innecesaria, solo únicamente con el propósito de lograr o satisfacer sus pervertidos anhelos y que lo único que se pretende con esta actuación es el de producir la muerte a su víctima, en este caso sus víctimas en forma inhumana y cruenta".

Tanta precisión, hace imposible atender las censuras que plantea el casacionista en relación con una presunta indeterminación en cuanto a los aspectos objetivos del tipo.

Con respecto a la indeterminación en la subjetividad del tipo, que el demandante asegura existe por la ambigüedad que no permite saber si se trata de una acusación a título de dolo, culpa o preterintención, la Sala responde que esta censura también carece de fundamentación procesal, porque en la resolución de acusación se puede verificar la siguiente afirmación que no puede hacer relación a otra forma de la culpabilidad que a la dolosa: "Fuera de este agravante de la sevicia, estamos igualmente en presencia de otro el cual se refiere a la indefensión en que fueron colocadas las víctimas, ya que después de haber ingerido durante varias horas gran cantidad de licor en compañía de sus víctimas ello les facilitó el configurar sus propósitos, ya que cuando Pedro Mauricio y José Uldarico, estaban bastante embriagados como lo demuestran los resultados de alcoholemia y, por ello no contaban con los medios para defenderse y poder reprimir el ataque de sus agresores, quienes aprovechando que Mauricio y José no contaban plenamente con sus fuerzas y sentido común por el efecto producido por el alcohol en sus cuerpos y mentes, lo que les facilitó mucho más la ejecución de sus propósitos:.

Es cierto que no se menciona la intención dolosa del agente, pero dicha omisión no le da la razón a la pretensión del censor, porque la descripción anterior de los hechos no puede corresponder a forma de culpabilidad diversa de la dolosa; ello es de tanta claridad que es imposible para cualquier persona que tenga un mínimo entendimiento del derecho penal, no advertir que la acusación es por esta forma de culpabilidad, es decir la dolosa.

El demandante también reprocha la sentencia por que considera que no se determinó la forma de participación en los hechos que son motivo de investigación,

esto es, si el procesado había de responder a título de autor o partícipe; tales pretensiones, tampoco tienen respaldo en la realidad del proceso, porque la resolución de acusación contiene expresiones que no dejan lugar a dudas sobre el grado de participación en el hecho, por ejemplo cuando en ella se dice: "Existe prueba técnica, documental y testimonial respecto a la autoría y responsabilidad del sindicado...", y más adelante refiriéndose al procesado y a José Leal se afirma: "... quienes le ocasionaron la muerte a sus dos compañeros..."; y posteriormente como conclusión final: "Es por todo lo anterior que hay prueba suficiente para predicar la responsabilidad de Humberto Rafael Salamanca Rodríguez como autor de este doble crimen...".

En las condiciones precedentes es entonces evidente, como lo dedujo el Procurador, que el cargo no puede prosperar.

El segundo cargo, como ya se vió, el recurrente lo hace consistir en la violación al derecho a la defensa por vinculación tardía del implicado al proceso, pues habiéndose expedido las órdenes de captura el 29 de noviembre de 1988, y habiendo contestado los organismos de seguridad de manera negativa el 12 de diciembre del mismo año, se lo ha debido vincular procesalmente por medio de declaratoria de reo ausente de manera inmediata, lo que solo se vino a cumplir, por medio de indagatoria, 17 meses después, es decir el 4 de julio de 1990; proceder que afecta la defensa.

El proceso penal se abrió por auto del 29 de noviembre de 1988 y allí se ordena escuchar a los sindicados en indagatoria y para obtener tal finalidad se ordena la captura, pero observando con detenimiento el proceso se advierte que la investigación preliminar fue muy amplia y gran parte de las pruebas se practicaron durante la misma, tanto que la primera prueba del sumario aparece solo a folio 115 y practicada el 15 de diciembre de 1988, que fue el testimonio de Luis Alfredo Romero; de allí en adelante, hasta la recepción de la indagatoria, solo se recepcionaron cuatro testimonios más; y a pesar de que el 18 de enero de 1989 se admitió la constitución de parte civil, ésta no tuvo ninguna participación probatoria hasta el momento de la injurada.

En las anteriores circunstancias puede concluirse sin mayor esfuerzo que la vinculación tardía del inculpado en el proceso no se tradujo en ningún perjuicio específico para los intereses probatorios y por tanto no es menester declarar la nulidad solicitada; ésta conclusión toma mayor fuerza con la nueva preceptiva procesal imperante, la contenida en el numeral segundo del artículo 308, del cual debe concluirse que para que se pueda declarar una nulidad es indispensable que debe tratarse de una irregularidad sustancial, pero que además debe haber afectado las garantías de las partes que la alegan, o que se hayan desconocido las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento; y como nada de ello sucedió en el caso analizado ha de concluirse que la nulidad solicitada deberá ser negada como así lo solicita el Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

Ingresando al estudio del cargo tercero de la demanda, el criterio de la mayoría de la Sala se aparta de la ponencia original como del concepto de la Delegada para inadmitir también ahora la trascendencia que a la omisión en la práctica de una prueba se pretende adjudicar.

Concreta aquí el cargo que al acusado le fue desconocido el derecho de defensa porque no se evacuaron las citas que en su indagatoria hizo para excusa, y más exactamente por la omisión de todo esfuerzo encaminado a identificar, hacer comparecer y oír a los dos "zapateros" a quienes sus compañeros golpearon tras sorprenderlos merodeando en el interior de la obra en construcción, y que más tarde inculparía Leal como autores de la herida que mostraba en uno de sus muslos.

Sin llegar a desconocer la Sala en modo alguno el deber que la ley procesal penal aplicable al caso controvertido imponía al instructor para que sentara las constancias solicitadas por el procesado y verificara "con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones" (artículo 384 del Decreto 050 de 1987), como tampoco a excusar la obligación de "investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado" (artículo 358 ibídem), imposiciones que de modo claro hacen operantes los principios consagrados en la Constitución Nacional sobre garantías procesales como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos -artículo 14, numeral 3, literales d)- y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, numeral 2, literales d) y f)- que de modo solícito invoca el Ministerio Público en cuanto constituyen garantía fundamental del procesado la de concurrir al proceso y defenderse personalmente de los cargos que reciba, pero particularmente la de "obtener la comparecencia de los testigos de descargo" o que puedan arrojar luces con relación a los hechos, considera que en el caso de la prueba que en concreto se acusa omitida, la situación fáctica resulta bien distinta a la invocada, al punto de que ni su recaudo se orientaba exactamente a favorecer la coartada, ni su ausencia podía afectar aquellos derechos por cuyo reconocimiento se impetra.

Resultando en este sentido ineludible recordar los términos en los cuales se refirió el acusado a los no oídos "zapateros", conviene precisar que la alusión a estos individuos se hizo paralelamente con la afirmación rotunda y contundente de no haber tenido el acusado participación alguna en la muerte de Pedro Mauricio Barato y José Uldarico Soler pero ni siquiera haber llegado a su conocimiento directo o de oídas dato alguno acerca de la autoría de tan aviesa agresión. Por eso, y cuando en su relato hizo mención de aquellos individuos, textualmente expresó:

"En la cafetería estaba Mauricio Barato y otro señor que no recuerdo el nombre pero trabaja también en la obra y nos brindó cerveza Mauricio Barato, entonces nos pusimos a tomar ahí todos ya estaba oscuro y el señor que estaba ahí se fue entonces después de que se fue lo íbamos a llamar para que siguiéramos ahí tomando entonces nos dimos cuenta de que en la obra se estaban bajando por los andamios unos señores entonces nosotros fuimos todos los cuatro Mauricio

Barato, José Soler, José Leal y mi persona, llegamos a la obra y nos dimos cuenta de que eran unos zapateros de ahí arriba, entonces José Soler cogió al papá del muchacho de los mismos zapateros que estaban ahí lo empujó y alcanzó a vencer la puerta de entrada al almacén y Mauricio y José Leal le pegaron al hijo del señor ese, entonces ahí los zapateros salieron diciendo que después volvían y que tenían que arreglar eso porque eso no se quedaba así; entonces nosotros salimos de la obra y nos fuimos para una tienda de ahí del barrio y compramos una botella de brandy y leche, al frente de la obra queda un parque y ahí nos pusimos a tomar, ya íbamos con en media botella cuando José Soler dijo que nos entráramos a oír música ya en la obra se acabó la media de brandy y Mauricio Barato se fue y compró otra botella de brandy entonces seguimos tomando ahí en la obra en un momento me sentí muy mal ya que estaba muy tomado, entonces les dije que yo me iba a la casa a comer algo y que ya volvía..." cuando iba nuevamente hacia la obra, "....como a unos veinte metros de la casa cuando me encontré a José Leal, y estaba o mejor en una pierna le estaba escurriendo sangre y las manos untadas de sangre y le dije qué había pasado y entonces él me dijo que era habían tenido problemas con los zapateros...Si que era habían peleado no me dijo sino que le habían pegado una puñalada en la pierna me dijo también que habían estado peleando con el zapatero el me dijo estuvimos peleando con los zapateros. El hijo de uno de los zapateros trabajaba ahí en la obra y el otro el papá tenía un puestico de zapatería ahí como a media cuadra de la obra... El señor es ya de edad como de unos 45 a 50 años y el otro de 20 a 25 años, el señor es más bien robusto no mucho, bajito, pelo liso, moreno, me parece que tiene un lunar en la cara, el hijo si es mas bien monito, bajito de estatura, ... si los veo los puedo reconocer,... se que tienen un puesto de zapatería diagonal como a media cuadra de la obra...".

Como fácilmente puede verse, dividió el acusado la intervención de los "zapateros" en dos episodios, el uno para repeler con brusquedad su presencia como merodeadores en la obra para cuya construcción trabajaba Salamanca y que se superó antes de que saliera acompañado de José Leal, Mauricio Barato y José Soler a ingerir licor en la tienda del vecindario, regresando a la obra para continuar sus libaciones; y el otro sucedido apenas se acababa de retirar del lugar, dentro del cual se diría lesionado su compañero Leal quien le explicó que la herida de su pierna se la habían producido los reparadores de calzado.

Ni en el primer episodio ni en el segundo llegó a mencionar el acusado la ocurrencia de agresión alguna en contra Soler Soler ni de Barato Lugo, y mucho menos les concretó un "cargo" a los "zapateros", sea porque directamente los hubiese visto proceder en contra de los obitados, o cuando menos porque Leal hubiese insinuado con seriedad esa imputación, caso en el cual su vinculación se habría impuesto, mas de tal claridad resulta ello descontado, que no estriba ahora el cargo sobre la omisión de aquellas injuradas, sino en el solo hecho de no haberse corroborado la cita de la accidental intervención de los terceros.

Vale la pena, entonces, repetir con la Procuraduría Delegada que el deber de concretar las citas que para su excusa haga el procesado se supedita a la conducencia

que esas pruebas insinuadas tengan frente a los fines del proceso como a su factibilidad, en la medida en que sin resultar absurdas puedan conducir cuando menos al surgimiento de una duda razonable, porque la misma consulta de aquellos presupuestos es precisamente la que lleva a descontar la necesidad de la averiguación atinente a la existencia real y a la presencia conflictiva de los "zapateros".

Las pruebas dentro del proceso en general, (y de ello no se excepciona el proceso penal como lo advierten los artículos 249 y 251 del Decreto 050 de 1987 aplicable al caso), no pueden ir allegándose de manera arbitraria a la actuación a voluntad de las partes o del funcionario, o por el solo hecho de que se insinúen o se soliciten, sino solo en la medida en que siendo pertinentes guarden conducencia con el tema del debate y los fines del proceso, que en el penal se encaminan a establecer la existencia y tipicidad del hecho y la identidad de sus autores o partícipes, concretándose en el sumario a saber si media fundamento para encausar, y en el juicio a establecer la certeza del hecho punible y de la responsabilidad con miras a concluir la procedencia del fallo absolutorio o la condena.

Por ello, y recordando que en la causa presente lo que se investigaba era un doble delito de homicidio cometido en los obreros Barato y Soler Soler, evidenciar la existencia física de los "zapateros" y su intervención en la herida causada a José Leal no era parte de "tema probandum", pues la supuesta intervención de aquellos individuos habría sido accidental y horas antes de la agresión mortal sufrida por las víctimas, y su reaparición para justificar la herida que en una pierna presentaba el compañero de Salamanca, pero nunca como explicación directa ni concreta del resultado que se le imputa al acusado, pues es del caso insistir que ni en este proceso se investigó a Leal porque su menor edad lo dejó bajo otra competencia, tampoco se averiguaron sus lesiones, ni se llegó a insinuar que de esa herida en su pierna fuera responsable el aquí enjuiciado.

Tampoco desde un punto de vista lógico tenía cabida como insinuación siquiera (jamás como cargo, se repite) dentro de las afirmaciones del acusado la posibilidad de que los "zapateros" hubiesen sido los causantes de las muertes de Soler y de Barato como para que se pudiese deducir el deber de realizar las pruebas orientadas a su localización, identificación y recaudo de sus dichos, porque dentro de la explicación sobre el itinerario de los hechos ya se había dicho -folio 181-, que cuando Leal fue víctima de los zapateros, los ofendidos ya se habían "acostado a dormir", de donde vienen a resultar correctos los análisis de los juzgadores sobre la prueba en su conjunto e incompatibles con la insinuada ahora participación de terceros al sopesar el dicho determinante del testigo Víctor Ortíz, y frente a el los indicios de presencia, de medios, de huida y de mentira debidamente demostrados en contra del acusado, dentro de cuyas deleznables explicaciones venía a surgir, precisamente la contradictoria cita de los tan repetidos "zapateros".

Por último y en cuanto la petición del Fiscal Superior para que ya en la anteSala de la audiencia se recaudaran por fin los dichos de aquellos supuestos heridores de

Leal sirve como argumento al Ministerio Público para resaltar la importancia de esa prueba y la connotación invalidatoria de su omisión, debe responder la Sala que en tal medida sería contingente su reçaudo, que ni la defensa la solicitó en el sumario, ni la vino a pedir en la etapa probatoria de la causa que también dejó pasar la Fiscalía sin requerirla, siendo en cambio plurales y acogidas por el juzgado las probanzas que uno y otro solicitaron dentro de esa etapa procesal, incluidas en ellas el esfuerzo efectivo para que se conociera en esta actuación la versión directa del tantas veces mencionado José Leal.

Si ya agotada esa etapa probatoria con la aportación de la mayoría de los nuevos medios decretados, resolvió el Fiscal Superior insinuar sin sujeción a las formalidades que ese pedimento requería (artículo 491 del C. de P.P.) la localización y audiencia de los tan nombrados "zapateros", esa sola y tardía proposición no podía frente a la evidencia de los antecedentes vistos convertirse en causa real y seria de un vicio tan trascendental como el que ahora a último momento se propone para desquiciar sobre tan cuestionable trascendencia todo el esfuerzo judicial cumplido.

Ningún derecho fundamental le fue desconocido al acusado de cuantos consagraba la legislación vigente a la fecha del juzgamiento, que no discrepaba ni se restringía frente a aquellos que consagran los pactos suscritos por Colombia sobre garantías procesales pues íntegra y pausadamente los contenía la normatividad interna, de modo que si Humberto Salamanca hizo amplio uso de su defensa material y técnica dentro del proceso, mal podría la omisión de pesquisas sobre los hechos no esenciales ni atinentes directamente con la excusa de constituirse en defecto de tanta trascendencia como para que llevase a la consumación de un vicio de la importancia que en la censura se pretende.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

Por último y en el cuarto cargo el recurrente propone la presunta existencia de una nulidad relacionada con la ordenación y práctica de la prueba de alcoholemia, pues considera que existen los medios de convicción suficientes para pensar en la posibilidad de que el procesado hubiese actuado en situación de inimputabilidad.

La verdad es que el impugnante incurre en errores técnicos al plantear esta censura porque reconoce que se realizó la experticia psiquiátrica, pero que no se hizo como debía de ser y en este sentido afirma: "Honorables Magistrados la técnica empleada nos enseña que no se practicó la prueba de alcoholemia como lo ordena la toxicología ..." y con tal argumento, es obvio que se sale de la causal de nulidad formulada, para ubicarse en la primera por la existencia de una violación indirecta de la ley sustancial.

Además, olvida el censor que el procesado desapareció después de la realización de los hechos y solo vino a ser vinculado por medio de indagatoria casi año y medio después, condiciones en las cuales la realización del examen de alcoholemia no tenía sentido; por razones más que elementales.

Por las conclusiones precedentes se rechazará el cargo formulado en tal sentido.

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*
Con salvamento de voto

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

Rafael Cortés Garnica
Secretario

NULIDAD \ DERECHO DE DEFENSA \ TESTIGO (SALVAMENTO DE VOTO)

Radicación No. 6758. Casación

SALVAMENTO DE VOTO

A continuación las razones que me llevan respetuosamente a discrepar de la decisión mayoritaria y que constituían el fundamento vertebral del proyecto que no fuera aprobado.

En éste proceso consta que en la indagatoria el procesado manifestó que se había presentado un incidente violento con unos zapateros que tenían un talleresito a media cuadra de la obra. Relató así los hechos el sindicado en aquel momento:

"En la cafetería estaba Mauricio Barato y otro señor que no recuerdo el nombre pero que trabaja también en la obra y nos brindó cerveza Mauricio Barato, entonces nos pusimos a tomar ahí todos ya estaba oscuro y el señor que estaba allí se fue entonces después de que se fue el señor lo fbamos a llamar para que siguiéramos ahí tomando entonces nos dimos cuenta de que en la obra se estaban bajando por los andamios unos señores entonces nosotros fuimos todos los cuatro Mauricio Barato, José Soler y José Leal y mi persona, llegamos a la obra y nos dimos cuenta que eran unos zapateros de ahí arriba, entonces José Soler cogió al papá del muchacho de los mismos zapateros que estaban ahí lo empujó y alcanzó a vencer la puerta de entrada al almacén y Mauricio y José Leal le pegaron al hijo del señor ese, entonces ahí los zapateros salieron diciendo que después volvían y que tenían que arreglar eso porque eso no se quedaba así, entonces nosotros salimos de la obra y nos fuimos para una tienda de ahí del barrio y compramos una botella de brandy y leche, al frente de la obra queda un parque y ahí nos pusimos a tomar, ya fbamos como en media botella cuando José Soler dijo que nos entráramos a oír música ya en la obra se acabó la media de brandy que quedaba y Mauricio Barato se fue y compró otra botella de brandy entonces seguimos tomando ahí en la obra en un momento me sentí muy mal ya que estaba muy tomado, entonces les dije que yo iba a la casa a comer algo y ya que volvía..." cuando nuevamente hacia la obra como a unos veinte metros de la casa cuando me encontré a José Leal, y estaba o mejor en una pierna le estaba escurriendo sangre y las manos untadas de sangre y le dije qué había pasado entonces él me dijo que

era que habían tenido problemas con los zapateros"...Si que habían peleado, no me dijo sino que le habían pegado una puñalada en la pierna me dijo también que habían estado peleando con el zapatero el me dijo estuvimos peleando con los zapateros. El hijo de uno de los zapateros trabajaba allí en la obra y el otro el papá tenía un puestico de zapatería allí como a media cuadra de la obra... El señor es ya de edad como de unos 45 a 50 años y el otro de 20 a 25 años, el señor es más bien robusto no mucho, bajito, pelo liso, moreno, me parece que tiene un lunar en la cara, el hijo si es mas bien monito, bajito de estatura, ... si los veo los puedo reconocer, ... se que tienen un puesto de zapatería diagonal como a media cuadra de la obra...".

Es una realidad entonces que el sindicado negó rotundamente su participación en los hechos investigados y lo es igualmente que formuló cargos contra los que él denomina como zapateros, pero pese a ello y a que el fiscal del juzgado lo solicitó, las citas no fueron evacuadas. Por memorial del 20 de marzo de 1991 el funcionario dijo: "En atención a que el acusado fue capturado ya en la etapa final de la investigación y en su diligencia de indagatoria negó tajantemente su participación en estos espeluznantes hechos de sangre haciendo cargos en contra de unos presuntos zapateros que -según su versión- se localizarían a una cuadra en diagonal al sitio del doble homicidio, considera la fiscalía esencial verificar estas citas que hace el procesado de acuerdo con lo normado en el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, pues podría incurrirse en una nulidad por violación al derecho de defensa".

En el período probatorio de la causa por auto del 30 de octubre de 1990 se ordenó la práctica de algunas pruebas solicitadas por las partes; posteriormente el Fiscal haría la solicitud de pruebas mencionada con anterioridad el 20 de marzo de 1991, pero fue negada por extemporánea en auto del 21 del mismo mes y año; sin embargo se hubiera podido decretar para practicarlas en audiencia pública realizada el 23 de abril siguiente.

El artículo 362 del C.de P.P. establece: "Constancias y verificación de citas. No podrá limitarse al imputado el derecho a hacer constar cuanto tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos y se verificarán las citas y demás diligencias que propusiera para comprobar sus aseveraciones".

Por si tales obligaciones no fueran suficientemente claras, el legislador quiso enfatizar en ésta temática y dispuso como un imperativo del instructor la investigación integral cuando determinó en el artículo 333. "El funcionario tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado y de las mismas partes".

El Pacto Internacional de los Derechos Humanos dispone por su parte en el artículo 14. numeral 3, literales d) y e) el derecho del sindicado: "A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente... y : "A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos preceptúa en el artículo 8. numeral 2. literales d y f el derecho del sindicado: "de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor...." y el: "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

De las disposiciones transcritas en precedencia se ha de concluir de manera necesaria que se vulneró el derecho a la defensa del procesado y que al mismo tiempo el instructor y posteriormente el funcionario de la causa incumplieron con deberes imperativos impuestos por la propia ley, pues era su obligación haber realizado los esfuerzos investigativos que hubieran sido necesarios para comprobar si los aludidos zapateros existían en la realidad y en caso afirmativo haberlos interrogado para que hubiesen dado la correspondiente versión.

No haberlo hecho viola el derecho a la defensa, porque precisamente, siendo una de las finalidades de la indagatoria, que el procesado responda a las acusaciones que se le formulan y de las explicaciones que considere pertinentes, solicite la práctica de pruebas y formule las peticiones que considere puedan servir en su defensa, es claro que al haber negado Salamanca Rodríguez su participación en los hechos motivo de investigación y haber formulado cargos contra José Leal y los aludidos zapateros era ineludible obligación del instructor adelantar las investigaciones pertinentes en torno a las circunstancias relatadas por el sindicado en el momento de su indagatoria.

En las condiciones procedentes y de conformidad con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal se habrá de casar la sentencia, decretándose la nulidad de todo lo actuado, no desde el cierre de investigación como lo solicita el censor, sino desde el auto que ordenó la apertura del juicio a pruebas, porque ahora dentro de auto de traslado para la preparación de la audiencia pueden ordenarse las pruebas que fueron omitidas y por tal razón no tendría sentido anular el proceso desde el auto de cierre de la investigación.

Es una realidad entonces que el sindicado negó rotundamente su participación en que formuló cargos contra los que él denomina como zapateros.

En las condiciones expresadas se ha debido casar el fallo impugnado tal como lo solicitó el Procurador Delegado.

Edgar Saavedra Rojas
Magistrado

Fecha ut supra.

DEMANDA DE CASACION \ ERROR DE DERECHO

Una queja elevada sobre el mérito probatorio erróneo de la confesión implica un yerro de derecho por falso juicio de convicción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6880

Contra: Alfonso Lozano y Omar Paz S.

Delito: Infracción a la ley 30 de 1986

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Aprobado acta No. 0144

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992)

VISTOS

Decide la Corte sobre los recursos de casación interpuestos por los procesados Alfonso Lozano y Omar Paz Zamudio, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, de septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991), confirmatoria del fallo dictado por el Juzgado Treinta y Uno (31) Penal del Circuito de la misma ciudad, en julio ocho (8) del citado año, que los condenó a purgar a cada uno la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, como autores penalmente responsables de infracción a la ley 30 de 1986.

Admitidas las impugnaciones, sustentadas mediante demandas ajustadas a las prescripciones legales y surtido el traslado de rigor, la Delegada, en su concepto de fondo, sugiere no casar la providencia recurrida.

Hechos

La síntesis pertenece al Tribunal. La Corte recoge sus palabras:

"...A las 17:30 del 15 de abril de 1991, en la carrera 10a. con calle 6a., varios agentes retuvieron el Renault 6, afiliado a Taxi El Volante, placas SA-6565, color amarillo, que conducía Rafael Uribe Osorio e iban como pasajeros Alfonso Lozano, Omar Paz Zamudio y Grecia López Valderruten, y en la requisa se halló en el piso del automotor debajo de los pies de los pasajeros un maletín contentivo de 1.640 gramos de la sustancia que resultó cocaína, y U.S.S 2.528.00...".

Actuación procesal

La sinopsis la realiza en esta ocasión la Delegada. Aquí sus palabras:

"...Abierta la investigación penal se vincularon mediante indagatoria Alfonso Lozano, Omar Paz Zamudio, Grecia López Valderruten y Rafael Uribe Osorio a quienes se les resolvió la situación jurídica decretando medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Alfonso Lozano y Omar Paz Zamudio.

"Igualmente se abstuvo el juzgado de decretar medida de aseguramiento en contra de Rafael Uribe y Grecia López Valderrutem. Realizada la diligencia de audiencia pública se profirió el fallo de primera instancia en el que se condenó a Alfonso Lozano y Omar Paz Zamudio imponiéndoles una pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión. Contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación, por lo cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C., Sala de Decisión Penal, confirmó el fallo condenatorio. Ante esto se acudió en casación ante la Corte Suprema de Justicia...".

Las demandas

1a.- Del defensor de Alfonso Lozano

Presenta un único cargo en el ámbito de "...la causal primera de casación, motivo segundo,.. a causa de manifiestos errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador de segunda instancia ...". Luego de hacer un recuento de los sucesos en los que destaca las manifestaciones que Lozano hiciera a la policía de ser el único poseedor de la droga incautada, colaborando con dicha confesión al esclarecimiento de los hechos, el recurrente señala cómo el Tribunal descartó dicha versión, desconociéndole el valor probatorio a la confesión y negándole el derecho a la rebaja de pena prevista en el artículo 301 del C. de P.P., lo que constituye un error manifiesto de derecho ...".

2a.- Del defensor de Omar Paz Zamudio

"... Al amparo de la causal primera de casación, segundo motivo ...", el impugnante formula tres reproches, el primero, por error de derecho, los restantes, por error de hecho.

Primer cargo

Luego de la transcripción de un aparte de la sentencia recurrida el censor señala que "...la prueba básica de la responsabilidad de los procesados resulta ser el informe policivo suscrito por los cinco agentes de policía que intervinieron en el operativo ...", el cual "...debe ser tomado con la necesaria reserva...", en razón de que algunos de ellos les exigieron dinero en su celda "...para arreglar el informe de la policía de contrario los hundirían...".

A continuación, trae a cuento otros sucesos delictivos en que se han visto involucrados agentes del orden, incluso en su más alto comandante, y considera que resulta "...equivocada la convicción a la cual llegó el H. Tribunal sustanciador cuando afirma ...(que)... las manifestaciones de los miembros de la autoridad ofrecen seria credibilidad, pues obraron en el cumplimiento de su deber..." por haber conocido casualmente del delito cuando investigaban otro contra el patrimonio económico.

Así las cosas, concluye el casacionista que "...sobre dicho informe no se puede fundamentar una sentencia condenatoria, por no reunir las exigencias previstas en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, en razón a que el informe de marras fue distorsionado por el Tribunal en su real contenido probatorio, sin tener en cuenta que esa pieza procesal significaba una prueba fundamental para iniciar una investigación por el delito de extorsión...".

Renglones adelante precisa que el sentenciador incurrió "...en manifiesto error de hecho al distorsionar el informe de la policía contra los procesados...", citando a continuación una sentencia de la Sala sobre los diversos sentidos en este yerro, concluyendo con ello que el "...Tribunal le asignó pleno valor probatorio a dicho informe..." pese a que quien lo suscribe, el oficial Armando Reyes, "...no tuvo oportunidad de presenciar los hechos...".

Su exposición prosigue con el señalamiento de otra prueba tergiversada: el testimonio del conductor del taxi, Rafael Uribe Osorio, quien contradice a los policiales en el sentido de precisar que el maletín que contenía la droga fue colocado sobre la "palomera" del vehículo y no en el piso como afirman éstos, lo que indica que el porte se le debe atribuir a Alfonso Lozano, pero la policía, al no recibir el dinero reclamado, decidió comprometer a los tres pasajeros. A más de ello, dice, ignoró el fallador la confesión hecha por Lozano en la audiencia pública al asegurar que el "...era el portador del maletín...".

Finaliza el reproche indicando el quebranto del artículo 7o. del C.P., pues el Tribunal para dar aplicación al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 "...consideró que todos tres pasajeros...eran responsables de la comisión del delito...", olvidando que la responsabilidad es individual y no colectiva. De consiguiente, violó los artículos 247, 296, 358 y 384 del C. de P.P., vulnerando indirectamente el artículo 6o. del C.P. y el 33 del Estatuto de Estupefacientes.

Segundo cargo

El Tribunal incurrió en error de hecho, manifiesta el demandante, al no tener en cuenta las afirmaciones de los acusados sobre la exigencia de dinero hecha por sus captores a cambio de su libertad. Al respecto recuerda las imputaciones que el defensor de Paz Zamudio planteara contra el oficial que comandó el operativo pues su informe difiere de su declaración posterior "...formulando cargos penales que ha debido denunciarlos en el preciso momento en que sucedieron estos hechos...".

Colige, entonces, que como el dinero no les fue suministrado por los aprehendidos, los agentes "...cumplieron con la amenaza de cambiar el informe rendido a su superior...", aseverando que el maletín se encontró debajo de los pies de los pasajeros y no en la "...palomera..." del taxi.

No obstante, el instructor y los falladores, omitieron cumplir con lo dispuesto en el artículo 19 del C. de P.P. "...puesto que tales funcionarios tenían plena competencia para avocar el conocimiento de la comisión de los delitos que se habían consumado en contra de los procesados...". Por tanto, "...puesto que el Tribunal no tuvo en cuenta este medio probatorio tan importante el que se hubiera practicado por los funcionarios llamados a cumplir con esta obligación prescrita por la ley, la imputación contra el procesado Omar Paz Zamudio, hubiera desaparecido...".

Tercer cargo

Considera el censor que el *ad-quem* incurrió en otro error de hecho al apartarse de las prescripciones de los artículos 29 de la C.N., 6o. del C.P. y 248 del C. de P.P., puesto que la duda surge en la declaración de Rafael Uribe Osorio, quien, al unísono con Alfonso Lozano, ubican el maletín en la parte trasera del automotor, en contraposición con lo adverado por los representantes de la autoridad quienes lo sitúan en el piso del automóvil, a los pies de los pasajeros. Se ignora quien está diciendo la verdad, agregándose a esto la "...sospecha..." sobre la veracidad que le asiste a las versiones de los agentes de la policía.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO (1o.) DELEGADO EN LO PENAL.

Luego de resaltar las diversas falencias presentes en las dos demandas, tanto de orden técnico como argumental, solicita la desestimación de las mismas.

La Corte

Primera demanda

1o.- Un solo reproche formula el representante judicial de Alfonso Lozano. La responsabilidad que a sí mismo se achaca éste procesado respecto del porte del maletín, con exclusión de sus acompañantes, es su sustento. El no reconocerse valor probatorio a esta confesión, constituye el error de derecho que alega. Pero, al mismo tiempo advierte la presencia de otra falla contentiva de un error de hecho: El juzgador omitió considerar dicha versión. Su consecuencia, el desconocimiento de la rebaja de pena consagrada en el artículo 301 del C. de P.P., que provocó igualmente la vulneración de los artículos 5o., ibidem, y 29 de la C.N.

2o.- Como bien se observa, un defecto estructural desquicia temprano la demanda: la alegación simultánea de un error de hecho con uno de derecho. No es un simple traspiés de la lógica. Tal presentación la quiebra por completo al pretender que una prueba no se le tuvo en cuenta y al mismo tiempo sí se le consideró pero asignándole un valor probatorio diferente al otorgado por la ley. Sobran mayores comentarios pues el desatino provoca la mudez consiguiente.

Ahora bien, la suposición de una formulación correcta, tampoco le hubiera traído fortuna al demandante. Una queja elevada sobre el mérito probatorio erróneo de la confesión implica un yerro de derecho por falso juicio de convicción. No obstante, la carencia de tarifa legal para justipreciarla impide la prosperidad de la tacha pues son las reglas de la sana crítica, el norte que ha de guiar al Juez (art. 300, Decreto 050 de 1987). Por tanto, en este específico supuesto no se puede establecer la falencia al no existir valor normativo que permita determinar la comparación y con ella la diferencia respectiva.

3o.- Finalmente, como lo enseña la Delegada, tampoco el universo normativo presuntamente atropellado con el quehacer judicial es mostrado en su totalidad. Apenas se vislumbra una porción con el señalamiento del artículo 5o. del C. de P.P. y del 29 de la Carta, mención abstracta que impide precisar los alcances del ataque mismo y del yerro imputado. Con esto se termina de integrar el cuadro de desaciertos que impiden la prosperidad de la impugnación.

Se rechaza el libelo.

Segunda demanda

Primer cargo

4o.- Lo enmarca dentro de las previsiones de un error de derecho, aunque posteriormente y en forma explícita, vuelve sobre sus pasos y alega, entonces, un error de hecho. Obsérvese.

La prueba sobre la cual el demandante fundamenta sus críticas a la decisión del Tribunal en el informe policivo. "...Debe ser tomado con la necesaria reserva...", son sus palabras. La razón?. La exigencia de dinero que los agentes del orden le hicieran a los aprehendidos para "...favorecerlos..." en el reporte, según lo denunciaron los procesados. Por tanto, la actuación reprochable de sus signatarios lo demerita probatoriamente, de lo cual hizo caso omiso el ad-quem, dándole un valor probatorio inmerecido. Error de derecho por falso juicio de convicción, sin duda, aunque el censor no lo precisa.

No obstante, renglones adelante, cambia de parecer o simplemente adiciona su pensamiento, con la invocación de un error de hecho pues, en esta ocasión, afirma, el Juez Colegiado distorsionó el informe policial, lo que significa que varió su contenido. Sin embargo el tropiezo señalado es otro si se atiende la aclaración posterior del impugnante. Según sus palabras, la distorsión se realizó "...en el sentido de que tal informe...significa un elemento probatorio para tipificar el delito de extorsión que corre a cargo de los agentes que exigieron la entrega de dinero...", concluyendo en el párrafo siguiente que "...el Tribunal le asignó pleno valor probatorio..." a la dicha noticia.

El batiburrillo es la regla general de este cargo e implica un total desconocimiento de la naturaleza de los errores de hecho y de derecho, así como de los falsos juicios que comprenden. Pese a la transcripción que hace de una sentencia de la Sala sobre el particular, sus palabras indican su incomprensión del tema.

5o.- Distorsionar el sentido de una prueba significa que los hechos mostrados en ella son expuestos de diferente manera por el fallador. Como, por ejemplo, y tomando un punto de la controversia que se trata en el libelo, si el informe señala que el maletín fue encontrado en el baúl del automotor y el juzgador indica que, según esta referencia, la maleta se halló en la cabina de los pasajeros, se está frente a una clara tergiversación de los fenómenos que muestra.

Pero aquí, la inconformidad del casacionista se da "...en razón de que el informe de marras fue distorsionado por el Tribunal en su real contenido probatorio...", que es una materia ajena al error de hecho en el que se discute todo lo que tiene que ver con la expresión de la prueba en sí y no en su asunción al proceso o evaluación, materia del error de derecho, bien por el falso juicio de legalidad (desconocimiento de las reglas que rigen la aducción de la prueba) o falso juicio de convicción (se le otorga un valor que no corresponde al asignado por la ley o, simplemente, se le niega).

Imposible saber, por consiguiente, cuál es el verdadero pensamiento del actor. De todas formas, si su intención era cuestionar la estimativa que el ad-quem le otorgó al informe en comento, se estaría frente a un falso juicio de convicción, inaplicable por lo general ante la ausencia de tarifa legal, cuya estrechez valorativa hizo posible que los estatutos modernos cediera el paso a la sana crítica, en donde la experiencia, el conocimiento y la razón, son los pilares del justiprecio probatorio.

6o.- Pero el reproche no termina con la exposición que se acaba de analizar. Sorpresivamente, el censor abandona el reporte policial para informar sobre un nuevo error de hecho, por falso juicio de identidad -aunque no lo precisa- esta vez cometido sobre el testimonio del taxista Rafael Uribe Osorio, prueba que, según su parecer, también fue "tergiversada" por el sentenciador. Pese a lo categórico de la afirmación, al avanzar en la lectura del cargo, la Sala se tropieza simplemente con la versión del conductor, pura y llana, a la cual no le dio trascendencia probatoria el Juez de segunda instancia. De nuevo, pues, se está frente a un problema de valoración y no de expresión de la prueba.

Muestra de ello es que, en los renglones siguientes intenta el recurrente hipótesis propias para explicar el porqué el dicho de Uribe Osorio es atendible. Así, luego de aceptar que el maletín fue colocado en la "palomera" del automotor, como lo asevera el testigo, deduce que la responsabilidad es atribuible exclusivamente a Lozano, poniendo de presente el reclamo de dinero que los policiales les hicieron a los procesados, lo cual hizo posible que, ante la negativa de éstos, los perjudicaran en el informe.

Como se ve, el error de hecho invocado -que debió haber sido alegado en capítulo aparte- no aparece por ningún sitio.

Apenas manifiesta el libelista su desacuerdo con las tesis del Tribunal, considerando que las defendidas por él tienen una validez mayor. Alegato instancial, no cabe la menor duda, es el que se presenta a consideración de la Sala, ajeno al recurso de casación, instituido para establecer si el fallo cuestionado responde a las realidades procesal y normativa y no para dirimir los conflictos que puedan suscitarse entre los sujetos procesales y el fallador.

7o.- El capítulo, sin embargo, aún no se cierra. A punto de expirar la argumentación, lanza un nuevo error de hecho -tampoco lo precisa- por falso juicio de existencia. "...No tuvo en cuenta el Tribunal la manifestación hecha por el procesado Alfonso Lozano..." de ser el portador del maletín contentivo de la droga y, por tanto, el único responsable del delito.

Aunque el *ad-quem* no se refiere explícitamente al tema, haciendo gala en su providencia de una parquedad harto criticable, de todas formas la identidad que se guardan entre sí los fallos de las dos instancias, hacen posible que la poquedad de la una se supla con la riqueza de la otra, en todo lo que no contradiga explícitamente el superior.

8o.- Así las cosas, la Sala temprano advierte en la providencia de primera instancia la importancia que le dio al testimonio del Oficial que comandó la operación policial, y por su señalamiento de ambos acusados como propietarios de la sustancia que llevaban en el maletín, ya que ante él lo admitieron, indicando el sitio aproximado donde la habían adquirido. Su acusación la sostuvo sin vacilaciones en el debate público, razón por la cual el Juzgado la da plena credibilidad.

A ello se suma la debilidad de la coartada esgrimida por Omar Paz Zamudio sobre su encuentro "casual" con Lozano, a quien no veía de mucho tiempo atrás. La precaria situación económica de éste, le conmueve hasta el punto de regalarle una gruesa suma de dinero, luego de lo cual, en vez de despedirse, se montan en el mismo taxi para dirigirse a la residencia de Omar Paz Zamudio. Para el a quo "...sólo resulta explicable este comportamiento a la deducción de compromiso comercial ilícito que se les ha endilgado en el proceso...". Además, prosigue, Omar tampoco demostró con suficiencia el tener un considerable patrimonio, tan considerable como para permitirle hacer este tipo de regalos cuantiosos.

De otro lado, el fallador destaca la actitud de Lozano quien "...lo que si ha estado es temeroso de involucrar a Omar en el asunto, en forma directa...", recalcando que en su versión inicial ante la policía "...ya había admitido que el estupefaciente sí era suyo, que lo había negociado en el centro pero que lo llevaba para donde él vive. Mírese como aquí se acerca la descripción más a la lógica de las circunstancias que la propia exculpación de su injurada...".

Finalmente, como quiera que a Alfonso Lozano se le encontraron efectivamente en su poder más de quinientos dólares (U.S. $ 500.00), el Juzgado lo explica planteando que "...nada descartable resulta que corresponda a la remuneración o recompensa por la adquisición del alcaloide, porque ninguna credibilidad ofrece la excusa de Alfonso no sólo en cuanto a su presencia en este sitio, sino también el inverosímil desconocimiento del contenido del maletín...".

9o.- Así las cosas, no es la nota policial el solitario sostén que permitió deducirles la responsabilidad en este hecho criminoso a los procesados. La versión del oficial que comandó el operativo, la declaración de los aprehendidos ante la policía y sus inverosímiles coartadas, así como el hallazgo del estupefaciente en su poder, son todos a una, elementos de juicio que determinaron la decisión. Por ello, no es cierto que la exégesis de Lozano no se aceptó. Sí se analizó mas no fue de recibo pues todo el acervo probatorio la contradecía. Tampoco tiene fundamento esta tacha y así ha de declararse.

La improsperidad del reproche, en su totalidad, es manifiesta.

Segundo cargo:

10o. En esta ocasión, el censor plantea una situación que nada tiene que ver con el asunto que se debate, que no es otro que la completa ajenidad de Paz Zamudio al suceso criminoso. El ilícito pedimento de dinero hecho por los agentes de la policía a los capturados, el cual fue puesto de presente a los Jueces que han conocido del actual proceso, es la premisa. Haber hecho caso omiso de esta denuncia e incumplir lo dispuesto en el artículo 19 del C. de P.P. derogado, es lo que configura, a su modo de ver, un error de hecho.

Es una verdad meridiana que dichos actos han debido ser materia de la respectiva investigación y la omisión de los Jueces que tuvieron conocimiento de ellos, es evidente. Se impone, por consiguiente, en atención al precepto en referencia, la expedición de copias de las piezas procesales pertinentes con destino a la Unidad de Fiscalías competente, a fin de que se adelante la averiguación del caso contra los uniformados.

Por cierto que esta falta de atención de los funcionarios judiciales puede ser criticable y quizás dar origen a una indagación disciplinaria pero jamás podría predicarse que su abulia genere un error de hecho como el que se invoca. Puede sí dar origen a cualquier clase de hipótesis que pretendan explicar, dentro de una amplia gama de posibilidades, las consecuencias que de ello han de derivarse. Nada más.

Ahora bien: El que la negativa a atender la exigencia de dinero haya causado en los agentes un malestar de tal magnitud que los instó a cambiar el informe para perjudicar a los acriminados, es una aventura de la imaginación que puede intentarse para iniciar la polémica en los estrados de instancia. Pero en sede de casación se muestra inútil pues aquí se trabaja sobre los hechos plasmados en el proceso, los cuales a su vez deben reflejar, necesariamente, una decisión determinada. Si el fallador desvía su recto camino y desatiende esta verdad procesal, debe corregirse por medio de este recurso extraordinario. Como se ve, son temas diferentes que han de ser tratados en ámbitos judiciales también diversos.

No le asiste razón al impugnante, lo que determina asimismo el rechazo de esta censura.

Tercer cargo:

1 lo.- La duda que se desprende del testimonio dado por el conductor del taxi, Rafael Uribe Osorio (el maletín fue colocado por Lozano en la "palomera" del vehículo), que se contrapone al informe policial (la maleta se encontró adentro, a los pies de los pasajeros), es el fundamento de la censura.

Si estas fueran las únicas probanzas existentes, quizás se podría estar de acuerdo con el casacionista. Pero no es así. Como atrás se vio, al analizar el primer cargo, múltiples fueron los elementos de juicio tenidos en cuenta por los sentenciadores, basados en la variada prueba testimonial e indiciaria considerada para formular el juicio de reproche.

Comenzando por la inverosímil coartada de ambos procesados, pasando por su versión ante la policía, en la que admiten ser los propietarios de la sustancia, hasta terminar con la declaración del comandante del operativo, quien no vacila en señalarlos como responsables del ilícito que se les imputa, se configura el cuadro de responsabilidad que los comprometió con la gravedad suficiente para edificar en su contra un fallo condenatorio.

Por tanto, esta diferencia de versiones enriquece el debate procesal pero no alcanza a conmover la certeza que predican los autos sobre la responsabilidad de los encartados. A más de ello, en el fondo, lo que el casacionista persigue no es otra cosa que reabrir la controversia sobre la valoración del acervo probatorio, discusión propia de un error de derecho por falso juicio de convicción, y no de un error de hecho pues ni se desconoció el dicho del chofer, ni se le tergiversó el contenido de su declaración.

El fracaso del cargo es evidente y así ha de declararlo la Sala.

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

1o.- DENEGAR la casación impetrada.

2o.- Compulsar para ante la Unidad de Fiscalías competente copias de las piezas procesales pertinentes para efectos de la investigación aludida en el texto de esta providencia.

3o.- 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 Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA \ COMPETENCIA

El artículo 249 de la Constitución Política otorga al Fiscal General la titularidad de todas las competencias atribuidas a la entidad, de modo que los demás fiscales actúan como Delegados de éste, con funciones asignadas por la ley o por el propio Fiscal General, y el Código de Procedimiento Penal desarrolló con ese entendimiento la previsión Constitucional, al consagrar en el numeral 3o. del artículo 121 la facultad de desplazar a cualquier Fiscal Delegado, bastando para ello que lo considere necesario.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Unica Instancia No. 4083

Contra: Nohora Correa O.

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 146

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

VISTOS

Se procede a resolver la petición formulada por el Honorable Magistrado Edgar Saavedra Rojas, en el sentido de que la Sala aplique excepción de inconstitucionalidad respecto a la resolución No. 000099 del 30 de julio de 1992, mediante la cual el Fiscal General de la Nación delega en los Fiscales que actúan ante la Corte la investigación, calificación y acusación de los funcionarios a que

se refieren los numerales 1 y 2 del artículo 121 del Decreto 2700 de 1991, especificándose que la "...delegación envuelve la función de actuar en la etapa del juicio ante la Sala Penal de la Corte y las demás funciones inherentes a su calidad de sujeto procesal".

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

a) Que la resolución está modificando competencias otorgadas por la Constitución, ya que esta distingue entre las funciones que le corresponde cumplir a la Fiscalía General de la Nación y las especiales del Fiscal.

b) Las funciones especiales no son delegables y al hacerlo se desconoce el fuero de carácter Constitucional, una de cuyas características radica en que los funcionarios participantes deben poseer una categoría igual o superior a la de los justiciables.

Sobre el tema del fuero agrega:

"Al revisar los textos Constitucionales, artículos 174, 178.3 y 235.2.3, se observará que un primer fuero es consagrado para quienes presiden cada una de las ramas del poder público (excepto el Fiscal); y otro fuero, también constitucional, creado para quienes sin serlo ostentan investiduras de alta dignidad, que no requiere de proceso político previo en el congreso de la República (Art. 235.4 C.N.)

"Son titulares del fuero que se inicia con un juicio político previo adelantado por el Congreso Nacional: el Presidente de la República (cabeza del ejecutivo); los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura (cabezas de la rama jurisdiccional, en sus diversas áreas especializadas), agregándose el Fiscal General, cuya inclusión tiene razón de ser a pesar de no estar presidiendo ninguna rama, porque mal podría estar investigándose así mismo o, por medio de los subalternos de esa Entidad.

"De la misma manera, es explicable la exclusión de los miembros del Congreso quienes siendo cabeza de rama, no aparecen allí porque sería irregular que la Corporación juzgara a sus propios integrantes; sin embargo, no carecen de fuero porque la Carta establece que sea la Corte Suprema de Justicia quien los investigue, acuse y juzgue, presentándose con éste caso una de las dos excepciones al recién creado sistema procesal acusatorio; porque en el sumario no intervendrá la Fiscalía y será una misma entidad la que participe en las dos etapas que integran el proceso penal, debiendo destacarse que la actuación de la Corte Suprema de Justicia debe estar precedida de una acusación de la Cámara de Representantes y una determinación del juzgamiento emanada del Senado de la República. Y ello es así porque siendo los congresistas miembros de una de las cabezas de las ramas

del poder público deben ser juzgados por sus propios pares, y resulta inconcebible que en la investigación y acusación participe un funcionario que no siendo cabeza de rama, es un subalterno de ellas como lo es el Fiscal General.

"Se ve entonces con claridad que el Constituyente no quiso que en el juzgamiento de ninguno de los funcionarios que integran las cabezas de rama participen funcionarios de inferior categoría y es por ello que el Fiscal General no puede actuar en el procesamiento del Presidente de la República, ni de los Magistrados de las más altas corporaciones de Justicia, ni de los Congresistas.

"Se consagra un segundo fuero que no requiere, como en el evento anteriormente referido, de juicio político por parte del Congreso, ejercido por la Corte Suprema de Justicia para el juzgamiento de los Magistrados del Despacho, Procurador General, Defensor del Pueblo, Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; Directores de los Departamentos Administrativos, Contralor General de la República, Embajadores y Jefes de Misión Diplomática o Consular, Gobernadores, Magistrados de Tribunales, Generales y Almirantes de la fuerza pública, "*previa acusación del Fiscal General*...y es obvio que *tan clara normativa Constitucional no puede ser modificada* por una simple resolución, porque insisto, se estaría vulnerando el fuero consagrado como un derecho para tan altos funcionarios del Estado y se estaría atribuyendo por resolución una competencia que solo puede surgir de la propia carta...".

c) A la inconstitucionalidad de la Resolución dice que se agrega su ilegalidad, porque no se precisa cuál es la norma que le permite delegar funciones aunque se cita de manera genérica el Decreto 2699 de 1991, en donde solo respecto al Vicefiscal y al Secretario General autoriza que se les delegue la representación del fiscal, pero tratándose del Secretario, en asuntos que no sean de carácter judicial.

En opinión del Magistrado Saavedra, no existe precepto alguno que permita al Fiscal delegar las funciones Constitucionales, y esto se reafirma porque existen otras disposiciones que le dan la razón, las cuales transcribe. Ellas son: artículo 5o y 35 numeral 3o. del Decreto 2699 de 1991.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal manifiesta que encuentra propicia la oportunidad para expresar su opinión en torno al tema sobre el cual debe pronunciarse la Sala, la cual coincide en la argumentación y petición con la expresada por el Honorable Magistrado Edgar Saavedra.

El contenido de la alegación se circunscribe a la idea de que la Constitución le señaló al Fiscal funciones especiales que no puede delegar porque afectan el fuero; que el Código de Procedimiento Penal en los artículos 121 y 123 separó las

funciones del Fiscal General y de los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, y que el artículo 108 del estatuto procesal, le da la competencia a la Corte para el juzgamiento de funcionarios aforados, algunos de ellos previa acusación del Fiscal General de la Nación (numeral 4o. Art. 235 C.P.).

La conclusión del Procurador Delegado es la siguiente:

"Para esta oficina claro resulta que un acto administrativo (Resolución número 00099 de 1982 (sic), de alcance particular en tanto que no puede extender sus efectos más que a los empleados de la Fiscalía General, o puede derogar las disposiciones más amplias y generales de la Constitución Nacional y de las leyes de procedimiento que, por tener naturaleza de normas de Orden Público, no pueden ser objeto de variación por voluntad de las partes intervinientes en la relación jurídico procesal. Por ello, la mentada resolución no puede ser aplicada en el ámbito de los procesos penales como el que se adelanta en este momento ante la Corte, en cuanto entraña delegación de lo indelegable y desconocimiento abrupto de los textos de la Carta Política Fundamental. Una resolución no puede, jamás, desconocer el fuero Constitucional".

III. Argumentos del Fiscal General de la Nación

El Señor Fiscal General, enterado de la petición del Magistrado de esta Sala, presentó un escrito en el cual consigna "Las motivaciones político-jurídicas" que dieron fundamento para que se expidiera la resolución 000099 de julio 30 del presente año.

En el documento trata varios temas así:

1o.- Causas que determinaron la creación de la Fiscalía

Bajo este título recuerda que la Fiscalía surgió como una medida para superar los problemas generados por la creciente impunidad, la deficiencia en la investigación, la congestión de procesos y las cada vez más complejas formas de criminalidad.

Según la Gaceta Constitucional número 93, página 3, y en la número 73, página 6, la finalidad del nuevo organismo es "superar el esquema de investigación individual o aislado que hasta ese momento habían ejercido los Jueces de Instrucción, con un nuevo sistema que ahora permite integrar a los funcionarios de instrucción, de Policía Judicial y del Ministerio Público, de manera armónica y concurrente en las fases de investigación y de acusación. Esa constituye la misma razón para que Fiscalía cuente con un esquema flexible en su estructura y organización".

Estima que la voluntad del Constituyente fue darle una especial dinámica a las actividades investigativas, de modo que no podría entenderse que la normatividad

Constitucional destruye esos propósitos, porque sería una contradicción insalvable que precipitaría a la catástrofe jurídica del país.

Analizar restrictivamente el artículo 231 de la Constitución lo considera pretender un fracaso en la orientación filosófica de la Fiscalía. Además, es un imposible físico que el Fiscal General, fuera de todas las obligaciones derivadas de su cargo, tuviera que asumir personalmente la investigación, la calificación y la acusación de los numerosos procesos que se adelantan contra personas aforadas, "Por manera, que el texto Constitucional debe interpretarse a través de una óptica Político-jurídica, como verdadera forma canalizante y actualizadora de los altos intereses del Estado y de la sociedad".

2o.- El elemento político de la interpretación constitucional

En éste acápite trata el tema relacionado con la comprensión de las normas Constitucionales, para afirmar que esto debe hacerse según sus específicas finalidades, y de acuerdo con el carácter sociológico, histórico, cultural, político y doctrinal que componen la base real que presupone la institución.

"La interpretación literal y restrictiva del artículo 251 de la Constitución Política ahoga el alcance teleológico que motivó la decisión Política.

"Dicha postura desatiende el sentido de funcionalidad que resultó de la evolución cultural y doctrinaria. Por estos motivos, ha menester retomar el método de interpretación Constitucional, pues como sostiene García de Enterría en su monumental obra "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", "el Derecho Público no es actuable sin consideración a la Política. El derecho Constitucional, como cualquier otra rama jurídica, exige un método interpretativo específico, para servir a la función y a la esencia de los valores propios de ese ámbito jurídico".

Luego de fijar el anterior marco teórico, agrega que la expresión "funciones especiales" no es unívoca, debe entenderse como "el mayor cuidado que se presta a una actividad que se cumple dentro de la estructura normal del Ente. Y la estructura funcional y básica de la Fiscalía está dada en el ámbito de la "delegación". No podría entenderse que el significado de la locución en cita es prohibitiva del fenómeno jurídico de la delegación, ya que tal entendimiento se situaría por fuera del contexto y abiertamente pugnaría con la finalidad política criminal del Ente mismo. En otros términos, se degradaría la causa eficiente que le dio origen".

3o - Estructura funcional de la Fiscalía General

Del inciso 1o. del artículo 249 de la Constitución Política infiere que la Fiscalía ejerce sus atribuciones como unidad, pero acudiendo al principio de la delegación. Sus reglas de organización y funcionamiento no son las mismas de los

Juzgados y Tribunales tal como lo aprobó la Asamblea Nacional Constituyente, ya que es una institución eminentemente operativa no sometida a una estructura rígida. Luego agrega:

"Los principios de Unidad de actuación y Dependencia jerárquica constituyen la naturaleza y el fundamento lógico jurídico de la función investigativa y de la acusatoria por parte de la Fiscalía General de la Nación tal como se prescribe en el ordinal 8o., inciso 2o., Artículo 3o. del Decreto 2699 de 1991. Es así como en virtud del Artículo 19 del mismo haz normativo. "Los fiscales delegados actuarán siempre en representación de la Fiscalía General de la Nación bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General".

Como una especie de desarrollo operativo de las disposiciones que se citaron en el párrafo precedente, el ordinal 3o. del artículo 20 del mismo estamto orgánico establece que para el cumplimiento de sus funciones Constitucionales y legales, corresponde al Fiscal General de la Nación, a los Directores Fiscales y a los Fiscales Jefes de Unidad, "Efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por las distintas unidades de Fiscalía y Fiscales y asignarlas a otros Fiscales cuando lo estimen necesario previa motivación en orden a una pronta y cumplida administración de justicia".

"Es de observar que la competencia propia, en el ejercicio de la acción penal, corresponde al Fiscal General, quien por tal motivo cumple las funciones de "Dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria contra los presuntos infractores de la ley penal, directamente o a través de sus delegados" (Artículo 22-3, Decreto 2699/91).

De otro lado, es preciso comprender que la competencia delegada se ejerce en todo el territorio nacional y las Unidades de Fiscalía o los Fiscales delegados se distribuyen, tal como está previsto en el Artículo 119 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo al volumen de población, las necesidades del servicio y la especialidad técnica. sin que ello constituya obstáculo para que pueda el Fiscal General, "durante la instrucción misma, ordenar la remisión de la actuación adelantada por un Fiscal Delegado al Despacho de cualquier otro..." (Artículo 121-5, C. de P.P.).

"Como para reiterar el principio de la operatividad y la Delegación, los artículos 118 del Código de Procedimiento Penal, 15 y 22-2 del Decreto 2699 de 1991, precisan que es atribución expresa del Fiscal General designar Fiscales Especiales para asuntos determinados".

Termina el Señor Fiscal diciendo que ese es el contexto de la expresión "Funciones Especiales", que desvirtúa que no sea posible la delegación, lo cual no demerita los atributos inherentes al fuero, ya que los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia tienen las mismas calidades que se exigen a los Magistrados de esta Corporación.

4o.- Concepto del derecho y tipo de interpretación

En este punto precisa que en su criterio el derecho pertenece al mundo cultural-espiritual, histórico, y que la interpretación se debe hacer como lo recomienda el profesor Recasens Siches: Razonablemente.

IV. Consideraciones de la Sala

1o.- No corresponde a la Sala de Casación Penal hacer un pronunciamiento definitivo sobre la Constitucionalidad de la Resolución 000099 de 1992, ya que esa competencia está asignada al Consejo de Estado. Sin embargo, ante la petición formal del Honorable Magistrado Edgar Saavedra Rojas, en el sentido de que al amparo del artículo 4o., de la Constitución Política se aplique la excepción de inconstitucionalidad a la resolución mencionada, es forzoso ocuparnos del tema.

2o.- Es un hecho cierto que el numeral 1o. del artículo 251 de la Constitución Política relacionó bajo la denominación de "Funciones especiales del Fiscal General de la Nación", la de "Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero Constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución", disposición que fue reproducida por el ordinal 1o. del artículo 121 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 235 de la Constitución, en los numerales 2o, 3o. y 4o. le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia el juzgamiento (en el caso de los senadores y representantes también la investigación) de los altos funcionarios del Estado a quienes les otorga fuero, indicando que en los eventos del numeral 4o. será previa acusación del Fiscal General de la Nación.

3o.- La interpretación que el doctor Saavedra da a estas normas, en lo cual es secundado por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, consiste en que por ser funciones especiales del Fiscal General no son delegables, y al hacerlo se desconoce el fuero Constitucional, una de cuyas características consiste en que los aforados sean juzgados por funcionarios de igual o superior categoría.

En orden a dilucidar el problema planteado, la Sala tiene en cuenta los siguientes factores:

a) La Fiscalía es un ente creado con el propósito de mejorar la investigación en materia penal y combatir la impunidad, por lo tanto es evidente que para esos fines no resulta adecuado entender que se ha asignado a una sola persona una labor que antes correspondió a ocho Magistrados de la Sala de Casación Penal, y mucho menos si se tiene en cuenta que al Fiscal corresponde la dirección general de la institución, que implica ser responsable de que se logre el cumplimiento de las numerosas tareas que le señala el artículo 250 de la Constitución Nacional a ese organismo.

b) Basta mirar la lista de funciones que le atribuye al Fiscal General de la Nación el artículo 22 del Decreto 2699 de 1991, para de inmediato comprender que sólo mediante el mecanismo de la delegación podría atender tal cúmulo de compromisos. Supeditar la labor investigativa y el trámite del juzgamiento en los procesos que en única instancia corresponde a la Corte, a que el Fiscal pueda asistir personalmente a cada una de las diligencias, sería creer que el legislador buscó paralizar la actividad de la administración de justicia en esos casos, porque ni aún abandonando todas las obligaciones de carácter administrativo, esto es, olvidando su condición de *Fiscal General* para convertirse exclusivamente en *Fiscal ante la Corte*, podría cumplir satisfactoriamente con esa tarea.

c) La Comisión Especial que aprobó, o para ser más exactos co-redactó el Decreto 2699 de 1991, denominó el Título III *"De las funciones específicas"*, y en el artículo 22 enumeró las que debe cumplir el Fiscal General de la Nación, estableciendo de manera expresa en varios numerales que esa actividad la cumple a través de *delegados*, y en otros guardando silencio al respecto, lo que no puede entenderse como prohibición de delegar.

Esto permite deducir que para la comisión especial el nombre *"Funciones Específicas"* no lo entendió como *"indelegabilidad"*, más bien, como actividades cuyo cumplimiento es responsabilidad del fiscal, sin perjuicio que pueda hacerlas delegando para ello a funcionarios de la Fiscalía que por la naturaleza de sus cargos tengan competencia e idoneidad para atenderlas.

No debe olvidarse que el artículo 249 de la Constitución Política otorga al Fiscal General la titularidad de todas las competencias atribuidas a la entidad, de modo que los demás fiscales actúan como delegados de éste, con funciones asignadas por la ley o por el propio Fiscal General, y el Código de Procedimiento Penal desarrolló con ese entendimiento la previsión constitucional, al consagrar el numeral 3o. del artículo 121 la facultad de desplazar a cualquier Fiscal Delegado, bastando para ello que lo considere necesario.

d) No se puede asimilar la situación del Fiscal a la del Procurador General de la Nación, porque al director del Ministerio Público el legislador le precisó las funciones delegables en el artículo 277 de la Constitución, y los no delegables se las señaló en el artículo 278 ibídem, diciendo que las "ejercerá directamente", expresión que no utilizó para el caso del Fiscal.

Además, se trata de responsabilidades muy diferentes, concebidas en la Carta de distinta manera, y cuyo cumplimiento para el Procurador no resulta una exigencia ilógica e imposible de cumplir, tal como resultaría para el Fiscal.

e) El juzgamiento de las personas aforadas corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ante la cual actúan los Fiscales Delegados, equipo de profesionales asignados a esa labor y para cuyo nombramiento se exigió que

reunieran los mismos requisitos que se requieren para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

En estos funcionarios, que son los fiscales ante la Corte, hizo la delegación el señor Fiscal General de la Nación, en lo cual la Sala no ve violación alguna que desnaturalice el fuero, porque interpretando sistemáticamente la Constitución, si de acuerdo con su artículo 280. "Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categorías, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo", es obvio que la misma situación debe predicarse de los fiscales, a menos que erróneamente, por no existir norma constitucional expresa respecto de ellos, se haga una interpretación restrictiva y generadora de una desigualdad a la que no se le ve fundamento alguno, ni lógica, pues sin desconocer las particularidades de cada función, en términos generales no hay duda de que la actividad que desarrollan es similar.

4o.- Las reflexiones anteriormente expuestas nos llevan a acoger los planteamientos del señor Fiscal, ya que de acuerdo con él entendemos que la interpretación de la ley no puede llevar a lo absurdo o a la paralización de las instituciones.

Además, sabemos que la excepción de inconstitucionalidad se debe aplicar en aquellos eventos en que la violación sea manifiesta, ostensible y en el caso que ahora nos ocupa no vemos que exista razón para utilizar ese excepcional mecanismo.

Por lo expuesto, se niega la solicitud del honorable Magistrado Edgar Saavedra, y se determina que continúe el trámite del proceso.

Notifíquese y cúmplase,

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengás*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Juan Manuel Torres Fresneda*

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

IMPEDIMENTO \ PROVIDENCIAS DEL JUEZ COLEGIADO

El artículo 110...(hoy art. 106...del Código de Procedimiento Penal dispone que 'Del impedimento manifestado por el magistrado conocen los demás que forman la Sala respectiva, pero esto no significa que si la manifestación la hacen dos miembros de la Sala, el tercero queda facultado para resolver en forma unitaria, pues el auto que define la aceptación o no de un impedimento tiene carácter interlocutorio, y el artículo 189 ibídem...(182 en el actual ordenamiento)... es muy claro al ordenar que esta clase de providencias en cuerpos colegiados serán proferidas por la Sala de Decisión Penal de los Tribunales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Impedimento No. 7968

S.P.C. Ricardo Silva Betancourt y otros.

Delito: Falsedad

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

Aprobado acta No. 0146

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide de plano la Sala sobre el impedimento manifestado por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad, doctores Florángela Torres de Cardona y Yesid Alberto Rodríguez Sánchez.

ANTECEDENTES

1o.- La Sala de Decisión del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá integrada por los magistrados, Dres. Florángela Torres de Cardona, Yesid Alberto Rodríguez Sánchez y Julio Enrique Socha Salamanca, conoció del proceso adelantado contra Ricardo Silva Betancourt, José Haimer Rozo Díaz, Fredy Casas Castillo, Augusto González Rozo, José David Agudelo, José Ignacio Caicedo Montenegro, Libardo Castro Arias, José Hilduar López Arias y Gilberto Salazar Montoya, por un delito de falsedad en documentos, en la etapa instructiva cuando debió resolver los recursos de apelación interpuestos contra el auto que definió la situación jurídica de los acriminados y contra la resolución de acusación dictada respecto de Caicedo Montenegro y Casas Castillo.

2o.- Luego de quedar ejecutoriado el proveído que calificó el mérito del sumario, la Sala nuevamente conoce, en segunda instancia, de un recurso de apelación que controvierte la decisión adoptada por el Juzgado Dieciocho (18) Penal del Circuito de ésta ciudad, de octubre (2) postrero, que deniega la aplicación del artículo 446 del C. de P.P. vigente.

3o.- Al despacho del magistrado Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, llegó el presente asunto, elaborando el proyecto de rigor. No obstante, al ser presentada la ponencia a consideración de sus compañeros de Sala, éstos se negaron a estudiarla, argumentando una causal de impedimento.

EL IMPEDIMENTO

Recordando el artículo 535 del estatuto procedimental de 1987 "...que regía para la época de consumación de los hechos...", en el que se advertía que "...la Sala de Decisión del Tribunal que en segunda instancia hubiera adoptado determinaciones durante la fase del sumario no podría conocer del mismo asunto cuando se encontrare en etapa de la causa...", los magistrados impedientes solicitan su separación del conocimiento del proceso en dicho estadio "...al haber conocido de dos autos interlocutorios proferidos en el sumario, la medida de aseguramiento y el calificatorio...", aclarando a continuación que cuando éste último se ejecutorió quedaron impedidos para conocer del juzgamiento en atención a las causales de los numerales 4 y 6 del art. 103 del Código de Procedimiento Penal vigente (haber dado opinión y haber participado dentro del proceso).

Para abundar en razones, rememoran estos funcionarios la separación judicial que estableció el ordenamiento procesal de 1988, con relación a las dos etapas del proceso (sumario y causa), encargando de la regencia de cada una de ellas a jueces colegiados distintos, descartando cualquier tipo de subordinación funcional entre sí, prohibiéndose a la Sala del Tribunal que hubiera tomado decisiones sustanciales en la fase sumarial, conocer del caso en la etapa del juicio "...para así garantizar al máximo la total imparcialidad del final fallador del trámite penal...".

Luego aclaran los magistrados que, si bien el nuevo compendio procedimental no consagra esta forma de impedimento, "...no supone ello que no opere a la fecha frente a aquellos asuntos en donde previamente su vigencia el Tribunal como funcionario de segundo grado conoció del sumario".

Finalmente, los magistrados demandan la aplicación del principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 29 de la Carta, "...en cuanto resulta indudablemente más favorable para el procesado que el fallador esté despojado de cualquier opinión consignada en la etapa del sumario...".

La inaceptación del impedimento

Considera el Magistrado, Dr. Socha Salamanca, que no le asiste razón a sus colegas. Sobre la causal prescrita en el numeral 6o. del artículo 103 del C. de P.P. vigente, cita a ésta corporación para concluir que es obvio que para que tal situación se estructure debe existir una decisión anterior que ha de ser fruto de revisión en segunda instancia por quien la dictó en primer grado, que no es el caso aquí surgido.

En lo que se refiere a la segunda causal invocada, la del numeral 4o. del artículo 103, ibídem, tampoco la encuentra aceptable "...porque dicha opinión no se produjo por fuera del ejercicio propio de la actividad jurisdiccional..." y, por tanto, "...por haberse dado en ejercicio propio de los deberes oficiales, no tiene la virtualidad de constituirse en motivo impidiente...(sic)...para que ahora se conozca del proceso en la etapa del juzgamiento...".

Por último, en lo que se refiere a la invocación del principio de favorabilidad, advierte el Dr. Socha Salamanca que "...tampoco ello encuentra sustento real porque la participación que la Sala tuvo en la etapa instructiva, no significa que la misma haya perdido su condición de imparcialidad para actuar en el juicio, y además no puede partirse de que tales actuaciones restaron libertad futura para nuestras decisiones, las cuales se hallan sometidas al imperio de la ley...".

La Corte

1.- El Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, actuando de manera unitaria, no aceptó el impedimento manifestado por sus compañeros de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Drs. Florángela Torres de Cardona y Yesid

Alberto Rodríguez Sánchez, procedimiento que resulta anómalo, por las razones expuestas pretéritamente por ésta colegiatura y que se reproducen a seguida:

"...El artículo 110...(hoy, art. 106)...del Código de Procedimiento Penal dispone que 'del impedimento manifestado por el magistrado conocen los demás que forman la Sala respectiva', pero esto no significa que si la manifestación la hacen dos miembros de la Sala, el tercero quede facultado para resolver en forma unitaria, pues el auto que define la aceptación o no de un impedimento tiene carácter interlocutorio, y el artículo 189 ibídem ...(182 del actual ordenamiento)..., es muy claro al ordenar que esta clase de providencias en cuerpos colegiados 'serán proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte y por la Sala de Decisión Penal de los Tribunales'.

Este mandato no obedece a un simple formalismo, la razón es de fondo, pues como los autos interlocutorios 'resuelven algún incidente o aspecto sustancial de la actuación' (art. 185 del C. de P.P...(de 1987, art. 179-2 del estatuto de 1991)...la ley le otorga la competencia a la Sala, que es la que tiene la capacidad juzgadora y además así obliga a que la determinación sea plural..." (Auto, agosto 14 de 1991. M.P. Dr. Calvete Rangel).

2.- En este orden de ideas, era deber procesal del Dr. Socha Salamanca integrar la Sala con los magistrado que le siguen en turno para que, con ponencia suya, se resolviera el punto materia de conflicto.

3.- En condiciones tales, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre el impedimento expresado por los Drs. Torres de Cardona y Rodríguez Sánchez, en razón a que no ha sido resuelto en primera instancia de conformidad con los lineamientos adjetivos y se devolverá el expediente a la corporación de origen para que se le dé el trámite que corresponda.

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

ABSTENERSE de resolver sobre el impedimento manifestado por los Drs. Florángela Torres de Cardona y Yesid Alberto Rodríguez Sánchez, magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, conforme los razonamientos plasmados en la parte motiva de esta providencia.

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 Saavedra Rojas*

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

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

DEMANDA DE CASACION

El recurso de casación persigue primordialmente, además de la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervinieron en la actuación penal y la unificación de la jurisprudencia Nacional, reparar el menoscabo inferido a una de las partes por la decisión judicial, por lo cual premisa fundamental de su sustento es que su interposición suponga un mejoramiento de la situación jurídica del reo.

Ahora las posibilidades de ataque en casación son mayores ya que los temas propios del recurso pueden ser abordados desde diferentes ángulos argumentales, sin que cada cual dependa de los demás para su exposición y sustento. Excepto la preeminencia para su estudio, otorgándole a unos la categoría de principales y a otros la de subsidiarios, su independencia es plena, pudiendo negarse en uno lo que se ha afirmado en otro o, simplemente, abordar la cuestión desde distintos ámbitos y, por ende, buscando diversas consecuencias.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6442

Contra: Clemente Rodríguez Beltrán

Delito: Acceso carnal violento

Magistrado ponente Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado acta No. 0142 (diciembre 2 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Conoce la Corte de la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado Clemente Rodríguez Beltrán, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, de mayo siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1191), mediante la cual modificó el fallo condenatorio dictado por el Juzgado Veintiocho (28) Penal del Circuito de ésta ciudad, en diciembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa (1990), incrementando de treinta y dos (32) a cuarenta y cuatro (44) meses de prisión, la pena principal impuesta en su condición de autor responsable del delito de acceso carnal violento, aclarando que igual modificación sufre la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Asimismo, revoca el subrogado de la condena de ejecución condicional, ordenando su captura, y modifica, para aumentarlo a trecientos ochenta (380) gramos-oro, el monto de la indemnización por daños y perjuicios causados con el injusto.

Surtido el traslado de rigor, el Sr. Agente del Ministerio Público sugiere no casar la providencia impugnada y dar aplicación al artículo 31 de la actual C. N., teniendo en cuenta el incremento punitivo que sufrió el procesado en la segunda instancia, pese a su condición de apelante único.

HECHOS

La síntesis pertenece al Tribunal. La Sala acoge sus palabras:

"...Denunció la menor Luz Stella Gómez García que en septiembre de 1988, cuando venía de comprar la comida para su familia, se encontró con Clemente Rodríguez quien la cogió de un brazo, la tumbó, le rompió la falda, le agarró del cuello, le quitó los interiores y él a su vez se bajó el pantalón y se acostó encima de ella, violándola. Ocho días después, aproximadamente a las seis de la tarde, volvió a encontrarse con el sindicado cuando ella subía del colegio, le propuso que si hacían lo mismo, ella se negó, entonces le cogió una mano y haló (sic) para debajo de una mata donde la accedió nuevamente, ella trató de impedirlo golpeándolo, dándole puntapiés, arañándolo, pero no lo logró porque el citado es corpulento y porque además la agarró del cuello para impedirle que gritara. Que en la primera oportunidad, el vecino del lugar mencionado, luego de hacerla víctima de los reseñados vejámenes le dijo que si llegaba a comentar algo en su casa de lo sucedido, haría lo propio con su hermana menor...".

ACTUACIÓN PROCESAL

El compendio lo realiza en forma acertada la Delegada. Escúchesele:

"...El Juzgado Promiscuo Municipal de la Calera (Cundinamarca), por auto del 10 de mayo de 1989 ordenó el envío de las diligencias al Juzgado de Instrucción Criminal Reparto de Santafé de Bogotá, en razón a que el delito a investigar es de competencia de los Juzgados Penales del Circuito.

El Juzgado 22 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, mediante auto del 13 de junio de 1989 abrió la correspondiente investigación y vinculó mediante indagatoria a Clemente Rodríguez. Una vez cerrada la investigación, por providencia del 14 de junio de 1990 dictó resolución de acusación en contra del procesado por el delito de Acceso Carnal Violento, agravado por la circunstancia contemplada en el artículo 306 -num 3o.- del C. P., y profirió a la vez medida de aseguramiento de detención preventiva, otorgándole la libertad provisional.

Celebrada la respectiva audiencia pública, el Juzgado 28 Penal del Circuito de esta ciudad por sentencia del 18 de diciembre de 1990, condenó a Clemente Rodríguez Beltrán a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión como autor responsable del delito de Acceso Carnal Violento, agravado; al pago de los daños y perjuicios causados con la infracción, tasados en el equivalente a 150 gramos-oro; el embargo y secuestro del bien inmueble denominado "El Japón" de propiedad del sentenciado, en virtud de la condena en perjuicios decretada; además, le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Finalmente, el H. Tribunal Superior de Bogotá, al desatar el recurso de apelación que fue interpuesto contra el fallo de primer grado, le impartió confirmación pero con las siguientes modificaciones: 1) impuso al sentenciado la pena principal de cuarenta y cuarenta y cuatro (44) meses de prisión como autor responsable del reato de Acceso Carnal Violento en concurso homogéneo y sucesivo por considerar que se demostró que el procesado en dos ocasiones accedió carnalmente, mediante el empleo de violencia, a la menor Luz Stella Gómez García, lo cual si bien es cierto no se dejó consignado específicamente en la resolución de acusación, invocando el precepto contenido en el artículo 26 del C.P. que trata sobre el concurso de hechos punibles, sí se dejó anotado en dicha providencia que el acusado en dos oportunidades diferentes hizo objeto de Acceso Carnal Violento a la denunciante. Además, estos cargos le fueron puestos de presente en la indagatoria al sindicado; 2) Revocó el subrogado de la condena de ejecución condicional como consecuencia de la pena principal impuesta; 3) Revocó la sentencia en lo relativo al pago de los daños y perjuicios ocasionados con el delito, fijando su cuantía al equivalente en moneda nacional de 380 gramos-oro...".

LA DEMANDA

Con fundamento en las causales tercera y primera, el recurrente formula los siguiente reproches:

Causal tercera

Primero

La incompetencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, es su sustrato. Basándose en la deducción que hizo la Colegiatura, de un delito de acceso carnal violento, inédito en la primera instancia, advierte que erró al aplicar la reformatio in pejus, pues se abrogó "...un hecho no juzgado por el a-quo...", cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados del Circuito. Por ello solicita se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación.

Esta carencia de jurisdicción dio lugar a un "...indebido proceso...", pues condenó "...por un concurso de hechos punibles, uno de ellos no sentenciado en primera instancia...", violándose el principio de la doble instancia, como quiera que hizo nugatoria la posibilidad de revisión por el superior, generándose un atropello al artículo 26 de la Carta de 1886.

Segundo

También el fundamento es la violación al debido proceso, sólo que esta vez su inconformidad radica en la errónea calificación de los hechos imputados, inadvertida por el ad quem al revisar la sentencia de primer grado, lo que implica una irregularidad sustancial, demandable en casación al través de la causal tercera, según jurisprudencia de ésta Sala, la cual transcribe en apoyo de su pretensión.

Tercero

Esta vez el quebrantamiento al debido proceso se produjo ".. al no invalidar el fallo recurrido y por haber proferido otro variando la calificación de un hecho punible singular a otro plural...". A seguida, el censor advierte sobre la aplicación retroactiva de la nueva Constitución y la violación que hace la providencia impugnada de su artículo 31 al hacer más gravosa la situación del acusado (aumento de la pena y revocatoria de la condena de ejecución condicional) y aunque no ostenta su calidad de apelante único, ya que también recurrió el proveído la Parte Civil, el interés de ésta se circunscribe a procurar la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito, pues "...no tiene dentro de sus facultades... la de oponerse a ciertos beneficios que la ley prevé para el sindicado; como tampoco es de su incumbencia el quantum de pena...".

Cuarto

Se limita a señalar que el fallo recurrido es nulo "...al haber aumentado la pena restrictiva de la libertad en 12 meses al condenado por contravenir lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional vigente...".

Causal primera

Quinto

Por este cargo considera que la sentencia del Tribunal "...es violatoria de la ley sustancial por indebida aplicación, al haber considerado erróneamente... que los hechos punibles... son dos accesos carnales violentos agravados por la circunstancia de preñez de la víctima cuando en verdad depravado sólo puede ser uno de ellos...".

Explica que aunque acepta que hubo dos accesos carnales sobre la ofendida, "...tan sólo uno de ellos, no en ambos, hubo no sólo la posibilidad biológica de fecundar a la menor víctima... sino que en realidad fue fecundada..." no siendo "...natural ni biológicamente posible se embarace dos veces a una mujer en el término de ocho días cuando tal mujer ya está embarazada...". A continuación aclara que la fecundación se produjo en la segunda oportunidad, ya que en la primera se encontraba dentro del período menstrual, según las voces de la afectada.

Por tanto, concluye, ha debido aplicarse el artículo 298 del C. P. "...que recoge íntegramente la conducta asumida... y esta norma en la modalidad de agravada por lo dispuesto por el artículo 306.3 para integrar así el concurso de hechos punibles...".

Concepto del Procurador Primero (1o.) Delegado en lo Penal.

Luego de resaltar las falencias técnicas presentes en el libelo, que ameritan su rechazo, solicita la aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional "...por haber sido apelante único, caso en el cual no podrá agravarse la pena impuesta...". En su oportunidad la Sala se referirá en detalle a las apreciaciones de su Colaborador Fiscal.

La Corte

Causal tercera

I.- Bajo la realidad normativa del Código derogado cuatro son los reproches elevados por la causal de nulidad. En el primero, señala la adición que hizo el Tribunal de un delito no juzgado en la primera instancia, generándose la incompetencia para conocer del asunto; en el segundo, mira la actuación desde el lado opuesto, criticando la errónea calificación de los hechos imputados, completándolo con el tercero, en el que indica una violación al debido proceso pro no haber invalidado la Colegiatura la actuación frente a la cuestionable adecuación típica señalada en el auto acusatorio; en el cuarto, en cambio, se adentra en el campo punitivo al rechazar el incremento de la sanción principal en la segunda instancia, contraviniendose lo dispuesto por el artículo 31 de la Carta Fundamental.

a.- En lo que se refiere a la *primera censura*, la vía escogida para impugnar el fallo de segundo grado es errónea. Aunque plantea como fundamento de la impugnación la incompetencia del sentenciador, lo que aparentemente predicaría la bondad del sendero casacional que selecciona, presto se advierte un equivocado entendimiento de este motivo de nulidad. Obsérvese.

La incompetencia de que trata la causal tercera sucede, en general, cuando el Juez asume el conocimiento de un hecho criminoso que no le corresponde por ministerio de la ley. En cambio, cuando, en razón de sus funciones, modifica la adecuación típica del fallo correspondiente, rompe la armonía que debe existir entre la acusación y la sentencia, provocando un yerro que encuentra su reparación acudiendo a la causal segunda de casación que lo contempla en forma específica (art. 226 C. de P. P.).

En el caso de la especie, según el demandante, el Tribunal en la decisión de condena varió la calificación, abrogándose "...competencia para juzgar en primera instancia un hecho no juzgado por el a quo, por tal razón no sentenciado por la Juez 28 Penal del Circuito y por eso mismo de imposible juzgamiento por el H. Tribunal...". Si bien, en el evento de haberse producido una alteración típica por la Corporación, al no haber sido debatida en la primera instancia, le puede impedir el conocimiento y la precisión de los cargos, ello constituye una consecuencia del yerro judicial. Por tanto, lo que debe examinarse, es la acción misma que rompió la congruencia del auto enjuiciatorio, al modificar sustancialmente la conducta investigada y calificada, consolidando en la sentencia un título penal diferente.

Para este específico supuesto el legislador previó en la causal segunda de casación, como motivo de la infirmación de la sentencia de segundo grado, su disonancia con las imputaciones formuladas en el auto encausatorio. En este orden de ideas, el error del censor es patente, pues equivoca la vía de ataque al poner de presente una falencia en el ámbito de la causal tercera, pese a que específicamente el legislador previó para esta hipótesis, la causal segunda, lo que impide la prosperidad de este reproche.

b.- La *segunda censura* sigue los pasos de la primera, conformando al final un simple matiz argumental. Según las palabras del demandante, el Tribunal violó el debido proceso "...al desconocer la doble instancia para uno de los delitos que integran el concurso...", aclarando que por desbordar la posibilidad de variar la calificación, otorgada por el artículo 501 del C. de P. P., también vulneró esta garantía, puesto que en la calificación y en la sentencia de primera instancia se adecuó la conducta a un solo delito, mientras que en la providencia impugnada se alegó la existencia de un concurso homogéneo y sucesivo, con lo cual se configura una variación a la resolución acusatoria pese a que se trata del mismo bien jurídico tutelado. Así las cosas, aunque aduce una violación al debido proceso, lo que en realidad está planteando es una incongruencia entre la calificación de primer grado y el fallo del Tribunal, materia de la causal segunda.

Pero, además, su pensamiento se torna difuso al apoyar su aserto en un fallo de la Corte en el que se plantea el remedio en presencia de un error en la denominación jurídica de la infracción, tema de la causal tercera. La transcripción le sirve para señalar que como quiera que la resolución de acusación no calificó, como debía ser, los hechos materia de juzgamiento y el *a quo*, al fallar, no advirtió la falencia, debió realizar la corrección el Tribunal, decretando la nulidad correspondiente, lo que no hizo, prefiriendo variarla al aducir un concurso homogéneo y sucesivo, generándose la nulidad que ahora alega.

Así pues, mientras la primera parte de su argumentación insiste en denunciar el cambio que se hizo de la adecuación típica en el fallo de segunda instancia, dando a entender que la calificación sumarial es correcta, lo que genera la respectiva incongruencia, situación alegable en la causal segunda, en el final de su discurso la tilda de errónea y señala que era obligación del Tribunal remediar el agravio pero no variando abruptamente el encuadramiento típico sino acudiendo a la nulidad correspondiente, entuerto propio de la causal tercera, pues ya la crítica se dirige hacia la indebida calificación.

Conocido su pensamiento, resulta insólita su actitud. El recurso de casación, se ha dicho, persigue, primordialmente, además de la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal y la unificación de la jurisprudencia nacional, reparar el menoscabo inferido a una de las partes por la decisión judicial, por lo cual, premisa fundamental de su sustento es que su interposición suponga un mejoramiento de la situación jurídica del reo. Una demanda que vaya en detrimento de ella o simplemente busque una variación procesal de simple forma, que en nada altere sus intereses, merece el rechazo consiguiente.

En el presente asunto, si se acataran las aspiraciones del casacionista, el fallo del Tribunal y la etapa del juicio quedarían sin validez alguna puesto que, según sus palabras, la resolución de acusación no contempló, en vez del delito unitario, el concurso homogéneo y sucesivo advertido en la segunda instancia. Ello indica que el *a quo* se vería obligado a realizar tal ajuste en la nueva resolución de acusación, con lo que, indudablemente, se agravaría la situación del procesado.

La sin razón del cargo implica su rechazo.

c.- El *tercer reproche* también puede considerarse como una extensión de los anteriores, pues de nuevo aduce la violación al debido proceso "...al no invalidar el fallo recurrido y por haber proferido otro variando la calificación de un hecho punible singular a otro plural...", por lo cual valgan las consideraciones precedentes como respuesta a su formulación.

Sin embargo, a renglón seguido y al parecer como un acápite de la censura, como que lo incluye dentro de su cuerpo aunque distinguiéndolo con su propia

numeración, señala que "...para concluir el capítulo referente a las nulidades...", es de ver la violación del artículo 31 de la Constitución vigente. Ello se produjo con la variación que el Tribunal realizó, lo cual condujo a un aumento de la pena privativa de la libertad. Y si bien considera que su poderdante no es apelante único, si lo cobija el precepto constitucional pues el otro impugnante fue la parte civil, sujeto procesal que busca únicamente una modificación en cuanto al monto de los perjuicios, a su juicio, notoriamente inferiores al daño causado con el delito. Con razón puede pensarse que se está frente a otro ataque, deducción que se confirma al avanzar en la lectura y tropezar con el *cuarto reproche*, que no hace otra cosa que repetir la enunciación de esta falencia, esto es, el aumento de la pena, contraviniendo la prohibición de la Carta.

Un examen atento del proceso, sin embargo, contradice las afirmaciones del actor. Detállese.

En primer término, la Sala no encuentra disonancia entre la providencia impugnada y las decisiones fundamentales de la primera instancia: la resolución de acusación y el fallo de primer grado. En lo que se refiere al calificatorio, acepta la Corte que los términos del proveído no muestran mayor rigor técnico cuando se enfrenta a los hechos del proceso. No obstante, esa carencia es suplida con esfuerzo por el planteo argumental.

Así, apenas comenzando su tarea, destaca la ampliación que hiciera la víctima de su denuncia, en la que refiere las dos ocasiones en que fue accedida carnalmente, en forma violenta, con un intervalo de ocho (8) días. Comienza, pues, su labor de establecer lindes entre las dos conductas. A renglón seguido y luego de destacar la credibilidad que se desprende de la exegesis de la joven, por lo cual la coloca como pilar de su decisión, centra su estudio en las consecuencias del hecho criminoso: la rotura del himen y el embarazo.

Acepta, por tanto, que fueron dos (2) los coitos, pues así lo expresa la ofendida, con los detalles consiguientes. A su turno, en el fallo de primera instancia se hace lo propio, al destacar, con mayor precisión, cómo la afectada asegura "...que fue en dos oportunidades diferentes que fue violada por Clemente Rodríguez..." y aunque posteriormente no marca concisamente la frontera entre las dos acciones, de todas maneras, como sucedió con su homólogo en el sumario, la sentencia se profiere tomando como principal sustento, la acusación de la impúber, sin que ninguna de sus afirmaciones la rechace expresamente.

Unicamente, cuando el proceso llega al Tribunal, es que con mayor rigor técnico se hacen las precisiones necesarias, concretando en forma diáfana los hechos imputados, señalando de manera correcta la existencia de un concurso homogéneo y sucesivo. Como quiera que podría pensarse en una incongruencia con el proveído vocatorio a juicio, presto el ad quem advierte que en él se dejó anotado "...que dos veces hizo víctima del aludido comportamiento el mentado

Clemente Rodríguez...", a la joven Stella Gómez, aseveración que se ajusta a la verdad, como ya se vio.

La armonía entre las dos providencias es correcta, lo que indica la improsperidad de esta tacha.

Sin embargo, el ataque aún no termina. El incremento punitivo hecho en la segunda instancia, en contra de Clemente Rodríguez, quebranta el artículo 31 de la Carta, según la personal apreciación del censor. Pero, como fueron dos los apelantes (el procesado y la Parte Civil), con premura de adelanta a la posible descalificación de sus argumentos, repitiendo el concepto tradicional sobre el rol que cumple en el proceso el representante de la Parte Civil: obtener la indemnización de perjuicios. Con ello, establece un mojón que independiza los dos terrenos de lucha, convirtiéndose cada cual, a su manera, en recurrente solitario.

Al respecto ha de precisarse que si bien es cierto formalmente no tiene la condición de apelante único como quiera que el representante de la Parte Civil igualmente recurrió de la sentencia, también lo es, que la razón de ser de la norma constitucional es la que de otros sujetos, al impugnar el fallo, buscan las mas de las veces resultados contrarios, por lo que, el sentenciador de segunda instancia ha de reflexionar sobre sus diferentes puntos de vista, decidiendo en consecuencia, el que considere se ajuste a la realidad procesal.

No sucede lo propio cuando es sólo el acusado el impugnador, pues no se presentan intereses encontrados sino apenas el punto de vista de una de las partes, el cual, de no compartirse, provoca la confirmación consiguiente sin que sea lícito agravar su situación jurídica.

Y bien: Aunque es cierto que al recurrir de la sentencia el apoderado de la Parte Civil mostraba su inconformidad por el monto de la condena por daños y perjuicios, que no reflejaba, a su juicio, la realidad procesal, también lo es que su interés estaba estrechamente ligado a la suerte del imputado. Es indudable, por tanto, que el reconocimiento explícito del concurso era más provechoso a sus pretensiones, que los lineamientos de la primera instancia, en los que tal precisión no se hizo en forma técnica. La corrección hecha por la Colegiatura, mejoró su situación, logrando un incremento sustancial.

Así las cosas, la suerte de los dos apelantes estaba entrelazada, lo que de por sí descarta la condición de impugnante único en cabeza del procesado, circunstancia que elimina la aplicación del artículo 31 en comento.

El fracaso de la censura es su medida.

II. Causal primera

En esta ocasión, el censor plantea una violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 298, 306-3 y 26 del Código Penal, cuando

en verdad las normas aplicables son únicamente los artículos 298 y 306-3 "...en una oportunidad...", negando, por tanto, el pretendido concurso homogéneo y sucesivo, endilgado en segunda instancia.

Como es fácil advertir, el censor, continuando con el mismo tema, esto es, el desbordamiento de las funciones del ad quem al acomodarle una adecuación típica diferente a la considerada en la resolución de acusación y el fallo del Juzgado del conocimiento, esta vez ataca el presunto desacierto en los terrenos de la *causal* primera, causando en apariencia la dilogía consiguiente, si se mira lo preceptuado en el estatuto procesal derogado.

No obstante, la presencia de la nueva normatividad procedimental, diluye el desacierto. Su previsión de permitir la formulación de cargos contradictorios entre sí, así lo determina. Obsérvese que ahora las posibilidades de ataque en casación son mayores ya que los temas propios del recurso pueden ser abordados desde diferentes ángulos argumentales, sin que cada cual dependa de los demás para su exposición y sustento. Excepto la preeminencia para su estudio, otorgándole a unos la categoría de principales y a otros la de subsidiarios, su independencia es plena, pudiendo negarse en uno lo que se ha afirmado en otro o, simplemente, abordar la cuestión desde distintos ámbitos y, por ende, buscando diversas consecuencias. La bondad del nuevo compendio es innegable, imponiéndose, por lo mismo, su aplicación sobre el ordenamiento derogado, en guarda del principio de favorabilidad.

Se acomete, pues, su examen.

Desde sus primeras líneas, el reproche se dirige con paso firme hacia el fracaso. Es la consecuencia de haber escogido una vía equivocada. Repárese. Según su dicción, en la sentencia del Tribunal se agregó una segunda imputación, ajena a la convocatoria a juicio criminal. De ahí deduce que hubo una indebida aplicación de los tipos que contemplan tal comportamiento. Es por ello que cita los artículos 298 y 306-3, que contemplan el delito de acceso carnal violento y una circunstancia específica de agravación punitiva cuando la víctima quedare embarazada.

No obstante, la aplicación indebida de un precepto indica: en primer término, que el hecho imputado no se adecua a este concreto marco legal, lo cual plantea una disyuntiva: o el comportamiento encuentra acomodo en otra norma, o no reviste de importancia para el derecho penal, siendo de suyo atípico. Ahora bien, estos planteamientos han de partir de una base incuestionable: que el acto endilgado tuvo existencia, naturalísticamente hablando. Más aún, debe respetarse como verdad inmutable, la interpretación probatoria hecha por el sentenciador, pues su falla radica, únicamente, en el juicio de valor jurídico que le precede.

En el caso presente, hay unanimidad en el acceso carnal violento, cometido por el procesado en la humanidad de una menor de edad, en dos oportunidades. De igual manera, no es materia de discusión que, como consecuencia de ello, la víctima quedó embarazada. Si ello es así, la conducta del autor encuadra, sin la menor duda, en los artículos 298 y 306-3 del C.P., rechazándose cualquier falencia sobre el particular.

No empece, aún queda una disposición más, cuya intromisión se predica: el artículo 26 de la sistemática sustantiva, que regla el concurso de tipos. Aquí el planteamiento podría ser escuchado y analizado en toda su dimensión, si no existiera el contrasentido examinado en precedencia, pues no es posible que el acto reprochado encuentre y no encuentre acomodo en una norma, al mismo tiempo. La dilogía es evidente. Distinta hubiera sido la suerte del demandante si, en vez de realizar esta complicada maniobra argumental, sencillamente hubiera indicado la inexistencia del concurso, denunciando como precepto violado el dispositivo en cita.

De todas maneras, aunque hubiera logrado el estudio de fondo, los intereses encomendados no tenían posibilidad alguna de sortear con éxito el avatar procesal. Como bien se analizó en las instancias, las dos cópulas sexuales no forman parte de un solo hecho criminoso. Cada una encuentra una perfecta delimitación en el tiempo y en el espacio y, por ende, aunque las circunstancias guardan alguna similitud, una y otra son diferentes. Recuérdese que en el primer evento no sólo le rompió el vestido a la menor, sino que la amenazó para obtener su silencio. En cambio, en la segunda oportunidad, ocho días después, el ataque fue distinto, pues aparte de la penetración del asta viril, también arrojó a la víctima al suelo, ejerciendo violencia material para vencer su resistencia.

Es evidente, por tanto, que fueron dos las acciones criminosas, realizadas en circunstancias témporo-espaciales diferentes, infringiéndose con ellas las mismas disposiciones penales, configurándose un concurso homogéneo y sucesivo, como acertadamente se predicó.

No prospera el cargo.

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 la sentencia impugnada.

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 Saavedra Rojas*

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

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

IMPEDIMENTO \ HABER EXPEDIDO LA PROVIDENCIA

El impedimento es un aspecto inherente a la competencia y ésta debe estar atribuida en la ley de inmediata aplicación en forma expresa al igual que sus excepciones, sin que sea de recibo analogía alguna.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Impedimento No. 8014

Contra: Jairo Olivera - Otro

Delito: Falsedad

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 146

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

VISTOS

De plano decide la Corte el impedimento que en forma conjunta expresaron los señores Magistrados Jaime del Río Montoya, David Rafael Gastelbondo y Fernando Olaya Lucena, integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que por reparto correspondió el conocimiento del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

El Juzgado 11 de Instrucción Criminal Ambulante del Tolima profirió resolución acusatoria contra Jairo Olivera y José Alirio Calderón por varias infracciones penales en concurso, considerando al primero como autor material y

al segundo, como cómplice, determinación que en lo fundamental fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué presidida por el doctor del Río Montoya en providencia de junio 4 de 1992.

Correspondió la causa al Juzgado 6o. Penal del Circuito de dicha ciudad en donde se propuso audiencia de terminación anticipada del proceso respecto del enjuiciado Jairo Olivera quien aceptó los cargos de coautor por los delitos de estafa y falsedad material de particular en documento público, y de autor de concusión, falsificación y uso fraudulento de sello oficial, falsedad material de empleado oficial en documento público y falsedad ideológica en documento público con la sanción propuesta de 5 años y dos meses de prisión.

El Juez aceptó sólo parcialmente el acuerdo, pues en cuanto a la sanción punitiva consideró que la justa era ocho años de prisión. Dicha determinación fue impugnada por el Fiscal.

Criterios de las Salas de Decisión del Tribunal

Repartido en definitiva el proceso a la misma Sala que conoció con anterioridad del caso, manifestó su impedimento para decidir la impugnación con base en el numeral 6o. del artículo 103 del C. de P.P. argumentando que si bien es cierto desapareció la antigua forma contenida en el artículo 535 del ordenamiento procesal de entonces (Decreto 1861/89 art. 34), jurídicamente considerada como impedimento, también lo es que el legislador en la nueva preceptiva procesal "previsivo y cauto, diseñó otro, de mayor Corte dogmático, calidad y técnica, que en su amplitud descriptiva recoge la casuística de ese derogado impedimento".

La Sala siguiente, por su parte, apoyada en el criterio mayoritario de la Corte al respecto, no acepta el impedimento propuesto y envía la actuación para que se resuelva el incidente.

Consideraciones de la Corte

Ciertamente que la locución 'haber participado en el proceso', señalada en el numeral 6o. del artículo 103 del C. de P.P. como circunstancia impediente, ha originado los dos criterios interpretativos aquí expuestos.

Sin embargo, la Corte mayoritariamente ha adoptado en forma reiterada el consignado por la Sala de Decisión que inaceptó el impedimento aducido.

La Corte hace especial hincapié en su providencia de septiembre 28, con ponencia de quien aquí cumple igual cometido, porque es una verdad incuestionable que el impedimento es un aspecto inherente a la competencia y ésta debe estar atribuida en ley de inmediata aplicación en forma expresa al igual que sus excepciones, sin que sea de recibo analogía alguna. Por ello la Corte enfatiza la prohibición al juez para 'crear o revivir causales' de impedimento so pretexto de interpretar las taxativamente señaladas por el legislador.

La preceptiva invocada como impediente aquí ha tenido una interpretación que rebasa el claro tenor de la norma. Innegable que las varias hipótesis señaladas en el texto están referidas en forma exclusiva para el juez de segunda instancia y en relación con actuaciones suyas como juez a quo, funcionarios 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.

Cuando la norma alude a las dos hipótesis impedientes que consagra -las actuaciones y el parentesco- las liga en forma inescindible a "la providencia que se va a revisar", siendo disyuntiva la "O" de la primera hipótesis precisamente para cobijar con el impedimento las actuaciones de esa primera instancia cumplidas en calidad de Ministerio Público, Fiscal, perito, secuestre, etc. y que por promoción o designación de quien las cumplió deba conocer de ese proceso en la segunda instancia.

Las razones precedentes son suficientes para decidir el incidente declarando improcedente el impedimento presentado por la Sala de Decisión Penal que preside el Magistrado Jaime del Río Montoya.

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

RESUELVE

ES INFUNDADO EL IMPEDIMENTO declarado por los doctores JAIME DEL RÍO MONTOYA, DAVID RAFAEL GASTELBONDO B. Y FERNANDO OLAYA LUCENA, para conocer del proceso de la referencia.

En firme, DEVUÉLVASE inmediatamente al Tribunal de origen.

Radíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jórge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Edgar Saavedra Rojas*
Salvó el voto — Con salvamento de voto

Dídimo Páez Velandia — *Jorge Enrique Valencia M.*
Salvo mi voto

Rafael I. Cortés Carrica
Secretario

Nota de Relatoria:

Ver Salvamento de Voto de fecha 28 de septiembre de 1992 de los Dres. *Juan Manuel Torres Fresneda, Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia* (Gacet. Jud. Sala Penal. 1a. Parte).

HOMICIDIO \ COMPETENCIA \ JUSTICIA PENAL MILITAR \ COLISION DE COMPETENCIA

"No puede entenderse como un acto propio del servicio el homicidio que miembros de la Policía Nacional realicen sobre particulares. Si el hecho no ha sido cometido en una específica situación que lo vincule al cumplimiento de las obligaciones legales, como sería el caso de una incursión armada en un inmueble para rescatar a quien ha sido víctima de un delito, o de un enfrentamiento entre policías y particulares que pretenden huir con el producto de un botín hurtado anteriormente, o de múltiples situaciones similares que pueden efectivamente presentarse".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6750

Contra: Darío Aya Vergel - Otro

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 146

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

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de agosto 12 de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Cúcuta condenó a los procesados Parmenio Venegas García y Darío Aya Vergel a 18 años de prisión por el delito de homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1o.- En los primeros días de mayo de 1989 el Cabo Segundo de la Policía Nacional, Parmenio Venegas García, y un compañero (ambos vestidos de civil), viajaban en una motocicleta la cual se estrelló con un automóvil en el barrio "El Callejón" de la ciudad de Cúcuta (N. de S.).

José Alfredo Ceballos Lara, que residía por ese sector y casualmente se encontraba en el sitio de la colisión, intervino en el caso, motivando la protesta de los policiales, con quienes terminó cambiando golpes, al parecer con buen éxito.

Venegas García, entonces, se dedicó desde ese día a buscar a Ceballos Lara, interrogando a varias personas del sector por su paradero.

En la noche del 10 del mencionado mes, una patrulla compuesta por Venegas García (Comandante), el también suboficial Darío Aya Vergel, y 8 agentes, recibió la orden de llevar a cabo una "operación presencia" en el barrio "La Niña Ceci", de dicha ciudad. Empero, Venegas García dispuso que la patrulla se dirigiera al ya referido sector donde había peleado con Ceballos Lara, a fin de realizar allí "una batida". Efectivamente, en la camioneta Toyota en que se movilizaba la patrulla, fueron introducidas varias personas (hombres y mujeres), entre ellas Ceballos Lara, que acababa de salir de su casa para comprar unos limones.

A excepción de Ceballos Lara, los demás fueron dejados en libertad, Venegas García dijo a sus subalternos que aquél era un "informante" mandando que detuvieran el vehículo, del cual se apeó junto con Aya Vergel (el "Reemplazante" de la patrulla) y Ceballos Lara, ordenándole al conductor, agente, Víctor Manuel Berbesi Mendoza, que los recogiera ahí más tarde, pues iba a obtener más información del retenido.

Más de una hora después el vehículo recogió en el mismo sitio a los dos suboficiales, que regresaron a las instalciones del cuartel "San Mateo", dando "parte sin novedad".

Como Ceballos Lara no apareciera, su mujer Martina Teresa Monsalve, y su hermano Luis Eduardo Ceballos Lara dieron el aviso respectivo a las autoridades; y el día 13 subsiguiente de la Funeraria les avisaron que allí reposaba un cadáver, ya en estado de putrefacción, que podía corresponder al "desaparecido", tal como realmente fue verificado momentos después. El cadáver había sido localizado en la carretera que de Cúcuta conduce a Puerto Santander, en un sitio distante a 2 kilómetros de donde Venegas García la noche del 10 hizo detener el vehículo, con el pretexto de interrogar a Ceballos Lara.

2o.- El caso fue asumido por el Juzgado 8o. de Instrucción Criminal Ambulante de Cúcuta, que luego de practicar varias pruebas, indagó a los suboficiales Venegas y Aya, dictando en su contra auto de detención (fls. 174 y 297-1), procediendo posteriormente a cerrar la investigación y a calificarla por auto de noviembre 14 de 1989 (fls. 399 y ss.), con resolución acusatoria para los dos sindicados, como coautores de homicidio agravado, al tenor de los artículos 323 y 324-7 del Código Penal.

En el proceso disciplinario respectivo, los susodichos suboficiales fueron separados de modo absoluto de la Policía Nacional (Fls. 446 y ss).

Ya el expediente en el Juzgado 1o. Superior de Cúcuta, se rituó la causa normalmente, dictándose sentencia en abril 17 de 1991 (fls. 798 y ss.-2), mediante la cual, en armonía con la acusación, fueron condenados los procesados, cada uno, a la pena principal de 18 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y al pago de los perjuicios.

Apelado el fallo, el Tribunal, mediante el suyo que recurrieron en casación el defensor de Venegas, éste y Aya Vergel, le impartió confirmación (fls. 59 y ss.-3).

Las demandas

Los apoderados de los acusados coinciden en invocar la causal de nulidad (art. 226-3 C. P. P.), bajo la afirmación de que la justicia ordinaria carecía de competencia para juzgar y fallar este asunto, pues dicha competencia radicaba en la justicia penal militar, de conformidad con los artículos 18 del Decreto 2137 de 1987 (Estatuto Reorgánico de la Policía Nacional), 14 y 291 del Código Penal Militar.

"Del proceso se deduce sin ningún esfuerzo -dice el demandante a nombre de Aya Vergel- que los procesados Darío Aya Vergel y Parmenio Venegas García eran suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo con el grado de Cabos Segundos para el 10 de mayo de 1989 y que estaban de servicio para el preciso momento en que el ahora occiso José Alfredo Ceballos Lara fue retenido, que el servicio que prestaban fue ordenado legalmente, que usaban uniforme y armamento de dotación oficial de la Policía Nacional, que se desplazaban en vehículo oficial de la misma institución y que comandaban un piquete de por lo menos siete agentes perfectamente identificados durante la etapa sumarial" (fls. 20 y 21 cdno. Corte).

De su lado, el defensor de Venegas García, argumenta en el mismo sentido:

"Demostrado está que la aprehensión de Ceballos Lara fue producto de una actividad policial y que una vez subido al vehículo se utilizó presuntamente esa ocasión del servicio, se usó un vehículo oficial, se utilizó un arma de dotación oficial, etc., para consumar el hecho, por uniformados de la Policía Nacional" (fl.28 id.).

Piden, pues, que se case el fallo y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto que clausuró la investigación.

CONCEPTO DE LA DELEGADA Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1o.- El Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice en primer término que desde hace considerable tiempo la jurisprudencia, en obedecimiento al artículo 170 de la entonces vigente Constitucional Nacional de (1986), reiteró que la justicia penal militar únicamente puede conocer de los delitos cometidos por militares y policías, cuando aquellos estén relacionados con el servicio, "pues de otra manera, la competencia de juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria en tanto que el servidor público actúa, entonces, como un particular, sometido a su propia voluntad y no regido por los principios de subordinación jerárquica, de severa disciplina militar y de actuación solamente dentro de los límites que fijen las funciones" (fl. 37); cosa que debe repetirse ya de cara al artículo 221 de la nueva Carta.

En el caso presente estima la Delegada que los suboficiales actuaron en cumplimiento de "un plan preconcebido y particular que decidieron ejecutar aprovechando su condición de suboficiales.... Nótese cómo una vez que Ceballos se hallaba en poder de los suboficiales, éstos liberaron a los demás retenidos, condujeron a su víctima hasta un sitio despoblado en donde descendieron del vehículo los dos procesados y el finado y allí, *sin estar en cumplimiento de labor policial alguna* y antes bien, traicionando sus deberes oficiales, le dieron muerte, en acto que es propio del homicida, no del funcionario público que debe velar por la vida de sus conciudadanos" (subraya fuera de texto).

Enfatiza, así, que se trata "de un delito común", pues su misión era la de patrullar en el barrio "La Niña Ceci", y no capturar a Ceballos Lara, "menos aún asesinarlo", y pide entonces que no se case el fallo: "La claridad de la situación, para esta oficina, resulta inobjetable. La jurisdicción ordinaria es la competente para el juzgamiento. Adentrarse en más razonamientos, sobra" dice la Delegada.

2o.- Desde luego que el Ministerio Público tiene razón. Es más: a la Corte le resulta igualmente claro que ambas demandas de casación dejan sin sustentar el cargo de nulidad. Es que de modo alguno basta afirmar que la justicia penal militar es la competente porque los procesados estaban de servicio cuando cometieron el hecho homicida: una aseveración de ese linaje no prueba, pero ni siquiera enuncia *la relación* que, para el fuero que los actores piden, se exige entre el servicio y el hecho concreto objeto de reproche. Con la "tesis" de los casacionistas, en el evento de que aquí los acusados se hubieran dedicado a hurtar, violar, etc., les sería así mismo aplicable el fuero, cosa que, repítese, no cabe admitir, pues en esos casos, como en el que es objeto de este asunto, la "relación" exigida no se da.

En efecto, la orden o misión que tenía la patrulla policial comandada por Venegas García, era la de "hacer presencia" en el barrio 'La Niña Ceci'. Los

procesados (Aya Vergel era el "segundo" o "reemplazante" en el mando) *se desviaron* (ahí ya desaparece o, mejor, no nace, el vínculo con el servicio) *del derrotero asignado por sus superiores*, y se dedicaron a hacer "una recogida", con el visible propósito de que en ella cayera Ceballos Lara, a quien desde hacía aproximadamente 8 días venían persiguiendo para "vengarse" (Venegas García, en concreto), por sentirse "burlados" -según palabras concretas de la Delegada- con motivo de los hechos que esa semana anterior, y en el mismo sitio, habían ocurrido.

Puede entonces, en esos concretos y *no discutidos* supuestos fácticos, aducirse que matar en tales condiciones sea una conducta relacionada con el servicio (Concreto, específico)? Obviamente que no, pues la aprehensión y posterior muerte del mencionado ciudadano se exhibe *exclusivamente* como el logrado propósito de satisfacer un deseo homicida, por supuesto que netamente "privado", sin nexo alguno con el servicio o función oficial o pública, caso en el cual, como se viene afirmando, la justicia castrense deviene enteramente ajena, como lo tiene dicho de manera insistente la jurisprudencia. Por ejemplo, en auto de marzo 13 de 1989 dijo la Corte:

"...no puede entenderse como un acto propio del servicio el homicidio que miembros de la Policía Nacional realicen sobre particulares, si el hecho no ha sido cometido en una específica situación que lo vincule al cumplimiento de las obligaciones legales, como sería el caso de una incursión armada en un inmueble para rescatar a quien ha sido víctima de un delito, o de un enfrentamiento entre policías y particulares que pretenden huir con el producto de un botín hurtado anteriormente, o de múltiples situaciones similares que pueden efectivamente presentarse".

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada. En firme devuélvase a la oficina de origen.

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 I. Cortés Garnica
Secretario

FAVORABILIDAD

La aplicación al acusado de la ley favorable, es un principio supralegal, una garantía constitucional, uno de los derechos supremos reconocidos al hombre frente al poder del Estado.

Cuando exista trámsito de legislaciones, la nueva ley rige para el futuro quedando prohibida su aplicación ultraactiva. Sin embargo, si la nueva legislación es más favorable para los intereses del acusado que la anterior, aquel tiene derecho a que de manera ultraactiva se le beneficie con la aplicación de la nueva ley.

En el juicio lógico y jurídico que debe realizar el Juez para efectuar el proceso de adecuación típica, ningún efecto puede tener el principio de favorabilidad, por tratarse únicamente de una labor de selección de la norma del Código Penal aplicable al caso y no del trámsito de sucesión de leyes, donde sí impera la favorabilidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de casación Penal

Casación No. 6753

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 146 - Dic. 14/92.

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

VISTOS

Se ha interpuesto el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, de fecha agosto nueve de 1991, por medio de la cual se confirmó en su integridad la proferida por el Juzgado 32 Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al Dr. Gilberto Alonso Legarda Villacorte, a la pena principal de un año (1) año de prisión y a las accesorias pertinentes, como responsable del delito de Fraude Procesal.

Agotado el trámite propio del recurso, la Corte resuelve lo que fuere pertinente.-

HECHOS

El acusado Dr. Gilberto Legarda, inició proceso de ejecución contra la señora Teresa Hoyos de Neira, obligada por sentencia judicial a pagar la cantidad de $ 2.342.828 como culminación de un juicio de rendición de cuentas.

Para obtener el embargo y retención de unos bienes, el acusado Legarda denunció bajo la gravedad del juramento como de propiedad de la ejecutada, y a sabiendas de que no le pertenecían, unos dineros que dicha señora recibía por pago de los arrendamientos de los inmuebles que administraba, logrando que el Juez profiriera la medida precautelar.

Consideó el Tribunal que al certificar bajo juramento una inexactitud, había realizado el acusado maniobras engañosas para inducir en error al juez civil con el propósito de obtener un beneficio económico, con lo cual había incurrido en el delito de Fraude Procesal.-

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Sostiene el casacionista que la sentencia del Tribunal vulnera por vía directa la ley sustancial por aplicación indebida del art. 182 del C.P. a un hecho que no se subsume dentro de la precitada norma, ubicando su inconformidad dentro de la causal primera de casación.-

Al fundamentar el cargo, el censor sostiene que no se ofrecen en el comportamiento del acusado los elementos que integran el tipo penal de Fraude Procesal y que el Dr. Legarda, al afirmar bajo la gravedad del juramento sobre la pertenencia de los bienes incurrió tan sólo en el delito descrito en el art. 172 del C. P. denominado Falso Testimonio.-

En el curso de su alegación, sostiene el demandante y dentro de la misma causal, que se desconoció en el proceso el principio de favorabilidad al dejarse de

aplicar el art. 172 del C. P. que consagra un tipo penal más favorable para los intereses del acusado, que el delito de fraude procesal por el cual fue condenado, circunstancia que quebranta el art. 29 de la Carta y acarrea la nulidad de toda la actuación.-

Solicita en consecuencia a la Corte casar la sentencia y que como consecuencia se decrete la nulidad respectiva.-

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La autitécnica redacción de la demanda lleva al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal a solicitar a la Corte su desetimación y rechazo.-

Considera la Delegada, que si bien el casacionista alude en su cargo a la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del art. 182 del C. P. y la consiguiente falta de aplicación del art. 172 ibídem, en la sustentación, "intempestivamente desvía la censura para incursionar por los senderos de causal diferente..." al alegar la nulidad del proceso por desconocimiento del principio de favorabilidad, mostrándose así no sólo inseguro y vacilante, al formular dentro de una misma causal y no en forma subsidiaria ni por separado, cargos totalmente incompatibles entre sí.-

Ese modo de sellar abrupta e insospechadamente el desarrollo del cuestionamiento al amparo de la causal primera, cuerpo primero -agrega la Procuraduría- cancelando de improviso la tesis originalmente planteada para enseguida enarbolar una nueva dentro del mismo cargo, contraviene flagrantemente el principio de delimitación que rige la casación, según el cual, el actor está en el deber jurídico de indicarle al juez de casación de manera clara y precisa la materia por la que ha de discurrir en su tarea revisora de la legalidad de la sentencia.-

Recuerda, que si bien el art. 225 del C. de P. P. permite la formulación de "cargos excluyentes", estos debe plantearse separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria.-

Finalmente, expresa la Delegada, que ni aún asumiendo oficiosamente la Corte la nulidad que al amparo del art. 29 de la Carta plantea el acusado, la pretensión del impugnante puede progresar, porque el principio de favorabilidad "...tiene operancia exclusivamente en el evento de tránsito de legislación, es decir, cuando la norma anterior es más benigna que la nueva, (retroactividad de la ley). Aquí no ocurre este fenómeno. Por consiguiente, dable es predicar que no se conculcó su principio...".-

De ahí que concluye la Fiscalía su meritorio y jurídico concepto sugiriendo a la Corte no casar la sentencia impugnada.-

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como lo considera el Ministerio Público, la demanda no ofrece factores de atendibilidad dentro de un justo concepto de lo que es la técnica de casación.-

El art. 224 del C. de P. P. de 1971, prohibía al recurrente plantear en su libelo cargos incompatibles entre sí.-

Si bien el art. 225 del actual C. de P. P., permite formular cargos excluyentes, ello sólo es posible si se plantean separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria.-

El actor en su libelo quebranta lo preceptuado en las normas anteriormente citadas, pues en un solo cargo alega la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del art. 182 del C. P. lo cual presupone la validez del proceso y el pronunciamiento de una sentencia de sustitución en el supuesto de prosperar la censura, pero al fundamentar el cargo, pronto desvía hacia la causal de nulidad por quebrantamiento del principio de favorabilidad, hasta el punto de que el cargo aducido al amparo de la causal primera, concluye con una petición para que se invalide todo lo actuado. Hay entonces un quebrantamiento evidente del esquema lógico que el cargo debe exhibir, hasta el punto de que impide su consideración por la Corte, pues no puede la Corporación a su arbitrio y sin quebrantar los principios que rigen la casación escoger y decidir una cualquiera de las posiciones contradictorias y opuestas que presenta la censura dentro del mismo y único cargo.-

Sin embargo, como de lo alegado se deduce la posible existencia de una causal de nulidad por desconocimiento del principio de favorabilidad, de ese aspecto se ocupará oficiosamente la Corte, por disponerlo así el art. 228 del C. de P. P.-

De acuerdo al art. 29 de la Constitución Nacional, la ley permisiva o favorable aún cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.-

Como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, la aplicación al acusado de la ley favorable, es un principio supralegal, una garantía constitucional, uno de los derechos supremos reconocidos al hombre frente al poder del Estado "...es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legal, cualquiera que sea la naturaleza de esta...".-

De acuerdo a este principio, cuando exista tránsito de legislaciones, la nueva ley rige para el futuro quedando prohibida su aplicación ultraactiva. Sin embargo, si la nueva legislación es más favorable para los intereses del acusado que la anterior, aquel tiene derecho a que de manera ultraactiva se le beneficie con la aplicación de la nueva ley.

Pero no es ese el caso que plantea el recurrente. Este no alega que en un tránsito de legislaciones se hubiese omitido la aplicación de la ley más favorable a los intereses del acusado. Se limita a expresar que la norma que dentro del C. Penal sanciona el delito de falso testimonio es más benigna que la que reprime el Fraude Procesal y que por tanto, el Tribunal estaba en el deber de ubicar el comportamiento de Gilberto Alonso Legarda dentro del precepto más favorable y que el no hacerlo quebrantó la garantía establecida en la Constitución.-

Es del todo equivocada y contraria al derecho la argumentación del recurrente y el concepto que tiene del principio de favorabilidad.-

Debe recordarse, que el Juez al efectuar el proceso de adecuación típica, debe examinar el comportamiento imputado al procesado, sus peculiaridades y características y subsumirlo dentro del tipo penal que corresponde teniendo en cuenta los elementos descriptivos, subjetivos y normativos que lo especifican y diferencian.-

En el caso que se examina, el Tribunal consideró que en el comportamiento del acusado no existía un concurso heterogéneo de hechos punibles (falso testimonio y fraude procesal) sino que aquel se adecuaba únicamente al tipo de Fraude Procesal, porque el acusado con el propósito de engañar, había faltado a la verdad en su certificación jurada, induciendo en error al juzgador y obteniendo el pronunciamiento de una decisión contraria a la ley y por este hecho punible formuló el pliego de cargos y profirió la sentencia de condena.

Y en el juicio lógico y jurídico que debía realizar el juez para efectuar el proceso de adecuación típica, ningún efecto podía tener el principio de favorabilidad, por tratarse únicamente de una labor de selección de la norma del Código Penal aplicable al caso y no del tránsito o sucesión de leyes, donde sí impera la garantía que se ha venido comentando.

En estas condiciones, no existe en el hecho examinado quebranto alguno a las normas que regulan el debido proceso ni aquellas que tutelan las garantías y derechos del acusado, y de ahí que la nulidad que se pregona sea a todas luces inexistente.-

No prospera el cargo.

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 Gilberto Alonso Legarda, de fecha, origen y naturaleza ampliamente conocidos a través de esta providencia .

Notifíquese, cúmplase 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 Correa Garnica
Secretario

DEMANDA DE CASACION \ PARTE CIVIL \ VIOLACION DIRECTA \ VIOLACION INDIRECTA

Cuando se plantea la causal de la violación directa de la ley sustancial, debem aceptarse los hechos tal como aparecem probados y en tales circunstancias no pueden hacerse reproches probatorios de ninguna naturaleza porque si ese es el camino argumentativo escogido es claro que el ataque al fallo debe realizarse por la vía de la violación indirecta.

"La parte civil justifica su presencia como parte en el proceso penal únicamente a través de su pretensión resarcitoria y garantizada ésta, cesa su interés procesal para cualquier actividad que estuviere dirigida a fines diversos de aquellos".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 7093

Procesado: Gustavo Cortés Ricaurte

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 146

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

VISTOS

Por sentencia del 26 de agosto de 1991 el Juzgado 17 Superior de Bogotá condenó a Gustavo Cortés Ricaurte a la pena principal de 10 años de prisión como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Pedro Angel Novoa Bobadilla.

Por decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 31 de octubre de 1991 se disminuyó la pena impuesta a 26 meses, 20 días de prisión, por cuanto en favor del procesado se reconoció la atenuante de la ira y la rebaja por confesión; al mismo tiempo se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

La parte civil interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido y posteriormente admitido por la Corporación.

Presentada la demanda, se declaró ajustada a las exigencias legales y se escuchó al Procurador Delegado quien solicitó no casar el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos

Tuvieron ocurrencia el 23 de marzo de 1990, cuando los hermanos Aristóbulo y Pedro Angel Novoa Bobadilla, luego de haber traído a la ciudad de Bogotá un viaje de madera, regresaron a La Calera, vereda El Hato, donde tenían su domicilio y en la cantina de Blanca de Murillo se tomaron unas cervezas en compañía de Gustavo Cortés Ricaurte, con quien posteriormente se fueron a tomar otras cervezas en la tienda de uno de los hermanos Novoa Bobadilla. Entre las 10 y 11 de la noche resolvieron seguir su camino, quedando en su casa Aristóbulo, mientras que su hermano Pedro Angel y Cortés siguieron hacia una cabaña cercana que estaba cuidando el segundo de los nombrados. Unos pocos minutos después llegó Pedro Angel herido e informando que las lesiones se las había ocasionado Cortés, falleciendo al día siguiente como consecuencia de las mismas.

Actuación procesal

Se abrió proceso penal el 24 de marzo de 1990 y por auto del 16 de abril siguiente se aceptó la constitución de parte civil.

El 27 del citado mes fue indagado Cortés Ricaurte y mediante proveído del 4 de mayo de 1990 se decretó su detención preventiva.

La investigación se cerró el 12 de julio de 1990 y el 13 de agosto se formuló resolución de acusación por el delito de homicidio simple.

Realizada la diligencia de audiencia pública el 15 de agosto de 1991, se dictó sentencia de primera instancia el 26 de agosto y de segunda el 31 de octubre de 1991.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El representante de la parte civil, al amparo de la causal primera, cuerpo primero plantea la presunta existencia de una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 301 del C. de P. P. y 60 y 68 del C. P. "por cuanto la confesión del enjuiciado Gustavo Cortés Ricaurte no reúne los requisitos de ley para que se le favorezca con la disminuente de la disposición primeramente citada; ni obró en estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento grave, ajeno e injusto para que se le favoreciera con la atenuante de responsabilidad y penalidad del artículo 60 del C. P., siendo, por consiguiente, inaplicable también el artículo 68 del mismo Código, por corresponderle una pena superior a tres años y sin derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional ahí consagrado".

Con base en jurisprudencias de esta Corporación, dice que con la confesión, el sindicado no trató de llevar claridad a la investigación y que por el contrario pretendió fue entrabarla, con artificios y mentiras de toda índole.

Sostiene el recurrente que es falso lo expresado por el sindicado en el sentido de que el occiso lo habría amenazado con un cuchillo para que lo poseyera sexualmente, por la situación de inferioridad en que quedaría en el momento de la realización del acto sexual.

Que es igualmente falso que se haya tratado de un cuchillo porque en la carta dejada al padre habla de una navaja; de la misma manera tilda de mentirosas las afirmaciones de que se le hubiese roto la ruana y sobre la falta de botones en la bragueta, que fueron tenidas en cuenta en la segunda instancia para descartar la legítima defensa planteada por el apoderado del implicado.

También califica como falaces las manifestaciones del procesado, en el sentido de que el occiso había intentado robarle el equipo de sonido mientras salía a comprar una botella de aguardiente para su patrón, pero que a pesar de tal conducta no había reaccionado violentamente , sino que por el contrario lo había invitado a comer huevos fritos..

Así mismo aduce que la afirmación sobre la homosexualidad del occiso está desmentida con los testimonios de Juan Francisco Ricaurte, Luis Rivera Pineda, Joselín Cabra, José Manuel Copete, José Moisés Rivera, Marco Fernando Copete y Pedro Ricardo Clavijo, los cuales dieron motivo al Tribunal cuando confirmó la resolución de acusación para aseverar que el calificativo de la homosexualidad no tenía otra finalidad que atenuar sin éxito el comportamiento delictual. Y que si a lo anterior se agrega el haber querido comprar el silencio del padre del occiso, no ve cómo la confesión del procesado no pueda tenerse como destinada a confundir, entrabar y engañar a la justicia.

De lo anterior concluye que "la noción de primera versión no puede entenderse tan automáticamente, si es que no sirve para los propósitos indicados en las jurisprudencias transcritas, pues de lo contrario habría que aceptar la que se rinde el día de la audiencia, según ejemplo anterior". Y en relación con el segundo requisito sostiene que es evidente que la confesión no fue el único fundamento de la sentencia, porque de haberlo sido, hubiera sido absuelto al plantear una legítima defensa.

Descarta que el occiso hubiera amenazado al inculpado con un cuchillo y cita un aparte del Tribunal donde se rechaza esta versión, y agrega que además existen otras evidencias no mencionadas en el fallo que hubieran servido para fundamentar la condena, porque la víctima no murió inmediatamente y alcanzó a informar a su familia quién lo había herido; que el hermano del occiso fue testigo de que se habían ido juntos y que el posterior regreso del herido fue apenas media hora después; que el sentenciado le había ofrecido dinero al padre del occiso para pagarle la muerte y que solo se había presentado 35 días más tarde.

Por ello concluye que cuando el procesado "se presentó al Juzgado a hacer su confesión acomodaticia, ya se sabía inequívocamente que había sido él quién había acuchillado ferozmente a la víctima, imperioso es aceptar que su confesión poca relevancia podía tener para orientar oportunamente la investigación. Sin su confesión ya se conocía suficientemente su responsabilidad".

De lo anterior y con el auxilio de jurisprudencia de la Corporación, concluye que no se dieron los requisitos para conceder la rebaja del artículo 301 del C. de P. P. presentándose la violación directa de la ley por aplicación indebida.

En relación con el reconocimiento de la atenuante de la ira, de igual manera afirma el recurrente que se incurrió por el Tribunal en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida.

Luego de hacer un análisis de la figura concluye que en el caso de Cortés no se daban los requisitos exigidos en la norma, porque no hay elementos que hagan deducir la existencia de la alteración emocional y ni siquiera se da la grave injusticia, porque el solo hecho de conocer las debilidades que le atribuye a la víctima lo debían de tener prevenido par recibir este tipo de requerimientos sexuales.

Al censor le parece inexplicable que Cortés Ricaurte no se hubiera enojado cuando Pedro Angel intentó robar el equipo de sonido; y si realmente se llegó a enojar por la proposición que éste le hiciera ha debido tener una rabieta común y corriente.

Luego sostiene que lo único cierto es que "por ninguna parte del proceso dice, el procesado, que lo hubiese matado por comportamiento grave e injusto de Novoa Bobadilla. Ni siquiera el defensor se atrevió a insinuarla".

Después de citar fallos de la Corporación concluye que no se da la ira y de allí la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida.

En relación con la condena de ejecución condicional, dice igualmente que se concretó un quebranto directo a la ley sustancial, porque al no resultar aplicables la disminuente de la ira ni la rebaja por confesión , es obvio que por la cantidad de la pena, era igualmente inaplicable la norma sobre el subrogado penal.

Cita una doctrina de la Sala para precisar cuáles son las finalidades de la parte civil, para terminar solicitando que se case parcialmente el fallo y se dicte la sentencia de reemplazo.

LOS ARGUMENTOS DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Solicita no se case el fallo impugnado con base en las siguientes reflexiones:

"El planteamiento hecho por el demandante no tiene claridad conceptual, sobre las funciones de la parte civil, que debe encaminar su ataque tendiente a obtener la indemnización de los perjuicios que se hubiesen ocasionado con el delito a los directamente perjudicados que hayan sido reconocidos como parte civil, y en ningún momento a tratar de hacer más gravosa la situación del procesado buscando que se le aumente el quantum punitivo o se le revoque un beneficio excarcelatorio al que se hubiese hecho acreedor en concepto del juzgador.

"En el caso en estudio el apoderado de la parte civil, no tiene interés jurídico para recurrir en Casación toda vez que el procesado fue declarado penalmente responsable y como consecuencia de esto se le condenó a pagar la suma de ciento cuarenta mil pesos por concepto de daño emergente, lo equivalente a setecientos (700) gramos oro por lucro cesante y trescientos (300) gramos oro por concepto de perjuicios morales; así las cosas, el derecho que defendía el apoderado de la parte civil y los intereses del mismo se hacen efectivos con la sentencia condenatoria, razón por la cual no puede demandar acudiendo a intereses vengativos, cuando los verdaderos intereses indemnizatorios ya fueron satisfechos con la sentencia proferida por el Tribunal, y sobre este tema nada discute la impugnación.

"Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diferentes oportunidades haciendo claridad sobre el tema en estudio.

"Así en providencia de junio 25 de 1980 con ponencia del doctor Servio Tulio Pinzón Durán nuestra máxima corporación judicial expresó:

"'Debe la Corte referirse en primer término a la falta de Derecho de la parte civil para impugnar en este caso la sentencia absolutoria, por el camino del recurso extraordinario de Casación.

"'El interés jurídico de la parte civil está marcadamente dirigido a obtener la indemnización de los daños y perjuicios causados con el delito. Por lo tanto, para que la parte civil pueda recurrir en casación, es indispensable que la sentencia contenga un desconocimiento o una disminución de ese derecho, siendo entendido que la titularidad, para impugnar por esta vía la sentencia del Tribunal, no es solamente genérica, en cuanto la autoriza la ley, sino que debe ser también específica, en cuanto por virtud del perjuicio recibido con ella, surge el interés directo en combatirla.

"'Sabido es que el delito puede originar acción civil, la cual puede ejercerse dentro del proceso penal por la persona perjudicada o por sus herederos, mediante la constitución de parte civil. Cuando esto ocurre, la parte civil necesariamente está interesada en la sentencia que finalice el proceso, ya que de ella depende que en ese proceso, dentro del cual, ha venido interviniendo, se le indemnice de los perjuicios causados con la infracción, pues, por lo demás, el esclarecimiento de estos es uno de los objetivos de la investigación, según lo indican los artículos 319, 334 del código de procedimiento penal'.

"'En el mismo sentido se pronunció la Corporación con ponencia del doctor Lisandro Martínez Zúñiga en Casación de fecha mayo 25 de 1988 en la que se dijo:

"'II. La demanda de parte civil. Comparte la Sala los planteamientos del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, cuando solicita se rechacen los cargos del apoderado de la parte civil, quien impetra se aumente la pena y se revoque la condena de ejecución condicional.

"'El mismo recurrente transcribió las jurisprudencias de esta Corporación que consignan las razones por las cuales se rechaza esta intervención de la parte civil por carecer de interés jurídico para recurrir.

"'En una de tales ocasiones dijo esta Corporación:

"'«...Si la parte civil recurriera de un fallo condenatorio meramente para buscar una agravación de las acciones penales, tendríamos que, a pretexto de defender la ley y no obstante que la condenación al pago de perjuicios, en abstracto o en concreto, se haya verificado, se habría desviado la casación no solo de su fin primordial -en defensa de la ley- sino del secundario que es el objetivo de la acción civil: El resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal... se estaría buscando una venganza privada y resucitando la famosa acusación particular»...'. (Casación noviembre 17 de 1966 G.J. Tomo CXVIII, bis numeral 2283 bis, pp. 82-83).

"De manera que puede concluirse, en esencia, que como no disputa la demanda sobre la indemnización de perjuicios y se ocupa de denegar una reducción de punibilidad por razón de la confesión, ello no cabe en el marco del interés de la parte civil que como se vio quedó satisfecho con la indemnización de perjuicios decretada por el sentenciador.

"Ahora bien, si es válido demandar por la parte civil respecto de la aplicación del estado de ira (a.68 C.P), como que este permite reducir la indemnización correspondiente al tenor del artículo 2357 del código civil que preceptúa: 'La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente'. De manera que sí cabe afirmar el interés cuando se discute un problemas de ira e intenso dolor, que según las reglas de la responsabilidad extracontractual pueden dar lugar a la reducción de la indemnización de acuerdo con lo transcrito inmediatamente antes. Pero, en este caso concreto, tampoco es factible siquiera ello, como que la parte civil se ocupa de buscar que las diminuentes de pena no se apliquen en su sentido material de restricción de la libertad personal, pero no en cuanto a la eventual e hipotética posibilidad de reducción de la indemnización, por la simple razón de que el sentenciador de segunda instancia confirmó el fallo de la primera en el cual se había tasado la punibilidad y la indemnización del delito de homicidio sin atenuación ninguna, y con ello dejó sin apoyo alguno la pretensión de la demanda civil. En efecto, antes bien parecería que la parte civil salió generosamente tratada en el caso, como que el estado de ira concedido en la alzada ha debido influir en la indemnización de perjuicios reduciendo estos en la forma que prevé el artículo 2357 del código civil que se señaló antes. Eso mueve a decir que carece igualmente de interés el impugnante de la parte civil, como que no disputa sobre la indemnización de modo directo ni indirecto, y antes resulta discutible si la indemnización confirmada por el ad quem ha debido ser sometida a disminución según lo visto".

Consideraciones de la Sala

De manera uniforme y reiterada ha sostenido esta Corporación, que cuando se plantea la causal de violación directa de la ley sustancial, deben aceptarse los hechos tal como aparecen probados y en tales circunstancias no pueden hacerse reproches probatorios de ninguna naturaleza, porque si ese es el camino argumentativo escogido es claro que el ataque al fallo debe realizarse por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial.

Pero el censor olvida esta repetida directriz indicada por la Corporación con el ánimo de que se respeten integralmente los principios que gobiernan el recurso extraordinario y ese desconocimiento técnico de la casación se evidencia en las extensas argumentaciones realizadas para demostrar las mentiras afirmadas por el procesado, para reclamar como consecuencia de ello que no se le ha debido hacer el reconocimiento de la rebaja punitiva por confesión.

Dentro de la misma línea de pensamiento equivocado cita numerosos testigos según los cuales queda desmentida la versión del procesado respecto a la homosexualidad del occiso. Y más adelante en la misma dirección, afirma la existencia de una serie de evidencias no tocadas por el Juzgador de segunda instancia, con los que se demostraría suficientemente que el autor del hecho ilícito fue el procesado,

sin que hubiera sido necesario que confesara, para efectos de que se hubiera podido producir una sentencia condenatoria.

Es evidente entonces la falencia técnica que se observa en la demanda.

Pero las fallas del libelo no se quedan solamente en lo hasta ahora destacado, porque como muy bien lo sostiene el Procurador Delegado, no tiene el censor una claridad conceptual en relación con las finalidades y limitaciones de la parte civil dentro del proceso penal, porque del contexto de la demanda no se observa que su propósito fuera buscar una más abultada suma indemnizatoria, sino que su interés predominante es lograr que se le revoquen las rebajas punitivas concedidas y los beneficios excarcelatorios de que goza el procesado en el momento.

En relación con este punto debe recordarse que la resolución de acusación imputó el delito de homicidio simple y sobre tal calificación fue que el perito hizo el avaluó de los perjuicios, sin que el representante de la parte civil demostrara su inconformidad con la cifra estipulada por el mismo.

Fue el fiscal quien solicitó una aclaración de por qué el perito no había avaluado el lucro cesante, solicitud que este atendió dando las razones de tal proceder y para mantener dicho criterio, sin que el representante de la parte civil hiciera ninguna demostración de protesta por una situación que lo afecta de manera directa en las reivindicaciones buscadas.

A pesar de que el Tribunal reconoció la atenuante de la ira, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil, hubiera podido generar una rebaja en la suma indemnizatoria aceptada en primera instancia, dejó intacta la cantidad señalada por el juez de instancia, favoreciendo enormemente las pretensiones resarcitorias de la parte civil.

De lo anterior se ha de concluir que al reconocerse la ira en segunda instancia no se afectaron los intereses indemnizatorios de la parte civil y por tanto no tenía interés para recurrir en casación, protestando por la concesión de la atenuante, como si hubiera resultado procedente en circunstancias diversas, según lo ha admitido la Corte.

En situación similar la Sala sostuvo en sentencia de casación del 5 de junio de 1991, con ponencia de quien aquí actúa en la misma condición:

"Tal como lo pregona el agente del Ministerio Público, razón le asiste a la impugnante en cuanto solicita se case la sentencia, por haber carecido el apoderado de la parte civil de interés para recurrir la sentencia condenatoria de primera instancia, pues con ella se garantizaban plenamente sus pretensiones resarcitorias.

"Considera la impugnante que al haberse proferido resolución de acusación por el delito de homicidio simple y realizado el avalúo de los perjuicios conforme

a la misma, sin que la cuantía de los mismos se hubiese modificado por el hecho de haberle reconocido en la sentencia de primer grado la atenuante de la ira, porque si bien desde el punto de vista punitivo se le hizo la disminución correspondiente, la condenación en perjuicios no fue tocada, es decir que se respetó la suma de perjuicios que el perito había tomado en consideración, teniendo en cuenta el homicidio simple.

"De la revisión del proceso se evidencia que la resolución de acusación formulada por auto del seis de enero de mil novecientos ochenta y nueve lo fue por el delito de homicidio simple y que conforme al mismo el perito designado avalúo los perjuicios materiales en la suma de $ 2.190.469.45 y los morales en 50 gramos oro. En la sentencia del cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, a pesar de haberse reconocido la atenuante de la ira, los perjuicios materiales fueron conforme al dictamen pericial, es decir en $ 2.190.469.45, y los morales por el contrario se acrecentaron por encima del peritazgo señalándolos finalmente en la cantidad de 200 gramos oro. Es importante destacar cómo el memorial de sustentación del recurso de apelación interpuesto por la parte civil no cuestiona la suma de los perjuicios sino que se limita a protestar por el reconocimiento de la ira.

"(....)

"Luego hace cita jurisprudencial para respaldar su afirmación y solo en la parte final aparece agregado a mano donde dice: 'por lo mismo quedó inconforme con la indemnización reconocida', y tal frase no puede tampoco entenderse como sustentación del recurso en este aspecto, pues era imperioso que hubiera expresado las razones de la inconformidad respecto a la cifra tasada en perjuicios.

"En la segunda instancia por sentencia del quince de marzo de mil novecientos noventa, se niega la existencia de la atenuante y se hacen los aumentos punitivos correspondientes (de 40 meses pasa a 120), pero en cuanto a los perjuicios, se confirma la decisión de primera instancia.

"(....)

"Precisados los aspectos anteriores y teniendo en cuenta que, de acuerdo con la normatividad procesal, se trata de una sentencia que no tenía el grado jurisdiccional de la consulta, se ha de concluir que ésta solo fue conocida en segunda instancia en virtud de la apelación interpuesta y sustentada por el apoderado de la parte civil y es entonces básico determinar si como lo pretende la impugnación extraordinaria sí existía ese interés para recurrir.

"Considera la Sala que dicho interés no existía, porque como se ha sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corporación, la parte civil justifica su presencia como parte en el proceso penal únicamente a través de su pretensión

resarcitoria y garantizada ésta, cesa su interés procesal para cualquier actividad que estuviere dirigida a fines diversos de aquellos.

"Es cierto conforme se acepta en la sentencia impugnada, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil el reconocimiento de la ira implica modificaciones en cuanto al monto de los perjuicios, pues la norma citada con anterioridad dispone que 'la apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente', pero es claro que esta norma no sería aplicable al caso concreto que se juzga, porque como ya se precisó el avalúo de los perjuicios se hizo conforme al llamamiento a juicio, esto es, por homicidio simplemente voluntario y a pesar de que en la sentencia se reconoció el fenómeno de la ira, equivocadamente en nuestro concepto no se hizo la rebaja que correspondía hacer de acuerdo con la aceptación de tal atenuación y conforme a los caminos trazados por la norma civil.

"Por ello es que el Tribunal reconoce que no haya lugar a modificar la cuantía de los perjuicios, puesto que ésta se hizo con base en la calificación original y por tanto, a negar la existencia de la ira, no tenía por qué hacer aumento de ninguna naturaleza, puesto que al reconocerse en primera instancia, tampoco se había hecho disminución.

"No podía entonces el representante de la parte civil impugnar la condenación en perjuicios, porque el peritazgo que los determinó había quedado en firme, y porque no fueron modificados a pesar del reconocimiento de la ira. En tales condiciones y como lo demuestra la totalidad de la argumentación que realiza para sustentar el recurso, no protesta por la cuantía de los perjuicios, sino por el reconocimiento de la atenuación, es decir, que lo que buscá es una sanción punitiva mayor y no una cifra indemnizatoria más cuantiosa. Y este es el caso exacto en el que precisamente se limita a la actividad de la parte civil en el proceso penal, puesto que ha dicho con toda razón, que no es ni puede constituirse en un instrumento de venganza, y que como tal, no puede más que dirigir su acción a la obtención del restablecimiento del derecho, sin que pueda protestar por decisiones que al no afectar su pretensión resarcitoria, le quitan todo interés procesal para buscar modificación, como en el caso presente, para obtener una sanción de mayor entidad.

"Si el avalúo de los perjuicios se hizo con base en él llamamiento a juicio, éste es por homicidio simplemente voluntario, y la cuantía de los mismos no se modificó cuando se reconoció la atenuante de la ira, es natural que carecía de interés para recurrir y si se tiene en cuenta que se trataba de aquellas decisiones que no tienen consulta, debe entonces reconocerse que dicha providencia de primera instancia ha debido quedar ejecutoriada y es imperioso ahora para la Corte, decretar la nulidad pretendida tal como lo solicita la impugnante y corrobora el Agente del Ministerio Público".

(Extractos de jurisprudencia 6, págs. 556, 557, 558 y 559).

Más recientemente, en casación fallada el 9 de octubre de 1992, de la cual fue ponente el Magistrado Dídimo Páez Velandia, se afirmó:

"Ahora en lo relativo al problema de competencia para asumirla el Tribunal en torno a la decisión íntegra de la primera instancia pese a la limitación que por tratarse de recurso interpuesto por la parte civil impuso el Juez Superior, acierta el impugnante cuando sostiene que el Tribunal rebasó su competencia para conocer de toda la providencia con base en el artículo 538 del C. de P.P., pues siendo el recurrente la parte civil tenía el Tribunal el deber de limitarse al cuestionamiento de los perjuicios morales, ya que los materiales tasados pericialmente no merecieron reparo alguno por la parte recurrente, y la ley no le autorizaba discutir la pena.

"En efecto, el acusado había sido vocado a juicio en las dos instancias por homicidio doloso; los perjuicios materiales de la infracción fueron calculados por los peritos únicamente con base en el hecho de la muerte de la víctima en $ 24.774.429.00, y aunque la pericia también aludió a los perjuicios morales fijándolos en un mil gramos oro, el Juez Superior elevó los primeros, para 'redondear' la cifra a $ 24.800.000.00 y haciendo uso de la potestad del artículo 106 del C.P., fijó los morales en seiscientos (600) gramos oro, previa condena por homicidio pero con el reconocimiento del atenuante de la ira (art. 60 C.P.), vale decir, que no fue consecuente el juez al tasar los perjuicios con el reconocimiento de la diminuente, pues subió los materiales y la disminución de los morales lo fue por causa distinta según su motivación. En tales condiciones, no se afectaba el interés de la Parte Civil y por tanto, carecía de legitimidad para impugnar el reconocimiento de la diminuente.

"La Abogada de la parte civil -quien no solamente no objetó el peritaje- sino lo aceptó había presentado una relación de gastos ocasionados con motivo del proceso, que el Juez desestimó por considerar carentes de claridad las pruebas adjuntas además de no individualizar el reconocimiento de la indemnización de acuerdo al número de integrantes de esa parte dando así origen a una situación de descontento en ella, que consideró que a cada una de sus tres poderdantes -esposa, hija y madre del occiso- debía reconocérseles un mil gramos oro como indemnización por los perjuicios morales y a ella, quinientos (500) por ser hermana de la víctima.

"Al entender la profesional que 'no es igual la indemnización cuando el hecho punible es voluntario y simple que cuando existe algún atenuante', dio pauta al Tribunal para considerar erradamente: 'razón tenía entonces la señorita apoderado de la Parte Civil al impugnar el fallo de primer grado; pues de quedar en firme el reconocimiento del atenuante que ha sido objeto de análisis, obviamente habría sufrido desmedro la condena al pago de los perjuicios que reclama la acusación privada ya que, en ese evento, necesariamente estos habrían tenido que ser regulados conforme lo establece el artículo 2357 del Código Civil en armonía con el 60 del Estatuto Punitivo y lo define con claridad meridiana la jurisprudencia' (f.l.25 cd.1). Y para hacer uso de lo dispuesto en el artículo 538 del C.de P.P.,

extendió el estudio al fallo íntegro, es decir, a sus aspectos penal y civil, modificándolo en el sentido de suprimir el atenuante y condenar en la forma en que se había efectuado el vocatorio; en cuanto a la indemnización de perjuicios, atemperó los materiales a la suma que los peritos habían señalado y manteniendo los morales globales en seiscientos (600) gramos oro.

"Ciertamente, el planteamiento del Tribunal fue extralimitado por cuanto el Juzgado si bien reconoció la diminuente de la ira, mantuvo la condena en perjuicios que justipreciaron los peritos con base en el homicidio simple. Debiendo modificarlos -porque es verdad no es igual una indemnización cuando el hecho punible es simple que cuando media una diminuente que permite compartir la responsabilidad civil, en los términos del artículo 2357 C.C. -no lo hizo, dejando incólume la satisfacción patrimonial de dicha parte impugnante y, de contera, sin interés jurídico para cuestionar el reconocimiento de la diminuente.

"La nulidad parcial se da, entonces, por rebasamiento de la competencia del Tribunal. En efecto, se ha dicho -y así lo sostuvo la Corte anticipadamente para efectos de la libertad- que en cuanto a la pena privativa de la libertad la Parte Civil no puede solicitar su modificación, salvo que de ella dependa el reconocimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción.

"En otras palabras, si al reconocérsele al procesado la rebaja de pena por la presencia de la circunstancia atenuante del artículo 60 del Código Penal y los perjuicios hubiesen sido concretados proporcionalmente con la sanción privativa de la libertad, indudablemente que la Parte Civil tendría entonces, interés legítimo en obtener la modificación de la sentencia en cuanto a la pena, pues solo así obtendría el resarcimiento pleno del agravio ocasionado con la infracción. Pero como en este caso, los perjuicios fueron concretados por los peritos sin objeción alguna y reconocidos a plenitud por el Juzgado, resulta manifiesta la ausencia del interés para recurrir ese extremo del fallo de primera instancia, razón por lo cual, la competencia del Tribunal -se repite- estaba limitada al punto concreto sobre el cual se otorgó el recurso de apelación". (Subraya la Corte).

La protesta de la parte civil en relación con el reconocimiento de la rebaja por haber confesado el procesado, no está comprendida dentro de las muy especiales y limitadas funciones de esta parte procesal, porque la verdad es que el reconocimiento de tal rebaja no tiene afectación de ninguna naturaleza con respecto a sus pretensiones resarcitorias y en tales condiciones le está completamente vedado utilizar el recurso extraordinario de casación como un instrumento de venganza privada, que busca ante todo perseguir un castigo mayor para el procesado, antes que obtener un resultado económico superior que es en realidad lo único que justifica la existencia de la parte civil dentro del proceso penal.

Tampoco en este caso concreto el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional afecta los intereses resarcitorios de la parte civil

y por tanto está limitada para pretender su revocatoria, porque en la hipótesis de que pudiera accederse a tal demanda, ello no podría mejorar sus pretensiones indemnizatorias. En las condiciones anteriores el cargo debe ser rechazado.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, 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

DEMANDA DE CASACION \ CASACION DISCRECIONAL \ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

Dos aspectos esenciales cuando de atacar un fallo en casación se trata: a) El principio de seguridad de las sentencias judiciales extructurado sobre la presunción de certeza y de legalidad frente al cual el Juez de casación está impedido para controvertir, no dependiendo de error atacable en este recurso, las resultas del proceso, desconociendo así la facultad del Juez de instancia de valorar la prueba con la autonomía que dimana del principio de la sana crítica, y b) La lógica necesidad de atacar, frente a eventuales errores de apreciación probatoria, todo el acervo que sirvió de fundamento a la decisión adoptada por el Tribunal, pues si alguno de los elementos basilares de la misma permanecen en pie -en el supuesto de lograrse aniquilar los atacados-, el reproche es insuficiente y en consecuencia, intrascendente.

El recurso extraordinario parte del principio de no ser una tercera instancia, sino la excepcional oportunidad para la verificación de la legalidad de la decisión de segundo grado pero sujeta a las condiciones formales, esenciales y normativas de que el legislador la ha revestido en guarda de las garantías de todos los sujetos procesales y de la misma seguridad jurídica.

En la práctica la ejecución de una pena accesoria de interdicción puede rebasar el máximo de los treinta años permitidos por el Código para la pena de prisión, podría pensarse en la injus-

ticia de la preceptiva, más no es ello cierto, porque el Estado concibe esa consecuencia como una inhabilidad para desempeñar cargos públicos o para contribuir a que otros lo hagan a su nombre y ello se justifica porque el delito quebranta bienes jurídicos de singular importancia para la convivencia social. No obstante, tal rigorismo cede al permitir la ley al sentenciado rehabilitarse.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6747

Contra: Olver Ovidio López S.y otros

Delito: Homicidio - Hurto

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 144-XII-9-92

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

VISTOS

Se decide el recurso de casación concedido en vigencia del C. de P.P. de 1987 contra la sentencia dictada el 16 de julio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante la cual, con modificación de la primera instancia se condena como coautor de delitos de Hurto calificado-agravado y Homicidio agravado cometidos en concurso de hechos punibles sobre los bienes y en las personas de Hernando Raimundo Díaz, Wilson Gerardo Ruíz y Freddy Burbano, al procesado Olver Ovidio López Salazar, a la pena principal de 22 años de prisión a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término.

En la misma providencia se condena a Herlmer Correa a penas de idéntica clase y duración, a Eduardo Erazo y a Oswaldo Efrén Díaz a las de 21 años también de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por los mismos delitos, y a todos se les impone la obligación civil indemnizatoria y se adoptan otras determinaciones relacionadas con la actuación.

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron casación los defensores de López, Eraso y Díaz, y aunque a todos se les concedió el recurso, solamente la representante del primero lo sustentó en la demanda que adelante se estudiará, por lo que para los demás se declaró *desierto*.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En inmediaciones del municipio de la Unión (Nariño) la noche del 13 al 14 de agosto de 1988 fueron muertos mediante disparos de arma de fuego el comerciante en café Hernando Raimundo Díaz y sus acompañantes, Wilson Gerardo Ruíz y Freddy Burbano, quienes luego de dedicarse a la ingestión de licor y el primeramente mencionado, a recaudar una apreciable suma de dinero por razón del giro habitual de sus negocios, se movilizaban en un vehículo campero por la carretera entre la Unión y el sitio 'Higuerones', y despojándolos de dinero y de algunas de sus pertenencias siendo luego abandonados dos de ellos entre el automotor y el otro lanzado a un río.

Como presuntos autores de los ilícitos fueron señalados el entonces agente de la Policía Nacional adscrito al puesto de la Unión, Helmer Correa Molina, el cabo segundo de la misma Institución y lugar, Olver Ovidio López Salazar y los particulares Eduardo Erazo y Oswaldo Efrén Díaz Córdoba (alias 'John Jairo'), de los cuales este nunca compareció al proceso y fue, consecuentemente, juzgado en ausencia.

Numerosas diligencias de indagación previa adelantó el Juzgado 9o. de Instrucción Criminal ambulante de Pasto antes de abrir la investigación, que con abultada prueba calificó con resolución acusatoria para los oídos en indagatoria imputándoles los delitos de homicidio y hurto en calidad de coautores y con reapertura investigativa para el contumaz, pero esta calificación fue modificada por el Tribunal Superior del Distrito al conocerla en apelación, en el sentido de involucrar en la acusación a los cuatro procesados, todos en calidad de coautores, y de atribuirles los homicidios, pero agravados por la circunstancia 2a. del artículo 324 del C.P. y los hurtos, también como agravados y además calificados (fls. 1144-1168 y 1208-1265 cd.ppl.3.).

Satisfecho el rito de la causa y superadas las numerosas incidencias provocadas por los diversos defensores, tales como peticiones de nulidad, solicitudes de libertad y de aplazamiento de la audiencia (fls. 1336 y ss., 1390 y ss., 1456-1458, 1406, 1409, 1418 y ss., 1434, 1444 cd.3, 1465-1613 . c-4), se verificó la vista pública y se profirió por el juzgado 1o. Superior de Pasto la sentencia de primera instancia, condenándolos y señalándoles como pena principal la de 26 años de prisión y como accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, e imponiéndoles la obligación indemnizatoria (fls. 1634-1667 cd.4).

Este proveído, conocido por el Tribunal, fue reformado en el sentido de reducir para los ex-miembros de la Policía Nacional a 22 años sus sanciones y para los particulares a 21 años (fls. 1727-1784 cd. 4). No satisfechos, los defensores de López, Erazo y Díaz Córdoba recurrieron en casación el fallo ad quem (fls. 1789, 1785 c.4), pero solo uno lo sustentó, según se ha precisado.

La demanda

Acogiéndose a las causales 1a. -cuerpo segundo- y 3a. de casación, la señora defensora del procesado López Salazar formula cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, deprecando en forma global bajo el rubio de "petición" que "se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de acusación dictada por el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal Ambulante de la Justicia Ordinaria".

Los reparos sustentados en la causal 1a. vienen desarrollados como a continuación se reseña:

Primero. "La sentencia impugnada contiene el yerro denominado 'apreciación errónea de la prueba', a saber: da por establecido que existe prueba indiciaria, al sopesar las conjeturas o sospechas con la fuerza de este tipo de prueba (indiciaria)...".

Después de aludir a la característica de la sospecha y establecer su diferencia con el indicio, precisa que el Tribunal tuvo como indicio, la mera conjetura consistente en que su mandante, el ex-Cabo Segundo de la Policía adscrito a la Unión y encargado la noche de los hechos de la Comandancia del Puesto Policial de esa localidad, López Salazar, fue visto hacia las seis y media de la tarde del 13 de agosto de 1988 trasladándose junto con el co-procesado, el particular Eduardo Erazo, en un vehículo de marca Land Rover hacia el municipio de La Unión y descender del mismo para abordar luego y conducir la motocicleta del menor 'Freddy Andrés' hasta llegar al cuartel.

Considera la actora lógico que "en cualquiera vecindario de escasa población" los representantes de la autoridad establezcan relaciones con los dueños de los establecimientos comerciales de diversa clase como los restaurantes -Erazo según lo establecido en autos era dueño de un restaurante en el municipio- y que al haber sido visto ocupando el vehículo suyo y luego apearse para ocupar la motocicleta mencionada no es indicio alguno, sino "una incongruencia monstruosa porque ninguna relación de causalidad arrojan tales aspectos" con los delitos, en los que su cliente no participó; que lo aducible de su comportamiento descrito es que "estaba ejerciendo las funciones de vigilancia inherentes a la posición de comandante encargado de esa repartición policial" y que además en ningún momento abandonó el comando "con fines criminosos".

Segundo. También incurrió en errada apreciación probatoria el Tribunal al tener como indicio en contra de su poderdante el hecho de haber éste tomado prestada la pistola de dotación de su superior jerárquico el Sargento Cuéllar Moncaleano para enseñársela a su progenitor y luego no devolverla inmediatamente y además no dejar registro escrito de ese retiro del arma, quedándose con ella hasta el día siguiente, que tal fue lo que aseveró al ser interrogado al respecto, y que debió creérsele porque su explicación "es clara y aceptable".

De igual manera, erró el Tribunal al tener como indicio la simple conjetura nacida del hecho de haber su cliente solicitado al agente Manuel Sánchez el suministro de dos cartuchos calibre 9 milímetros, pues según lo explicó la solicitud de munición de esa clase no la hizo en la fecha de los hechos.

Como inferencia de las aserciones de su prohijado, dice la profesional que "por simple lógica si mi poderdante hubiera tenido la intención de cometer alguna ilicitud, toma la pistola en forma clandestina y ni siquiera a sus progenitores se la muestra".

Tercero. "Apreciación errónea del resultado pericial relativo al examen balístico que efectuó el Das...sobre la pistola marca Walter calibre 9 milímetros", porque se tuvo por indicio en contra la circunstancia de que la pistola examinada hubiera sido recientemente disparada a pesar de que el dictamen no precisó la fecha de ese suceso. Considera que "una cosa es la coincidencia de que los plomos blindados correspondientes a un arma de 9 milímetros se tomen como evidencias para dar por cierto que fueron disparados por la pistola en referencia, y otra sería que hubiese algún elemento de convicción, como un testimonio que hubiese visto tomar parte en los hechos a la persona a quien apodero...".

El cargo basado en la causal 3a. de casación consiste en la falta de competencia de la justicia ordinaria para juzgar al entonces miembro de la fuerza pública al servicio de la Policía Nacional señor López Salazar, dado que él se hallaba en servicio activo la noche del 13 de agosto de 1988 y hasta la madrugada del día siguiente; además, en el evento "de que él hubiera realizado alguna conducta antijurídica, es apenas lógico que el factor servicio fue determinante para poderse desplazar a diversos sitios, pues no estando de servicio se le hubiese tal desplazamiento (sic)", y por consiguiente, competía a la justicia Penal Militar su juzgamiento.

En seguida de transcribir un aparte jurisprudencial referente al fuero militar afirma que en el proceso existen pruebas documental y testimonial demostrativas de que el acusado estaba en servicio activo y que el delito lo realizó con ocasión del servicio; siendo tales elementos de juicio el oficio visible al folio 557 del cuaderno 2 y las declaraciones del agente Jorge Viteri Jojoa y del cabo José Gerardo Martínez porque el primero dijo que aquél era el encargado de vigilar el personal de agentes la noche de los hechos, y el segundo, que el acusado le había comentado haber estado simultáneamente atendiendo su función policial y a sus progenitores que estaban de visita por lo que siempre "estaba en la calle pero pendiente del Cuartel, del trabajo".

Estima la casacionista que el Tribunal infringió el artículo 26 de la C.N. anterior, el 29 de la Carta actual; el 305-1 del C.P.P. de 1987, los artículos 308, 347, 324 del C.P.M. anterior y 14, 354 y 320 del C.P.M. actual, y añade, en relación con el tema de la competencia, que el Juez 69 del I.P.M. que por su lado inició investigación penal contra los dos policiales acusados no debió transferirla a la justicia ordinaria, sino por el contrario, pedirle al juez ordinario la actuación para adelantarla él, "para evitar una nulidad absoluta...".

Después de recapitular sintéticamente las censuras y formular la petición conocida, solicita como consecuencia, el decreto de la inmediata e incondicional libertad para su poderdante.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo penal se muestra adverso a la casación solicitada por considerar carente de razón el cargo de nulidad por falta de competencia, y desconocedores de la técnica propia de este recurso extraordinario los reparos sustentados en la causal primera.

Refiriéndose a la nulidad primeramente para impartir un orden lógico a su respuesta, recuerda el funcionario que no basta la investidura de miembro de la fuerza pública y el estar de servicio activo al cometer un hecho delictivo, para hacerse acreedor un procesado a la competencia foral para el juzgamiento por la jurisdicción militar, sino que el delito, conforme al artículo 14 del C.P.M. y a la reiterada jurisprudencia, debe ser cometido en relación con el mismo servicio. Puntualizando al caso concreto dice:

"Es obvio que los crímenes, el homicidio y el hurto, cometidos en el caso son delitos comunes aprovechando la posibilidad que brinda la investidura, pero completamente excedidos como fenómeno del ámbito de la función de Policía. Y se sabe que no basta la investidura en cuanto tal para otorgar el fuero en mención, sino que es preciso que haya una relación funcional de modo que el hecho punible quepa conceptualmente dentro del marco de la actividad oficial del Agente, pero no cuando éste simplemente tiene el cargo pero actúa circunstancialmente en un delito corriente sin nexo con la función pública". En refuerzo de su planteamiento transcribe texto de un pronunciamiento de ésta Corporación relativo al tema en referencia.

Aludiendo a los cargos emanados de la causal primera destaca la omisión, por la censora, de la cita de las normas sustantivas supuestamente transgredidas, el silencio en torno al sentido de la violación, a la clase de errores que pudo cometer el fallador en la apreciación probatoria; así mismo, la falta de claridad "en cuanto a la pretensión y, además, la inocultable falla de limitarse a ofrecer "sus criterios personales del acervo probatorio y su inconformidad para con el fallo".

Observa que en la revaloración probatoria propuesta por la profesional en torno al dictamen de balística, en la que sugiere como mejor elemento de prueba el testimonial, "Olvida que además de los testimonios existen otros medios de prueba, como los indicios, en todos los cuales debe hacerse un juicio racional de inferencia que mientras consulte la lógica, la experiencia y la ciencia, deben admitirse como legítimos actos de apreciación judicial de la prueba", y para robustecer su posición el señor Procurador transcribe pronunciamiento de esta Sala en que se advierte el modo de atacar la valoración de la prueba de indicio, para concluir que "Al no demostrarse cual fue el error del sentenciador hace imposible que las pretensiones de la actora puedan prosperar".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Asiste la razón al Ministerio Público para propugnar por la desestimación del recurso, pues como lo apunta con acierto, ninguna de las censuras está llamada a fructificar.

La falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para adelantar la investigación y fallarla, en lo atinente al procesado que ostentaba el grado de Cabo Segundo de la Policía Nacional y fungía como Comandante de la Estación de Policía del municipio de La Unión la noche de los hechos delictivos que se le atribuyen en coautoría, carece de fundamento.

El proceso revela que ciertamente el sub-oficial aprovechó el ejercicio del cargo que en esa ocasión desempeñaba para participar en el múltiple concurso delictivo, sacando partido de las circunstancias de todo orden en que conforme a los autos se desarrolló para aparentar ajenidad a él: A partir de la una de la tarde (1.00 p.m.) del 13 de agosto quedó encargado como Comandante de la sección Contraguerrilla de La Unión para supervisar el personal de vigilancia, elaborar los turnos, formar el personal, constatar estos servicios de cuarto y primer turno para los días 13 y 14 de agosto que se cumplían a partir de las siete (7.00) de la noche del día 13 hasta las siete (7.00 a.m.) de la mañana del día siguiente debido a que el comandante titular de la Estación se había desplazado a San Pablo para controlar las fiestas patronales de ese lugar (fl. 557 cd.2 y 1652 cd.4); sin embargo, aduciendo la visita de sus padres, se retiró del Cuartel la noche del 13 de agosto para supuestamente acompañarlos, pero solo permaneció con ellos un rato para luego continuar ausente de su sitio de trabajo hasta quince minutos antes de las cinco (5.00 a.m.) de la mañana del día 14 cuando regresó, pero no entrando por la puerta principal sino por el garaje y pretextando haber estado con sus progenitores en la residencia "Los Cristales" (fls. 1654-1655, cd.4) es decir, evidenciando como, a pesar de su investidura y de hallarse en servicio activo, faltando al cumplimiento de sus deberes oficiales se ausentó de la sede de trabajo, pero no a cumplir función alguna relacionada con él, sino todo lo contrario, actos diametralmente opuestos a su función y ajenos a todo vínculo con el cargo que desempeñaba,

de índole particular exclusiva y además asumidos por su propia cuenta, como que no mediaba orden superior para su realización.

Siendo así que el policial procesado no cumplía acto alguno de servicio, sino que su participación en los delitos fue asumida como acto privado de riesgo y cuenta propia, aunque prevalido de la oportunidad que le brindaba su vínculo laboral, la investigación de su conducta y su juzgamiento se hallan excluidas del juzgamiento foral que la casacionista reclama, y fueron correctamente asumidos por la jurisdicción ordinaria, no mereciendo, por consiguiente, tacha la legalidad del proceso por tal concepto. El cargo no prospera.

Estudiadas las censuras cobijadas bajo la causal 1a. de casación, su situación no es diferente en cuanto a las posibilidades de éxito, que obviamente no son de recibo.

Además de no precisar las normas que estima infringidas, ni hacer las debidas puntualizaciones que le otorguen claridad y precisión al escrito de demanda, como acertadamente lo destaca el señor Procurador al poner de resalto el silencio sobre la clase de transgresión supuestamente acaecida, el sentido de la misma, la clase de error en que pudo incurrir el fallador; el discurso se reduce a la propuesta de un nuevo y diferente enfoque de algunas de las pruebas con el manifiesto interés de hacerlo prevalecer sobre el del sentenciador, sin miramiento a dos aspectos esenciales cuando de atacar un fallo en casación se trata: a) el principio de seguridad de las sentencias judiciales estructurado sobre la presunción de certeza y de legalidad frente al cual el juez de casación está impedido para controvertir, no dependiendo de error atacable en este recurso, las resultas del proceso, desconociendo así la facultad del juez de instancia de valorar la prueba con la autonomía que dimana del principio de la sana crítica, y; b) la lógica necesidad de atacar, frente a eventuales errores de apreciación probatoria, todo el acervo que sirvió de fundamento a la decisión adoptada por el Tribunal, pues si algunos de los elementos basilares de la misma permanecen en pie -en el supuesto de lograrse aniquilar los atacados-, el reproche es insuficiente y en consecuencia, intrascendente.

Al afirmar la demandante en el cargo primero que el único hecho inferible de los indicadores de haber sido visto su patrocinado viajando en el vehículo del coprocesado dueño de un restaurante en horas próximas a los sucesos delictivos y de apearse de ese medio motorizado para abordar la motocicleta del menor Freddy Muñoz y llegar al Cuartel en donde prestaba sus servicios, era el que se hallaba cumpliendo las funciones de vigilancia propias de su calidad de Comandante encargado de la Estación de Policía de La Unión. Lo que hace que la profesional aquí es sugerir una óptica particular, la suya, de esa específica situación probatoria para suponerla a la del juzgador y buscar de mejorar la maltrecha posición de su cliente.

De igual manera procede cuando en el que denomina segundo cargo, y frente al comprometedor hecho indicador de haber tomado una pistola -que resultó ser

con la que se hicieron algunos de los disparos homicidas conforme a la experticia correspondiente (fls. 262 cd. 1 y 487-488 cd.2)- prestada con el deleznable argumento de querer enseñársela a sus padres que se hallaban de visita, que no era la suya para olvidar curiosamente devolverla la misma noche de los hechos que fue cuando la obtuvo en el Comando, que la única deducción posible era que al acusado debió creérsele lo que explicó al respecto, porque dijo la verdad en forma "clara y aceptable". Y otro tanto acaece cuando pretende que de la solicitud de munición justamente para una arma como la anterior -calibre 9 milímetros- que le hiciera el agente Manuel Sánchez, se infiere que no fue con el fin delictivo conocido porque la fecha del préstamo o suministro no está precisada.

La situación de pretendida imposición de su opinión personal sobre la del sentenciador es recurrente en el llamado cargo tercero, cuando, con abierto desconocimiento de la conclusión tajante del dictamen de balística de que uno de los proyectiles con los que se dio muerte a uno de los occisos fue disparado con la pistola de que se habla "de acuerdo con las marcas microscópicas de coincidencia observadas sobre el cuerpo del proyectil patrón y fragmento de camisa o blindaje" remitidos para estudio por el juzgado (fls. 485-489 cd.2), afirma en su alegato la profesional que se trató de una mera coincidencia el que 'los plomos blindados correspondieran a un arma 9 milímetros...' y que la prueba ideal para establecer lo acaecido habría sido un testimonio "que hubiese visto tomar parte en los hechos" a su cliente.

Ante esta reiterativa falencia en la fundamentación de los cargos, se impone la desestimación anunciada de todos los que se apoyan en la causa 1a. de casación, patente como resulta que la demanda no cuestiona reales errores atacables por ese medio, sino que se propone un reexamen pericial del haz probatorio que sirvió de sustento al fallo de condena, siendo ello un imposible frente a las causales previstas en la ley, a la técnica y a los objetivos de este recurso extraordinario, que parte del principio de no ser una tercera instancia, sino la excepcional oportunidad para la verificación de la legalidad de la decisión de segundo grado sujeta a las condiciones formales, esenciales y normativas de que el legislador la ha revestido en guarda de las garantías de todos los sujetos procesales y de la misma seguridad jurídica.

2o. Ahora bien; el Tribunal en su sentencia, siguiendo las pautas de tasación del a quo, extendió la duración de las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas al mismo timpo de las penas principales, que fueron 22 años para dos de los acusados y 21 para los otros dos, contrariando el precepto del artículo 44 del C.P. que establece como límite de esa clase de sanción diez (10) años, esto es, el principio de legalidad de la pena, que para el caso se desarrolla en la disposición mencionada y en el artículo 55 de la misma normatividad, indicativo de la forma de aplicación de algunas de las penas accesorias en armonía con el 52 id, y de imperativa observancia como expresión del derecho fundamental del debido proceso.

El señalamiento de las sanciones accesorias independientemente de la naturaleza de éstas, y específicamente de las de interdicción de los derechos y de las

funciones públicas, para los que no media excusa omisiva por razón de que son inherentes a las de prisión, exige del juez el mismo cuidado que le impone la tasación de las penas principales, y rebasado que sea por el funcionario, sobrepasa el derecho de punir del Estado y genera la obligación de volverlo a su límite no solo para el demandante sino para todos los procesados (art. 243- C.P.P.).

Evidente como aparece la vulneración del derecho fundamental al debido proceso en el evento en estudio y solo en cuanto concierne con las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, oficiosamente proveerá la Corte a su restablecimiento en atención a lo previsto en el último aparte del artículo 228 del C.P.P. vigente, y en concordancia con el numeral 1o. del 229 id., aplicables por evidente favorabilidad, casará parcialmente el fallo de segundo grado y proferirá el de reemplazo.

Pues bien: la pena de prisión acarrea, sin excepción, la interdicción de derechos y funciones públicas para la persona que se hace acreedora a ella, y aunque de hecho se aplica mientras dura la primera porque el afectado pierde en ese período la posibilidad de elegir y ser elegido y de ocupar cargos al servicio del Estado, su efectiva acción comienza a partir del cumplimiento de la de prisión según lo prescribe el artículo 55 del C.P., prolongando de esta manera el estado de aflicción consecuente al delito por un término máximo de diez (10) años, no ajeno en su definición a los criterios generales de fijación de la pena principal, porque el artículo 52 C.P. al indicar la dosificación de las penas accesorias dispone que la de interdicción de derechos y funciones públicas debe serlo por 'un período igual al de la pena principal'. Las demás penas accesorias son de dosificación discrecional.

Significa lo anterior que cuando la pena de prisión impuesta sea superior a diez años, se fijará la accesoria de interdicción siempre en este quantum, pues es lo máximo permitido en el artículo 44 del C.P. No hay, entonces, discrecionalidad para tasar la pena de interdicción de derechos y funciones públicas como sí la tiene el Juez respecto de las demás penas accesorias. La dosificación de la pena accesoria de interdicción es uno de los pocos casos en donde no hay libre arbitrio del juez, sino completa sumisión a la ley, así resulte en ocasiones drástica la sanción.

Como en la práctica la ejecución de una pena accesoria de interdicción puede rebasar el máximo de los treinta años permitido por el Código para la pena de prisión, podría pensarse en la injusticia de la preceptiva, más no es ello cierto, porque el Estado concibe esa consecuencia como una inhabilidad para desempeñar cargos públicos o para contribuir a que otros lo hagan a su nombre y ello se justifica porque el delito quebranta bienes jurídicos de singular importancia para la convivencia social. No obstante, tal rigorismo cede al permitir la ley al sentenciado rehabilitarse (arts. 92 C.P. y 526 C.P.P.).

Se impondrá por tanto a los procesados Olver Ovidio López, Helmer Correa Molina, Eduardo Urazo y Oswaldo Efrén Díaz Córdoba, la sanción accesoria de

interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, permaneciendo incólume la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en lo restante.

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

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el sentido de reducir la duración de las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas allí tasadas a diez (10) años, para Olver Ovidio López Salazar, Helmer Correa Molina, Eduardo Erazo y Oswaldo Efrén Díaz Córdoba. En lo demás, queda sin modificación alguna el fallo impugnado.

En firme, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*
Salvamento parcial de voto

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*
Salvamento parcial de voto

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*
Salvo parcialmente mi voto

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

PENA ACCESORIA \ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Cuando la pena privativa de la libertad está por debajo de los diez años, el Juez puede completar, por lo que falta para llegar a este tope, lo de interdicción de derechos y funciones públicas, empleando para ello su sensato y ponderado juicio, percatándose de la necesidad, conveniencia y justicia de llegar a ese límite de diez años, o estar por debajo de él.

Casación No. 6747

Delito: Homicidio - Hurto

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

El disentimiento se marca en cuanto a la forma como se ha entendido la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. No comulgamos con la dosificación de la misma, la que se cree ajustada a lo preceptuado en los artículos 52, 55 y 92 del C. Penal, aplicación que además representa un antiguo y rutinario criterio que se cumple con perjuicio y mengua de valoraciones más acordes con lo que el sistema de punibilidad establece a este respecto.-

Qué lejos está de cumplir con las finalidades retributiva (proporción y equivalencia) y resocializadora que consagra la norma rectora del artículo 12 del C. Penal!. Pensar que estos cometidos se pueden conciliar con la inhumanidad de una interdicción llevada a extremos que superan los límites de lo racional y debido, es propiciar que el sistema punitivo se desligue de su realidad, de su filosofía y hasta de su política criminal. Y es darle la razón a Carnelutti cuando catalogó el mismo como un erial, por el descuido de los jueces y tratadistas en fecundizarlo con esmerados análisis.-

La ley se muestra renuente a dejar en manos de la libérrima voluntad del juez los confines de la pena y de ahí que establezca su duración máxima tanto de las principales como de las accesorias; y, para las privativas de libertad se muestre todavía más esquivo puesto que también fija su mínimo.-

Lo que quiere decir entonces que no debe superarse esa restricción, a no ser que lo diga específicamente la ley. En el caso de la interdicción de derechos y funciones públicas, el art. 44 del C. Penal establece un dies-ad-quem de *Diez Años*. Esta es la regla general y constante que debe orientar la interpretación. Por excepción, en las penas privativas de la libertad, se indica que la de prisión comporta esa otra sanción "por un período igual al de la pena principal"; o sea, que si se ha dispuesto para ésta un período de 12, 15, 20, o 30 años, durante el mismo el sentenciado soportará esta interdicción.-

Con esta superior intensificación, queda satisfecha la accesoriz y no es dable establecer un término adicional, menos el que pretende la Mayoría de la Sala, que recomienda y determina, diez años como período automático, absoluto e inevitable. Con lo cual, al paso que se quebranta la discrecionalidad para fijar en cifra menor, puesto que solo en especiales casos se debe llegar a ese máximo (*hasta diez años*), se está superando, y en qué absurda y cruel medida, ese quántum, bastando pensar para ilustrar este aserto en el condenado a treinta años de prisión que, durante este dilatado lapso, estará interdicto y luego lo será, además, por diez años dando un total de interdicción de cuarenta (40) años.-

Podrá aceptarse esta tasación como lógica, respetable y benéfica?. Si la ley no ha querido que la máxima y más aguda de las penas pueda superar los treinta años, la interdicción sí podrá sobrepasarlos?. Y resulta concebible que alguien pueda perder la clase de fundamentarles atributos que comporta el ejercicio de las funciones y derechos públicos, durante tan desmesurado tiempo?. Tal vez si se pretende que a quien se encerró durante treinta años deba seguir como muerto-viviente otros diez, encuentre explicación esa desaforada regulación. O también, si se quiere crear una especie de paria, una ilota, un casi perpetuo o perdurante expulsado de la sociedad, estigmatizado ante los demás ciudadanos, negado totalmente en sus posibilidades de reinserción a la comunidad y agobiado casi de por vida con este inri y esta postración. No deja de ser una forma muy peculiar de abrir las puertas de la prisión y dejarlas cerradas; obligar a la reorientación de la personalidad pero impedirle contar con decisivos factores para ello; haber reacondicionado al ser pero catalogarlo como minusválido social y político.-

Esto no es concebible. La lucha debe darse en sentido contrario y ya que no se puede llegar a la situación ideal si se debe atemperar la indiscriminación y la fatalidad de una medida de esta índole (por la comisión de un delito de secundaria importancia es razonable que se pierda el derecho a participar en la escogencia del Presidente de la República o de los hombres que hacen las leyes y por este medio regulan los bienes, honra, tributos, garantías, etc.?). La ley, en este punto, debiera ser más sensata y permitir que durante la expiación de esa pena privativa de la libertad, el juez conservara la discrecionalidad para establecerla, negarla o reducirla a otras proporciones. Pero a esta falla legislativa no debe agregarse otra aberración conceptual que el precepto no contiene, porque lo que éste manda, reserva hecha de la objeción planteada, es que más allá de la pena privativa de la

libertad que excede de los diez años de prisión, no es dable aumentar una sola hora o un solo día en la interdicción, porque se repite, el quantum de la misma (10 años) está con creces satisfecho. Por eso es que el art. 52, lejos de obligar a un ciego automatismo de imponer cerradamente la adición de diez años de interdicción, le priva totalmente de la discrecionalidad para moverse entre un día y diez años. Es obvio que regulado lo de la interdicción como sanción simultánea de la pena privativa de la libertad, y por el tiempo de ésta, advierte que en las demás opera el arbitrio judicial. Pero la Mayoría de la Sala, lejos de entender a derechas esta previsión *excepcional*, juzga que a pesar de haberse superado el término de diez años (tasación máxima), por aludir a la discrecionalidad en cuanto otras accesorias, ello comporta la obligación de imponer, para esa interdicción, su máximo. El dispositivo enseña algo muy diferente, o sea, que el juez, por lo intensa de la accesoria padecida durante la reclusión, ya no conserva la discrecionalidad para graduar, en nada, la interdicción y menos, a fortiori, para fijar siempre el máximo de diez años.-

Conviene citar el texto completo, para que se advierta la coherencia y respetabilidad de esta valoración: "Art. 52.- *Penas accesorias a la de prisión.* La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal. Las demás penas accesorias, serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61".-

Cuando la pena privativa de la libertad está por debajo de los diez años, el juez puede completar, por lo que falta para llegar a este tope, lo de la accesoria comentada, empleando para ello su sensato y ponderado juicio, percatándose de la necesidad, conveniencia y justicia de llegar a ese límite de diez años, o estar por debajo de él.-

Resulta un contrasentido, sobre todo cuando se recuerda ese citado artículo 12 del C. Penal, que previendo la ley, como alivio a la postración ciudadana que entraña tal interdicción, la rehabilitación anticipada (art. 92) y la automática (por cumplimiento efectivo y total de la sanción) en las leyes electorales, se de el caso de decisiones que persigan mantener como interdicto social y político a alguien por un término de quince, veinte, treinta o cuarenta años.-

Como esta posición no la logramos asimilar en este sentido, por eso suscribimos esta opinión de protesta, sin que nos conmueva el argumento de ser la ley, en este caso, una camisa de fuerza, porque no está tanto esta naturaleza en quien la diseñó como si en quien trata de que alguien se la coloque; y, además, porque como medida de extrema reducción se muestra transitoriamente tolerable para orates frenéticos pero no para aherrojar el raciocinio.-

Respetuosamente,

Jorge Enrique Valencia M *Gustavo Gómez Velásquez*

Edgar Saavedra Rojas

ERROR DE HECHO \ CASACION OFICIOSA \ CASACION \ REVISION

En sede de casación solamente tienen acogida los errores de hecho que comportan yerros jurídicos que repercuten en la violación indirecta de la ley, esto es cuando se presenta una disparidad entre los hechos conocidos en la sentencia (verdad de facto) y los procesalmente establecidos (verdad formal). Pues si no tienen este específico alcance, resultan extraños a este instituto y se desplazan y ubican en la noción de revisión.

La casación no es una tercera instancia en donde la Corte deba analizar oficiosamente toda la actuación para establecer la legalidad del juzgamiento, sino una reclamación extraordinaria en donde solamente puede esta Corporación en virtud de los principios de limitación y neutralidad ocuparse de los cargos concretos y técnicamente formulados a la sentencia. El último inciso del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal, le otorga al Juez de Casación la facultad oficiosa de invalidar el proceso en aquellos eventos en que se presente una causal de nulidad, pero no por ello puede desnaturalizarse el recurso. "El demandante está en la obligación, si es que del estudio del proceso infiere una o varias causas, de someterse a las reglas del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal donde se señalan los requisitos generales materiales de la demanda de casación".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6731

Contra: Saúl Romero González

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 144 diciembre 9 de 1992

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre quince de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

Procede la Corte a resolver la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Saúl Romero González, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Diecisiete Superior de la misma cindad, en la cual impuso al acusado pena de diez (10) años de prisión y las accesorias de rigor como responsable del delito de homicidio.

I. HECHOS

La sentencia de segunda instancia los relata así:

"Comenzando la noche del 1o. de mayo de 1990, en la tienda de Tulio Romero, ubicada en la carrera 87 No. 74B-07 de Bogotá, Saúl Romero González, hijo de los tenderos, recibió golpes en el rostro que le propinaron los contertulios Omar y Darío Torres Muñoz, quienes con otros escanciaban licor en el establecimiento; avisada la Policía, intervino alejándolos unas cuadras del lugar. Pero a breve intervalo la hermana de Romero González y Nelson Aldana las emprendieron contra Jacinto Torres, aproximándose Saúl Eduardo Cruz Rodríguez para auxiliar a Jacinto, haciendo su aparición nuevamente Saúl Romero González, quien con arma cortopunzante hirió a Saúl Eduardo en el hipocondrio izquierdo y enseguida se dirigió al hospital La Granja, donde fue atendido a las 8:40 p.m. y a cuyo lugar también llegó exánime Saúl Eduardo a las 8:50 p.m., falleciendo en razón de shock hipovolémico secundario a herida aórtica abdominal con arma blanca".

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación correspondió al Juzgado Setenta y Tres de Instrucción Criminal de Bogotá, despacho que oyó en indagatoria a Saúl Romero González quien se mostró ajeno a la mortal herida recibida por Saúl Cruz Rodríguez. Perfeccionada la investigación con abundante prueba testimonial, documental y

pericial, el instructor calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Romero González y su hermano Renán como coautores del homicidio, y contra los hermanos Darío y Omar Torres Muñoz por el delito de lesiones personales de que fuera víctima Saúl Romero González.

El Juzgado Diecisiete Superior de Bogotá tramitó la etapa del juicio, y finalizada la audiencia pública profirió sentencia, afirmando la autoría y responsabilidad en el homicidio en cabeza de Saúl Romero González únicamente. La prueba testimonial, en especial, la versión de la testigo presencial Odilia Montaña Rivera, fue el soporte fundamental para adoptar esta determinación, pues a juicio del a-quo, vista la declaración en su conjunto y no en forma "disgregada", fuerza concluir, contrario a las exculpaciones del procesado, el vocero y el defensor, que el acusado sí estuvo en el sitio de los hechos en el preciso momento en que la víctima del homicidio recibió la mortal herida.

El defensor de Romero González interpuso recurso de apelación contra la sentencia, insistiendo en la no autoría de este en el homicidio, apoyándose en las versiones traídas al proceso tendientes a fortificar la posición del enjuiciado en el sentido de encontrarse en sitio diverso a aquél donde ocurrió el final y trágico insuceso, declaraciones que en su sentir, enfrentadas a las tenidas en cuenta como fundamento de la acusación merecen mayor credibilidad por su coherencia expositiva.

El Tribunal desestimó los planteamientos defensivos, en consideración a que ante la claridad que emerge de la "información procesal" ninguna duda existe "en torno a la autoría" del punible de homicidio en cabeza de Romero González, y confirmó en su integridad la sentencia recurrida.

III. La demanda

La demandante narra los hechos motivo de investigación desde su particular punto de vista y con apreciaciones personales hace notar que Romero González es completamente ajeno a los mismos, pues de conformidad con la prueba testimonial y la propia versión del inculpado es un hecho cierto que este se encontraba en el centro asistencial para cuando Saúl Cruz Rodríguez recibía "de manos de Jacinto Torres" la herida letal.

Con miras a fortalecer su visión sobre la real e "histórica" ocurrencia de los hechos, la impugnante se refiere a las declaraciones de descargo desechadas por los falladores y a los testimonios "extraproceso" que en buen número anexa a la demanda, para dar por sentado que el autor material del homicidio fue el precitado Jacinto Torres y no su defendido.

A manera de "Aclaración Respetuosa", agrega que se hace detallada referencia al aspecto probatorio y amplía mención a hechos procesales y pruebas extraprocesales anexas a este escrito, por cuanto de ello depende en buena parte la principal causal específica invocada, por lo que solicita a la Corte que se digne "considerar positivamente esta semi-informalidad, en aras de la *Verdad Histórica* y por no ser un motivo de rechazo de esta *Demanda de Casación Penal...*".

Invoca la causal primera, cuerpo segundo del artículo 226 del C. de P. P. y afirma que la sentencia del Tribunal es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial por *"Error de hecho en la interpretación y valoración de las pruebas, por apreciación errónea, falso juicio de identidad"*.

Se llegó a dicha violación, por desacato a los artículos 1, 3, 5, 6, 10. 266, 247, 248, 253, 279, 280, 284, 295, 302, 303 y 304 del C. de P. P., lo cual trajo como consecuencia la violación indirecta de los artículos 1, 2, 4, 5. 6, 21, 35 y 36 del C. P. por falta de aplicación y 23 y 323 ibídem por aplicación indebida.

Afirma que el fallador asignó un alcance objetivo que no correspondía otorgar a los testimonios de cargo, restándoselo a los de descargo, que comportan para el presente caso "un valor trascendente" para tener por demostrada la no autoría del homicidio en cabeza de Romero González por encontrarse en sitio diferente a aquél donde fuera agredida la víctima.

Aduce que el error de hecho asume dos formas especiales: la una frente a la *Verdad Histórica*, y la otra, frente a la *Verdad Procesal*, para sostener que en este caso se presentan ambas formas de error de hecho. Sin embargo, a renglón seguido, agrega que si bien es cierto que el recurso de casación exige que los elementos sobre los cuales se funda tienen que estar dentro del proceso, "es más valedero e Principio Imperante de la *Verdad histórica* sobre la verdad formal, aparente", porque sería la peor injusticia permitir que un Tribunal condene a un inocente "porque la verdad formal, la verdad procesal, coincide con la sentencia impugnada, cuando la *Verdad Histórica* establece su inocencia y la conoce la *Corte Suprema* por haber sido allegada con la *Demanda de Casación*, (así sea recepcionada extraprocesalmente por estar cerrado el debate probatorio)".

Estima que de conformidad con el artículo 12 del C. P. en concordancia con el art. 299 del C. P. C. y Decretos 1557 y 2282 de 1989, no constituye violación a la ley en materia probatoria, allegar pruebas extraprocesales sobre la verdad histórica con esta demanda, por ello amparada en el derecho de petición consagrado en la Constitución Nacional, solicita que en el momento de resolver sobre la demanda de casación se ordene su conducencia conforme al art. 252 del C. de P. P., por no existir norma alguna que se oponga a ello. La conducencia es manifiesta, porque al conocer las pruebas que estaban fuera del proceso, se descubre más nítidamente, la tergiversación del contenido del hecho que revela cada prueba procesal y qué hizo el Tribunal para condenar a Saúl Romero, siendo inocente; "así como se palpa, más nítidamente, el error manifiesto, protuberante, y lo trascendente de este".

Fijada en este sentido la acusación, se refiere la impugnante en primer término a las pruebas testimoniales afectadas según su parecer con "*La Interpretación Falsa*" por habérseles otorgado un alcance objetivo no revelado por su contenido.

Comienza con las afirmaciones de la testigo presencial Odilia Montaña Rivera, por ser ésta la "única" declarante que hace la sindicación directa de la autoría del homicidio. Transcribe apartes que interesan a su argumentación, enfrentándolos con las afirmaciones de otros testigos del proceso así como cada una de las declaraciones extrajuicio referidas, para dar por demostradas las "contradictorias y falaces" atestaciones de la deponente en cuanto a que en verdad haya estado en el sitio de los acontecimientos y por ende, haya podido presenciar el momento en que el procesado agredió con el puñal a la víctima, para concluir:

"Si se observa, las anteriores *contradicciones insubsanables y equívocos en sí misma*, las *discordias u oposiciones frente a la verdad procesal trascendente* y el total *Antagonismo al confrontarla con la verdad histórica;* la manifestación de Odilia Montaña... *no ofrece credibilidad alguna*, su sindicación contra Saúl Romero es *claramente ajena a la verdad*, y por el contrario, incurre en infracciones de los Artículos 167 y 172 del Código Penal Colombiano".

Luego cuestiona la "bipolaridad probatoria" con que se analizaron y valoraron las declaraciones juradas e injuradas de Marco Tulio Montaña, Jacinto Torres, Hugo Montaña, Darío y Omar Torres, quienes no obstante responder en lo crucial de la investigación con afirmaciones tales como "*No sé, No ví, No me consta*", el Tribunal resultó señalándoles afirmaciones que nunca han hecho, pues como quedó demostrado con Odilia Montaña y Darío Torres, "ninguno de ellos vió, divisó o miró el hecho homicida o a Saúl Romero causándole la herida que le produjo la muerte a Saúl Cruz".

Para mostrar su inconformidad con la valoración del fallador en relación con las pruebas, que en su sentir, constituyen el fundamento para tener demostrada la no autoría de su defendido en el punible por el que se le condenó cuestiona al Tribunal por haber interpretado en forma "*Falsa el hecho*" al dejar de apreciar o restar el verdadero alcance objetivo revelado por las declaraciones de los agente de la policía Abelardo Romero Carreño, Omar Saúl Peñaloza y Rafael Antonio Salamanca, los testimonios de Nelson Aldana Bustos, Juan Carlos Angel, Martha Cecilia Estrada, Trinidad Romero González, Jairo Alberto Alvarado, Carlos Eduardo Rincón Arévalo, e indagatorias de Saúl Romero González y entre otros documentos, los reconocimientos médicos del acusado, historia clínica y necropsia de la víctima.

A continuación vierte su particular visión sobre estas pruebas. Transcribe los apartes que interesan a su exposición, enfrentándolos entre sí para hacerlos converger a un mismo punto: la presencia de Romero González en el centro asistencial cuando se sucedía la agresión de Cruz Rodríguez por parte de Jacinto Torres y, por ende, la no autoría de aquel en el homicidio.

En este sentido, argumenta la demandante, que es donde sí existe "coincidencia" entre la verdad procesal y la verdad histórica, pues fácil es concluir "sin lugar a equívocos que el estado de ánimo y físico de Saúl Romero le impedía trasladarse en maratónica hora récord del lugar de los hechos homicidas al Hospital La Granja y llegar antes que el Occiso...".

De lo anterior concluye que el Tribunal, "al reconocerle valor de plena prueba de responsabilidad, con fuerza de certeza ...a Odilia Montaña (no obstante ser la única que refiere haber visto..., aceptándola como única verdad en forma aislada sin importar que la misma declarante manifiesta No haber visto, y el indicar que el grupo de Montaña y Torres vieron o divisaron a Saúl Romero cometiendo el Hecho Homicida; y sin darle el valor probatorio que verdaderamente corresponde a todas las demás pruebas que sí conforman la Verdad Procesal e Histórica, como son más de Diez (10) Testimonios (10 Procesales y 7 Extraprocesales) y varios documentos del Expediente; *Incurrió en flagrante y notable error esencial de hecho porque le asignó protuberantemente un alcance objetivo que no indica las exposiciones de los Montaña y Torres*, más cuando les da Doble Valor Probatorio Opuesto (Bipolaridad Antagónica Probatoria), *Y les restó el verdadero alcance objetivo que sí tienen las demás pruebas procesales*".

Segundo Cargo

Invoca la causal tercera de casación, según dice la demandante, amparada en la facultad oficiosa que le asiste a la Corte para declarar la nulidad en casación, razón por la cual; "invocaré Nulidad oficiosa".

Previa esta aclaración, la impugnante relieva dos antecedentes con los cuales pretende derivar el sustento para que por vía oficiosa prospere la censura. El primero, por haberse adelantado un proceso por los *"Dos hechos punibles"* acaecidos la noche de autos: el homicidio y las lesiones personales sufridas por su defendido. Estima que este proceder significó el desconocimiento del artículo 14 del C. de P. P., pues no existiendo entre los dos punibles *"Conexidad Jurídica"* de ninguna índole, obvio es que han debido investigarse y, juzgarse separadamente, pues lo contrario implicó el desconocimiento del debido proceso por violación de las formas propias de cada juicio con incidencia directa en el derecho a la defensa, ya que con una "verdad histórica" demostrativa de la autoría del homicidio en Jacinto Torres, se resultó condenando al final a una persona completamente ajena a esos hechos; y además, en ese solo proceso, se omitió recepcionar las pruebas que en un momento dado venían a avalar las exculpaciones del acusado a pesar de haberse solicitado su práctica por el defensor. Cita nuevamente las declaraciones extrajudiciales.

El segundo antecedente lo radica en el inexplicable aumento de la responsabilidad penal "al haberse condenado a Romero González en calidad de "autor", cuando desde la resolución acusatoria se le miró como "coautor", y en la etapa

probatoria del juicio se allegaron pruebas que terminaban por corroborar la verdad de las afirmaciones exculpativas de no ser este procesado *"Autor ni coautor del homicidio"*.

Concluye, que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad, sugiriendo como consecuencia que previamente a cualquier consideración de la primera causal aducida, se pronuncie la Corte sobre la nulidad invocada declarándola *"De oficio"* a partir del auto cabeza de proceso con la consecuente orden de libertad de Romero González.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que la impugnante prácticamente convirtió el recurso de casación "en el adelantamiento de una acción recursiva también de esta índole, pero que infortunadamente para sus aspiraciones no cumple tramitar a esta altura del proceso por la máxima Corporación: La revisión.

Al respecto, hace las siguientes observaciones:

"Aún sin encontrarse ejecutoriado el fallo, propugna la libelista porque se revise la sentencia acusada en aras de estarse a la 'verdad histórica' que no a la simple y aparente 'verdad formal', para así evitarse la injusta condena de un inocente".

"...acude con insistencia en el sustento de la causal primera, al mérito probatorio que debe otorgarse a las pruebas 'extrajudiciales' allegadas con la demanda, las cuales deben ser consideradas positivamente por la Corte, porque con ellas, según la defensora, 'se descubre más nitidamente, la tergiversación del contenido del hecho que revela cada prueba procesal' y que hizo el sentenciador para arribar a la decisión de condena, palpándose de esta manera 'más directamente el error manifiesto, protuberante y lo trascendental de este' al saberse de la condena de una persona ajena por completo a los hechos investigados".

"La propuesta es pues, porque se analicen pruebas nuevas (testimonios), no conocidos en el desarrollo procesal y probatorio de instancia, tema que como es bien sabido corresponde en toda su dimensión al ejercicio de una acción ajena al recurso de casación como lo es la extraordinaria de revisión, que es donde con mayores perspectivas encontraría acogida la sugerencia y ciertamente entrarse a corregir, de pronto, el yerro judicial aducido".

Concluye el señor Procurador, que en estas condiciones, es difícil que el sentenciador haya incurrido en el yerro jurídico de apreciación probatoria endilgado "si el apoyo para sustentarlo se hace pender sobremanera en los testimonios extraproceso anexos a la acusación". En consecuencia estima que el cargo debe rechazarse.

Agrega el Ministerio Público, que igual medida debe adoptarse en relación con la causal tercera, pues la falta de técnica en su formulación y la carencia de razonamientos serios para sustentarla así lo imponen.

Para el efecto, aduce que la aclaración vertida recién iniciado el libelo cuando aún no se había concretado la vía de ataque, es muestra para colegir trasgredido el principio de autonomía e independencia característicos de la impugnación extraordinaria en trámite y que ni siquiera lo excusa la nulidad como causal de casación.

Considera que no solo es la formulación subsidiaria de la nulidad lo que comporta antitécnica la acusación, sino también, la forma como se invoca al impetrar su declaración oficiosa. Olvida la libelista que no se trata en este evento de una tercera instancia en donde deba la Corte analizar oficiosamente toda la actuación para establecer la legalidad del juzgamiento, sino una reclamación extraordinaria en donde solamente puede la Corporación en virtud de los principios de limitación y neutralidad, ocuparse de los cargos concretos y técnicamente formulados en la demanda.

Argumenta el señor Procurador, que si bien es cierto que de conformidad con el último inciso del art. 227 del C.de P.P., se abre paso a la oficiosidad del juez de casación para invalidar el proceso en aquellos casos en que se presente una causal de nulidad sustancial, facultad que se venía atendiendo por jurisprudencia y doctrina en guarda de las máximas garantías elevadas a canon constitucional, también lo es, que en esta sede, lo que igualmente ha entendido la Corte es que "no puede desnaturalizarse el recurso" para que con la sola alusión de nulidad se proceda por vía oficiosa a su estudio, por las razones expuestas en un pronunciamiento de la Corte, cuyo aparte pertinente transcribe.

En consecuencia, señala que es claro que la demandante se conformó con enunciar la causal tercera, pues los razonamientos por aparentar una sustentación carecen de fuerza y sentido lógico para motivar el pretendido estudio oficioso. No atina a demostrar jurídicamente el por qué comportó atentado al debido proceso el adelantamiento de una sola investigación por los dos delitos de que da cuenta el fallo. Además sin ningún fundamento pregona agravada "la penalidad de su defendido", cuando de todas formas tanto para el "autor" como para el "coautor" la pena sería la misma.

Como corolario de lo anterior, sugiere a la Corte rechazar las censuras y por ende no casar el fallo acusado.

IV. Consideraciones de la Sala

1o. En primer término se hace necesario advertir que en sede de casación solamente tienen acogida los errores de hecho que comportan yerros jurídicos que repercuten en la violación indirecta de la ley, esto es, cuando se presenta una

disparidad entre los hechos conocidos en la sentencia (verdad de facto) y los procesalmente establecidos (verdad formal). Se muestran ajenos a esta acción aquellos errores que no obstante ser de hecho, consolidan una oposición o disparidad manifiesta entre la verdad probada que presenta el proceso y la verdad de lo que aconteció o realidad histórica del hecho impugnada al punto de conducir a demostrar que de haberlos conocido en tiempo el juzgador, el fallo no hubiera sido de condena, porque la inocencia del procesado frente al delito era indubitable, pues estos errores tienen como medio específico de impugnación la revisión.

Siendo ello así, improcedente a todas luces resulta la pretensión de revisión que entraña la demanda, sobre la base de que sería injusto permitir que el tribunal "condene a un inocente porque la verdad formal, la verdad procesal coincide con la sentencia impugnada, cuando la *verdad histórica* establece su inocencia y la conoce la *Corte Suprema* por haber sido allegada con la *demanda de casación* (así sea recepcionada extraprocesalmente por estar cerrado el debate probatorio)".

Reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corte al advertir que "en la casación no existen términos probatorios porque no es un recurso para comprobar hechos sino un recurso para hacer un juicio en el que solo se confronta la sentencia con la ley para determinar si se respetó el derecho objetivo y si no se ocasionó agravio al recurrente" (mayo 6 de 1982).

En consecuencia, resulta impertinente la solicitud de la demandante en el sentido de que se le conceda el mérito probatorio que corresponde a las pruebas "extrajudiciales" allegadas con la demanda, con las cuales pretende reforzar sus puntos de vista.

Aduce la censora que el caso sub-judice, se incurrió en *"Ambas formas del error de hecho"*: existe disconformidad entre los hechos declarados en la sentencia y los realmente sucedidos, y hay disparidad entre los hechos conocidos en la sentencia y los procesalmente establecidos".

Ya se hizo la aclaración previa, de que no todos los errores de hecho son del resorte del recurso de casación, sino únicamente aquellos que constituyen violación indirecta de la ley sustancial, pues si no tienen este específico alcance, resultan extraños a este instituto y se desplazan y ubican en la acción de revisión, por lo tanto, la Sala únicamente se referirá a los yerros que tengan acogida en sede de casación.

La confusión que ostenta la demanda en relación con el primer cargo es innegable, como pasa a verse: La casacionista predica del fallador de segunda instancia un *"Falso juicio de identidad"* por error *"En la interpretación y valoración de las pruebas"* y concretamente con respecto a la prueba testimonial de cargo y de descargo, a la indagatoria del procesado y entre otros documentos, los reconocimientos médicos del acusado, historia clínica y necropsia de la víctima.

El desarrollo técnico de esta censura presupone demostrar ante todo y por sobre todo que el sentenciador distorsionó el hecho en relación con lo que realmente indica el medio de convicción. Sin embargo, según puede corroborarse, la recurrente en clara transgresión del ámbito propio del error que invoca pretende demostrarlo con argumentos extraños al supuesto referido en el libelo.

Respecto al testimonio de Odilia Montaña Rivera, la censora sostiene que la misma declarante manifiesta "*No* haber visto" (refiriéndose a los hechos), lo que resulta totalmente contrario a la realidad procesal, según el texto de la declaración, lo que ocurre es que para tratar de demostrar su censura, transcribe únicamente los apartes que interesan a su alegación enfrentándolos con las afirmaciones de otros testigos del proceso, y en tales condiciones, no puede predicarse la existencia de un falso juicio de identidad.

Observa la Sala, que en resumen lo que la libelista ataca no es la tergiversación del testimonio de Odilia Montaña Rivera por parte del fallador (error de hecho por falso juicio de identidad), sino una supuesta equivocación del Tribunal al reconocerle "el valor de plena prueba de responsabilidad con fuerza de certeza" porque en su sentir, tal testimonio *"No ofrece credibilidad alguna"*, pues la sindicación contra Saúl Romero es *"Claramente ajena a la verdad"* y la deponente incurre en los delitos de falsa denuncia contra persona determinada y falso testimonio, cuestión que no entraña ninguna equivocación material, y por ende, tampoco constituye un error de hecho que fue el argüido, la alegación se desvía hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, cargo que en este caso no podría prosperar porque el testimonio fue valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica, luego el tener un criterio valorativo distinto al reconocido por el fallador, no constituye un error demandable en casación.

Sostiene la demandante, que el Tribunal "dedujo erróneamente que Darío Torres Muñoz había 'divisado' el hecho homicida" y agrega que los mismos errores aparecen respecto de Omar Torres, Marco Tulio y Hugo Montaña y Jacinto Torres, pues ninguno de ellos expresa que divisó a Saúl Romero ejecutando la acción homicida.

Basta leer el texto completo de los apartes pertinentes del fallo para darse cuenta que lo que se afirma no es lo que allí se dice, luego no existe la alteración del contenido de las pruebas a que alude la demanda. El Tribunal se pronuncia así en la sentencia:

"...y como retomara Saúl Romero González en presencia de Odilia Montaña Rivera y divisado por Marco Tulio Montaña Rivera, Jacinto Torres Muñoz, Darío y Omar Torres Muñoz y Hugo Montaña Cuervo, *según la primera*, fue quien incrustó el arma cortopunzante en el hipocondrio izquierdo de Saúl Eduardo Rodríguez, para luego huir y dirigirse al hospital La Granja, donde se hizo presente a las 8:40 p.m, conforme se advierte del texto del fl. 26, arribando al mismo sitio, a los diez minutos Saúl Eduardo, falleciendo allí".

En relación con los hechos expresa.

"...los deponentes comunican que se sucedieron prácticamente sin solución de continuidad, ya que tan pronto se alejaron los Agentes se reanudó el incidente y regresar Saúl Romero González después de haber recorrido un trecho de mas de cinco cuadras con los agentes, no es desplazamiento que demande lapso considerable sino unos pocos minutos y la misma recurrencia del desarrollo del segundo episodio no se opone a su reaparición en el escenario, cuando sus hermanas habían vuelto a caldear los ánimos y el occiso buscaba auxiliar a Jacinto Torres y *de ahí que los deponentes aludidos lo vieron*, de quienes no surge motivo alguno para desconfiar de sus asertos, *siendo tan imparciales que la única que refiere haber visto que le hendió el cuchillo a Saúl Eduardo Cruz Rodríguez fue Odilia Montañez (sic) Rivera y los demás, como solamente advirtieron que estaba allí, se limitaron a sostener esto* y que, desde luego, relacionado con aquello que captó Odilia y los demás factores temporo espaciales que ha descollado Sala, conforme la prueba sólida entorno a su autoría y consiguiente responsabilidad penal..." (subraya la Sala).

Simultáneamente la casacionista cuestiona la credibilidad que el fallador le dio a unos testimonios y le negó a otros, argumento que resulta totalmente ajeno al error de hecho por falso juicio de identidad que invoca.

Otro error de técnica en que incurre la demandante consiste en que al referirse a la prueba testimonial de los agentes de la Policía, y a la prueba documental - reconocimientos médicos, historias hospitalarias y necropsia de Saúl Cruz, sostiene simultáneamente con evidente contradicción, que el Tribunal las *"dejó de apreciar"* porque "las despreció en el análisis y valoración de la prueba" alegación propia del error de hecho por falso juicio de existencia; y además que *"les restó el verdadero alcance objetivo que tienen"*, pues que "tomó una decisión contraria a la verdad procesal y a la verdad histórica".

En las condiciones expuestas, es evidente que no se da el falso juicio de identidad predicado por la censora y en consecuencia se rechazará el cargo formulado.

2o. En cuanto a la nulidad, no constituye un verdadero cargo, ya que la demandante solicita sea declarada en forma oficiosa; la Sala de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, hace las siguientes observaciones:

Resulta desacertado el anterior pedimento impetrado por la libelista, puesto que la casación no es una tercera instancia en donde la Corte deba analizar oficiosamente toda la actuación para establecer la legalidad del juzgamiento, sino una reclamación extraordinaria en donde solamente puede esta Corporación en virtud de los principios de limitación y neutralidad ocuparse de los cargos concretos y técnicamente formulados a la sentencia.

El último inciso del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal, le otorga al Juez de Casación la facultad oficiosa de invalidar el proceso en aquellos eventos en que se presente una causal de nulidad, pero no por ello puede desnaturalizarse el recurso, hasta el punto que con la sola alusión de nulidad, se proceda por vía oficiosa a su estudio, puesto que como lo ha sostenido la Corte "El demandante está en la obligación, si es que el estudio del proceso infiere una o varias causas, de someterse a las reglas del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal donde se señalan los requisitos generales materiales de la demanda de casación; no basta aludir a la nulidad para dar por cumplido su deber en la confianza de la oficiosidad del Juez extraordinario. Tal deber, obviamente no riñe con esta, pero tampoco se confunde con ella" (Febrero 2 de 1988).

Si estimaba que la sentencia se dictó dentro de un proceso viciado de nulidad ha debido formular el cargo correctamente demostrando cada irregularidad y su trascendencia, no limitarse, como lo hizo, a hacer una relación de posibles motivos de nulidad sin fundamentación alguna, mezclados en un alegato confuso y antitécnico para luego invitar a la Corte a un pronunciamiento oficioso, que por lo demás, carece por completo de razón.

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*

Didimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

IMPEDIMENTO \ HABER EMITIDO CONCEPTO

La opinión o concepto anticipado que constituye motivo de impedimento, debe ser sustancial, vinculante y sobre todo emitido fuera del proceso y no dentro del mismo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 146 Dic. 14/92.

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre quince de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Corresponde a la Corte pronunciarse sobre el impedimento manifestado por la doctora Florangela Torres de Cardona, para conocer en segunda instancia y en su calidad de Magistrada de una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, del proceso seguido contra José Honorio Torres Morales por el delito de Actos Sexuales Abusivos.

ANTECEDENTES

José Honorio Torres, fue vinculado penalmente como responsable de un delito contra la libertad y el pudor sexual. Por este reato se le dictó medida de aseguramiento de detención precautelar y se le negó el beneficio de la libertad provisional mediante auto que fue recurrido en apelación y confirmado por el Tribunal Superior de acuerdo a las normas procesales por entonces vigentes sobre la materia.

Más tarde, recayó sobre el acusado resolución de acusación y en el curso de la causa José Honorio Torres solicitó la terminación anticipada del proceso conforme al art. 37 del C. de P. P.

Realizada la diligencia, el Fiscal y el procesado llegaron a un acuerdo que fue sometido a la consideración del juez del conocimiento, funcionario que lo rechazó por no estar de acuerdo con la calificación jurídica dada al hecho punible.

Esta determinación fue impugnada por el defensor del procesado y correspondió el conocimiento del recurso en segunda instancia a una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de la cual forma parte la H. Magistrada Florángela Torres de Cardona quien se consideró impedida para conocer del proceso.

RAZONES DEL IMPEDIMENTO

Considera la H. Magistrada, que ella por haber conocido en segunda instancia del recurso de apelación del auto que en la etapa del sumario denegó al acusado el beneficio de la Libertad Provisional, se halla impedida para decidir ahora en la causa de la impugnación contra el auto que rechazó la terminación anticipada del proceso.

Aduce como razones la funcionaria, que si bien el impedimento especial que consagra el art. 535 del Decreto 050 de 1987 ha perdido su vigencia por haber dejado de regir dicho precepto, es sin embargo aplicable de acuerdo al principio de favorabilidad, pues resulta conveniente para los intereses del procesado, que el recurso sea resuelto por Magistrados que no hayan conocido ni emitido concepto sobre el hecho objeto de juzgamiento.

Que además, el art. 103 del C. de P. P. consagra en su numeral 6o. un motivo de impedimento para el Juez que "hubiese participado dentro del proceso".

LA SALA DUAL DEL TRIBUNAL

Puesto en conocimiento ante sus compañeros de Sala el anterior impedimento, el Tribunal mediante decisión del 23 de noviembre de 1992, lo consideró infundado y dispuso remitir a la Corte el expediente para los fines legales de rigor.

SE CONSIDERA

La Corte debe compartir los lógicos y jurídicos razonamientos de la Sala Dual del Tribunal, pues es innegable que la causal en que se apoya el impedimento ha sido interpretada con desbordamiento de su preceptiva y de la voluntad del legislador al respecto.

Como ya lo ha expresado la Corporación en reiteradas ocasiones, el impedimento consagrado en el ordinal 6o. del art. 103 del C. de P. P. "está referido en forma exclusiva para el juez de segunda instancia y en relación con actuaciones

suyas como juez a quo,... 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" (Auto, sept. 28 de 1992).

Este criterio lo ha reiterado la Corte con mayor riqueza y fuerza argumentativas en decisión en la cual fue ponente el H. Magistrado Dr. Dídimo Páez y a la que pertenecen las siguientes consideraciones:

"...La Corte hace especial hincapié en su providencia de septiembre 28, con ponencia del quien aquí cumple igual cometido, porque es una verdad incuestionable que el impedimento es un aspecto inherente a la competencia y ésta debe estar atribuida en ley de inmediata aplicación en forma expresa al igual que sus excepciones, sin que sea de recibo analogía alguna. Por ello, la Corte enfatiza la prohibición al Juez para "crear o revivir causales" de impedimento so pretexto de interpretar las taxativamente señaladas por el legislador.

"La preceptiva invocada como impediente, aquí ha tenido una interpretación que rebasa el claro tenor de la norma, innegable, que las varias hipótesis señaladas en el texto 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.

"Cuando la norma alude a las dos hipótesis impedientes que consagra las actuaciones y el parentesco, las liga en forma inescindible a "la providencia que se va a revisar" siendo disyuntiva la "o" de la primera hipótesis precisamente para cobijar con el impedimento las actuaciones de esa primera instancia cumplidas en calidad de Ministerio Público, Fiscal, perito, secuestre, etc., y que por promoción o designación de quien las cumplió deba conocer de ese proceso en la segunda instancia".- (Auto dic. 14 de 1992).

Por otra parte, las causales de impedimento son taxativas y la ley ha sido cuidadosa al señalar los precisos motivos por los cuales se considera conveniente que un juez se separe del conocimiento del proceso, sin que puedan alegarse razones analógicas al respecto, menos tratándose de aspectos concernientes a la competencia que tiene carácter público y sólo puede determinarse por la ley.

Recálcase finalmente, que la opinión o concepto anticipado que constituye motivo de impedimento, debe ser sustancial, vinculante y sobre todo emitido fuera del proceso y no dentro del mismo, porque la decisión que se haya proferido en los inicios de una investigación, no ata ni vincula necesariamente al funcionario cuyo criterio puede perfectamente variar de acuerdo a los nuevos elementos de juicio, sin que por ello su imparcialidad sufra mengua o se lesione la rectitud de la administración de justicia.

El hecho de que un magistrado hubiese revisado en segunda instancia una resolución judicial en la etapa del sumario, era motivo suficiente para separarlo del conocimiento del proceso durante la causa. Pero esta circunstancia dejó de existir como causal de impedimento por mandato expreso de la ley y proceder en sentido diferente sería desvirtuar los fines y propósitos perseguidos por la voluntad del legislador.

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

DECLARA INFUNDADO EL IMPEDIMENTO manifestado por la Doctora Florángela Torres de Cardona, para conocer del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruíz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*
Salvamento de voto

Juan Manuel Torres Fresneda
Con salvamento de voto

Jorge Enrique Valencia M.
Salvo mi voto

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Nota de Relatoría:

Ver Salvamentos de Voto de fecha 28 de septiembre de 1992 de los Dres. *Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez* y *Juan Manuel Torres Fresneda.*(Gacet. Jud. Sala Penal. 1a. Parte).

NULIDAD \ ERROR EN LA CALIFICACION DEL DELITO \ CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES \ CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES \ RESOLUCION DE ACUSACION \ DEBIDO PROCESO

La equivocación sufrida al calificarse la infracción o errónea adecuación típica por constituir un error in procedendo, debe alegarse por la vía de la nulidad.

"Cuando el artículo 483-3 exige la calificación genérica del hecho 'con las circunstancias conocidas que lo especifiquen' se refiere a que el auto de proceder es de obligación incluible consignar las circunstancias específicas de agravación o atenuación que acompañan al delito y que lo constituyen o lo modifican, porque ignorarlas en el pliego de cargos para sorprender con ellas al procesado en la sentencia es violar una de las formas propias del juicio, garantía del derecho de defensa. En cambio, no sucede lo mismo con las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, o de agravación o atenuación punitivas que no tienen porqué ser relacionadas en el auto calificatorio, pues son de la discrecional apreciación del Juez de derecho al momento de fallar.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación. Radicación No. 7288

Fraybel o Fraybel Antonio Gómez Olaya

Delito: Homicidio voluntario

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado: acta No. 146 Dic. 14/92

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre quince de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Por auto de marzo 5 del corriente año se declaró *'admisible'* el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Flaybel o Fraybel Antonio Gómez Olaya contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 27 de noviembre de 1991, que lo condenó a once *(11) años* de *Prisión* como autor responsable del delito de *'homicidio voluntario'* en la persona de José Noel Camacho Cárdenas, al revisar, por la vía de la apelación, la sentencia también condenatoria proferida por el Juzgado Quinto Superior de la misma ciudad el 10 de septiembre del mismo año.

La demanda respectiva se declaró *'ajustada'* a las formalidades de ley (artículo 224 del anterior Código de Procedimiento Penal) el 4 de junio del año en curso, disponiéndose también que se corriera traslado de la misma por el término de 20 días al Procurador Delegado, para el correspondiente concepto y por 15 a las demás partes no recurrentes. Cumplido lo anterior, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo. A ello se procede.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los primeros tuvieron ocurrencia en la primera hora del 20 de septiembre de 1989, en el interior del establecimiento conocido como 'Bar los Romanceros', situado en inmediaciones de la glorieta del barrio 'Siloé', ciudad de Cali, donde José Noel Camacho Cárdenas fue víctima de heridas por arma de fuego, disparada por Flaybel o Fraybel Antonio Gómez Olaya y que lo llevaron a la muerte. En el desarrollo de los acontecimientos también resultó lesionado, por un impacto de bala en la cara, Jorge Eliécer Romero Rojas.

El Juzgado Quinto de Instrucción Criminal Permanente, tuvo conocimiento de que en la Clínica de los Seguros Sociales de Cali, había fallecido un ciudadano a consecuencia de disparos, el que resultó ser el mentado Camacho Cárdenas. Practicó entonces el levantamiento del cadáver y, con base en ello, el Veinte de Instrucción Criminal, ordenó diligencias preliminares para, luego, disponer la correspondiente apertura de investigación penal a la que se vinculó como procesado Fraybel Gómez Olaya y contra el que se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor de los delitos de 'homicidio' y 'lesiones personales', en concurso.

En su momento se calificó por el mismo Juzgado el mérito del sumario, con resolución acusatoria para el prenombrado Gómez Olaya, por el delito de 'homi-

cidio' -diciembre 26/90. Ejecutoriada ésta; declarada la apertura del juicio a pruebas; ordenadas y practicadas en lo posible las solicitadas y decretadas de oficio, se fijó fecha para la celebración de la audiencia pública y, ya en su desarrollo, la Agente del Ministerio Público demandó sentencia condenatoria para Gómez O. por estar plenamente demostrada la materialidad de la infracción y existir en su contra indicios graves, tales como el de mala justificación, huida y posesión del arma homicida. La parte civil estuvo de acuerdo con estas peticiones y la defensa, asegurando que la muerte de Camacho Cárdenas obedeció más a *negligencia médica* que a las heridas de que hablan los autos y que la prueba de cargo, sometida a la sana crítica, no permite la responsabilidad de su patrocinado y que el proceso está plagado de dudas, impetra la absolución de Gómez O.

El Juzgado Quinto Superior profirió sentencia condenatoria contra Fraybel Gómez Olaya o Fraybel Antonio Gómez Olaya, por el delito de 'homicidio', condenándolo a la pena principal de 13 años de prisión, determinación que, con modificaciones en cuanto a la pena, encontró confirmación en el Tribunal Superior de Cali y decisión esta sobre la que interpuso el recurso de casación que ahora se desata.

La demanda

Dos son los cargos que se presentan contra la sentencia, así:

Primer cargo: con base en la causal segunda del artículo 226 del anterior Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia de *no estar en concordancia con los cargos formulados en la resolución de acusación*. Efectivamente, el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal Radicado en Cali, profirió contra Fraybel Antonio Gómez Olaya resolución de acusación por el punible de *homicidio* de que trata el artículo 323 del Código Penal, sin agravantes ni atenuantes, ni por su cita ni por su descripción. En la fase del juicio, el Juzgado Quinto superior, no hizo variación de la calificación jurídica provisional en ejercicio de las facultades que otorga el artículo 501 del C. P. P. de 1987; y, en las sentencias de primera y segunda instancia, se dedujo aquella circunstancia de agravación punitiva contemplada en el artículo 66, ordinal 5o. del Código Penal, aumentando por ello la pena en *Un año de prisión*, no obstante que en la etapa probatoria de la causa ninguna prueba se practicó que acreditase tal gravamen.

Se debe poner de presente que el Magistrado que aclaró el voto no comparte la dosificación punitiva porque, tratándose de las agravantes establecidas en el artículo 66 del C. P., "es deber ineludible del juez al dictar la resolución de acusación, proponerlas, cuando ellas se den".

Ha dicho la Corte

En la consideración de agravantes y atenuantes la Corte no tiene un esquema rígido y absoluto de valoración. Las circunstancias y modalidades del caso llevan

a soluciones diferentes. Como enunciado general suele decirse: en cuanto a la *agravación* que no haya sido incluida en el auto de proceder, bien por la cita de la disposición pertinente, bien por la descripción que a ella puede corresponder, no es dable deducirla en la sentencia; en relación al reconocimiento de una *diminuente*, así no haya sido contemplada en el auto de cargos, es dable admitirla si tras una nueva valoración de lo aportado se deduce su justa existencia. Esto, claro está, si en el término probatorio de la causa no ha logrado variar, en favor o en contra del procesado, el punto de la diminuente o de la agravación *específica, o de la genérica pero considerada en la parte especial del estatuto penal sustantivo;* porque de ocurrir una mudanza en uno u otro sentido, debe estarse indudablemente al resultado de esta modificación". (Sent. octubre 20/87).

También ha dicho aquella Corporación (M. P. Dr. Jorge Enrique Valencia, determinación de junio 7/91) que "Resulta claro, entonces, que para no hacer nugatorio este derecho (el de *Defensa*), el acriminado ha de conocer con la suficiente anticipación los reproches elevados en su contra. Sólo así los podrá responder en debida forma, planear la estrategia defensiva adecuada a sus intereses y ejercitar los diferentes mecanismos previstos por la ley para tal fin; los recursos, la petición de pruebas, la controversia de las practicadas, ampliaciones a su injurada, etc., son algunos de ellos. Estas las razones para que el procedimiento ordinario instaurara lo que en el pasado se conoció como *pliego de cargos* o *auto de proceder* y que en la actualidad sistemática se le denomina como *resolución de acusación*. En dicho pronunciamiento de fondo se precisa, aunque de manera genérica, los delitos por los cuales ha de responder en el juicio que se avecina. ...Así las cosas, adviene indiscutible que, salvo la práctica posterior de pruebas que permitan establecer una imputación diferente, *el juez ha de ceñirse a los cargos plasmados en el auto de proceder*, para dictar la sentencia de rigor. Ignorar esta preceptiva con la formulación de reproches desconocidos, sin respaldo alguno, implica *sorprender al reo* quien se ve impedido para ejercitar su derecho a la réplica. De otra parte, es abrirse el paso franco al absolutismo legal, distante de nuestra tradición democrática."

De todo lo anterior se desprende la existencia de una desarmonía entre la resolución de acusación y la sentencia (primera y segunda), "la cual consiste en la incongruencia entre el cargo corrido por el funcionario instructor y los cargos con base en los cuales se profirieron los fallos condenatorios". Por ello la Corte debe emitir la sentencia de reemplazo, excluyendo la causal de agravación que se impuso, ilegalmente.

Segundo cargo: Haberse dictado la sentencia estando el juicio viciado de *nulidad* (art. 226, causal 3a.), por realización de *'una errada calificación'* pues que no debió hacerse por el punible de 'homicidio simple' art. 323 C. P., sino por *'tentativa de homicidio'* (art. 22 ibídem).

Demostración. Adiela Alzate Cárdenas, hermana del interfecto, señala que Nydia Pérez, esposa de éste, llegó en las horas de la madrugada del 20 de

septiembre de 1989 y les comentó que José Noel había sido herido, que se encontraba en los Seguros Sociales y que ya lo habían intervenido quirúrgicamente. Y, en la diligencia de levantamiento del cadáver -fl. 1- también se dejó constancia de aquella, al precisarse en la respectiva acta que, entre otras, se apreciaban como señales de violencia "laparotomía-sutura quirúrgica de 25 cms. en forma vertical sobre el abdomen; sutura quirúrgica en el costado izquierdo-incisión...". Y, en la diligencia de necropsia -fl.17- el patólogo forense da cuenta de que el cadáver de José Noel Camacho C. presentaba dos hematomas, el primero un hemotorax derecho de 1000 c.c. y el segundo en la cabidad abdominal hemoperitoneo de 1500 c.c.; allí el perito conceptúa que la muerte obedeció a *'anemia aguda'*.

Pues bien, cuando tratándose de heridas, se afirma que el factor desencadenante de la muerte fue 'anemia aguda', ello quiere decir que hubo pérdida excesiva de líquido sanguíneo. Y, el hematoma que toma diferente nombre según donde esté ubicado- , es "la extrabasación de sangre que se acumula dentro del organismo, pero fuera de los bazos que la transportan".

No hay pues duda de que Camacho Cárdenas fue intervenido quirúrgicamente y que su deceso ocurrió muchas horas después de tal intervención. Ahora, cuando un cirujano opera a quien presenta herida, necesariamente debe explorar cuidadosamente tanto el recorrido de las mismas (los proyectiles, para el caso) como los sitios adyacentes, para suturar todos los bazos rotos y evitar así que siga perdiendo sangre. Y, una vez terminada la intervención quirúrgica, el paciente debe ser trasladado a la Sala de cuidados intensivos, donde el cirujano responsable debe atender al suministro de líquidos y al control de los signos vitales (cada 15 o 20 minutos). Si un paciente *no* ha quedado suturado en debida forma, empieza a perder sangre, lo que a la postre 'puede acarrear *anemia aguda* y consecuentemente la muerte por shock hipovolémico'. Por último, si un paciente que ha sido intervenido está perdiendo sangre, comienza a bajársele la tensión arterial, y el cirujano debe de inmediato ordenar su traslado al quirófano, abriéndolo de nuevo y revisarlo para suturar el bazo que esté sangrando.

En el caso que nos ocupa, José Noel Camacho Cárdenas siguió sangrando después de intervenido, sin embargo no se le prestó la debida atención, a pesar de haberse contado con mucho tiempo (más de 10 horas), 'afirmación que es incontrovertible porque de haber sido atendido en forma adecuada, *jamás* hubiera presentado los hematomas a que se hace relación en el acta de necropsia'. Su muerte pues no es consecuencia directa de las heridas que sufriera, sino debido a *negligencia* o cualquier otra causa atribuible al cirujano que lo intervino, quien con su conducta propició que siguiera desangrándose y empero haber podido con base en el síntoma de la baja presión establecer esa irregularidad, 'nada hizo para conjurar el peligro y de ahí que se produjera la muerte por *anemia aguda*, de lo que se colige que nos hallamos en presencia de *una concausa* que fue la que a la postre causó el deceso de Camacho Cárdenas'.

Entonces, si se *rompió el nexo causal* que necesariamente debe existir en el homicidio, respecto de las lesiones causadas y la muerte de quien las sufrió, la conclusión obvia es que Fraybel Antonio Gómez Olaya no es responsable de la occisión de Camacho Cárdenas y por tanto la calificación que de la conducta del procesado se hizo en la resolución acusatoria, no concuerda con la realidad procesal 'y consecuencialmente tampoco coincide con el punible de homicidio agotado por el que fue condenado en la sentencia impugnada'. Se solicita, por lo expuesto, casar la sentencia, decretando la *Nulidad* de lo actuado a partir de la resolución de acusación, inclusive.

CONSIDERACIONES DE LA SALA Y DE LA DELEGADA

1.- Como es usual señalarlo, se ocupará la Corte *prima facie* del cargo de *Nulidad*, por razones de lógica ya que su prosperidad inhibe para proseguir en el análisis de las demás censuras, pues se derrumbaría la sentencia que es el objeto precisamente del recurso extraordinario de casación.

Plantea el impugnante que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de *Nulidad* como quiera que el instructor incurrió en errada calificación, pues la misma no debió verificarse por el punible de *'homicidio'* descrito en el artículo 323 del Código Penal porque lo correcto era la formulación del pliego de cargos por *tentativa de homicidio*.

Evidentemente el cargo está técnicamente mal planteado. Esta Corporación, en determinación de junio 20 de 1989, siendo magistrado ponente el doctor Lisandro Martínez Zúñiga, al respecto, reiteró lo predicado en casación de octubre 27 de 1977, así:

"La *Nulidad* a que se refiere el numeral 5o. del artículo 210 del C. P. P., consistente en haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, se hace patente coincidencia del caso concreto con la situación de hecho condicionante de la norma sustancial que *describe el delito en su forma general y abstracta*. De suerte que el error debe expresar un *nomen iuris* que no corresponde a la forma delictiva que conforman los hechos probados en el sumario. Nombre jurídico que de acuerdo con el artículo 483 del C. P. P., en la parte resolutiva del auto '...se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable...'. Esto significa que el error de calificación a que se contrae esta nulidad, tiene que recaer sobre la denominación jurídica de la infracción, según la ley. Y contrario sensu, que no existe nulidad cuando la equivocación versa sobre la especie particular que, dentro del género delictivo, se le señala al ilícito. ...".

El error en la calificación no recae, pues, remata la providencia en cita, "sobre las distintas formas de culpabilidad que admita el hecho punible y que el juzgador valora para formular la imputación, sino sobre la denominación jurídica del delito".

Lo transcrito, que lo fue para la vigencia del Decreto 409 de 1971, conserva cabal operancia, según lo ordenado por el anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), en su artículo 471, que fue el estatuto procedimental invocado por el censor. La equivocada calificación, pues, como concluye con acierto el Ministerio Público, "no recae sobre el grado de realización del hecho punible..., sino sobre la denominación jurídica del delito considerada desde el punto de vista de la sistemática a que corresponde su ubicación, dentro del título o capítulo correspondiente en el Código Penal. Y como del fundamento de la impugnación se desprende claramente que la acusación no está enderezada a atacar la calificación jurídica del hecho atribuido al procesado conforme a lo dispuesto en el artículo 323 del C. P., es decir, que ninguna inconformidad presenta el libelista respecto de la imputación a título de Homicidio Simple, frente a las otras modalidades de este punible consagradas en el Título XIII del C. P , la alegación se aparta sustancialmente de los derroteros legales y jurisprudenciales que enmarcan una réplica de tal naturaleza, por la vía de la *Nulidad*".

Reiterada y pacíficamente ha sostenido esta Corporación que la equivocación sufrida al calificarse la infracción o errónea adecuación típica, por constituir un error *in procedendo,* debe alegarse por la vía de la *Nulidad.* Pero, también, de igual forma, ha aseverado que el demandante debe comprobar dos cosas: 1.- que el delito por el cual se residenció en juicio criminal o se emitió resolución acusatoria, no se tipifica y, 2.- que es otra bien diversa la infracción cometida, concretándola. Pues bien, con ninguno de estos requisitos cumplió el impugnante, pues alude al mismo delito, *'homicidio'*, así en su alegación no sea un delito perfecto, sino una simple *'tentativa'*.

Atinado es considerar que, teóricamente, se podría pensar en que la acusación cabía orientarla por la vía de la *vulneración directa* de la ley sustancial, por falta de aplicación o exclusión evidente del artículo 22 del Código Penal, pero ello sería sólo para cuando el juzgador empero haber tenido en su decisión por acreditada la modalidad de la tentativa, finalmente la hubiera descartado, lo que jamás ocurrió en el evento *sub-judice*. O, por *violación indirecta*, para el caso de que se considerase que fue un yerro trascendente en la apreciación probatoria lo que determinó al fallador a desconocer el dispositivo amplificador de la tentativa porque éste se hallaba patentemente demostrado en los autos. Pero esto es exactamente lo que no acontece. Veamos:

Quiere la Corte recordar que, cuando el Juzgado Quinto Superior en la sentencia abordó el punto, por haber sido tesis planteada en la audiencia pública, se refirió al mismo así:

"...cuando como argumento central se prospecta que el deceso del señor Camacho Cárdenas se originó, no por la acción del procesado, sino por el descuido

de los galenos quienes demoraron en exceso la debida atención que demanda el estado crítico del occiso, tratan de estructurar así la proscrita *concausa* que sí recogía el código penal abrogado, pero con un desfase total por parte de quien ese argumento razona. Es evidente que la muerte del señor Camacho Cárdenas advino única y exclusivamente por razón de las lesiones que con arma de fuego le propinara Gómez Olaya. El hecho de haber sido atendido o no oportunamente se transmuta en un aspecto completamente secundario. La *anemia aguda* que le condujo a un estado de shock hipovolémico, *tuvo su génesis en el desangre que verificó la víctima por virtud de las lesiones a él inferidas*. Entonces resulta sumamente ilógico, que se quiera abstraer o por arte de magia hacer (desaparecer) esa secuencia causal lógica que efectivamente se verificó entre las lesiones y la muerte. Y más absurdo aún es pretender hacer aparecer, como lo hace la defensa, que quienes ahora resultan responsables de la occisión son los médicos o el personal paramédico que lo atendió, cuando lo único que hicieron fue desplegar los esfuerzos que tenían a su disposición para poder salvarle la vida,... .".

Ya antes el Juzgado, así no planteara expresamente la cuestión de la tentativa, había señalado:

"*No existe dubitación alguna sobre la materialidad del injusto*, pues la desaparición de José Noel Camacho Cárdenas se encuentra refrendada procesalmente a través de la diligencia de levantamiento del cadáver practicada por el señor Juez Quinto de Instrucción Criminal Permanente, con el correspondiente registro de la Notaría Cuarta de Cali en la que se da fe de su defunción, y finalmente con la *necropsia médico-legal* expedida por los médicos legistas de la ciudad, documento en el cual luego de hacerse una descripción detallada de las heridas padecidas por el occiso, diagnosticaron que éste sufrió heridas toracoabdominales -sic- por proyectiles de arma de fuego y que *su deceso obedeció a la anemia aguda producida por la pérdida de sangre, en razón a heridas del tórax, hígado y vena cava inferior.*"

La Fiscalía del Tribunal, al respecto precisó:

"Es, por decir lo menos, un derroche de tiempo y falta de consideración para con la H. Sala haber agregado .... específicamente aquello *de la causalidad*, en donde, no hay duda, los disparos deben ser tenidos como la causa eficiente y real de la muerte de la víctima, que la intervención médica no fue capaz de adelantar o atrasar *un hecho que de por sí tenía marcado cual sería el resultado final en razón de los órganos que sufrieron daño* como los pulmones, el hígado, la vena cava y el diafragma, *todo lo cual condujo a la opinión del Patólogo Forense de haberse causado la muerte en razón de las heridas que dieron lugar a la anemia aguda...*".

Y el Tribunal: "...La discrepancia del recurrente no es aceptable, además de las razones aducidas, por cuanto las glosas, reparos y críticas que el señor apoderado de la defensa hace a la sentencia al plantear que la muerte imputada a

su defendido no fue consecuencia de la conducta desarrollada por éste sino que lo fue por la negligencia de los galenos que no actuaron con la prontitud requerida permitiendo se desangrara. Olvida el profesional del derecho que fueron *tres (3) disparos que lesionaron órganos vitales* que necesariamente tenían que provocar la pérdida de sangre. ...".

Y hé aquí, textualmente, un aparte importantísimo del acta de necropsia: "Diagnóstico: heridas toracicoabdominales por *proyectiles de fuego* con:

-Laceración pulmón derecho

-Hemotórax derecho

-Laceración hepática

-Hemoperitoneo 1500 c.c.

-Laceración de cava inferior

Opinión: José Noel Camacho *murió a consecuencia de anemia aguda por pérdida de sangre, al sufrir herida de tórax, hígado y vena cava inferior.*

Modo de muerte: *violenta-homicidio.*"

Tomó pues del acervo probatorio y específicamente del acta de necropsia el recurrente solo aquello que le servía a sus fines, pero no quiso hacer ninguna referencia a lo transcrito por la Corte que dilucida en su contra, las cosas, sin lugar a ninguna réplica.

Nada más alejado de la realidad procesal, entonces, y en el sentido de que el dispositivo amplificador del tipo, la *tentativa*, esté demostrado en autos. Y lo que hace el censor, finalmente, es contruir con elementos separados que no recogen la esencia del asunto y que hábilmente toma según le convenga, su propia tesis, su personalísimo e interesado criterio, para oponerlo al del sentenciador, edificado éste con el poder legítimo que le da el principio de la sana crítica, de la persuasión racional, para la correspondiente y propia evaluación probatoria de las instancias que no puede ser derruida así en sede de casación.

Otra cosa: el recurrente no comprueba por parte alguna que la pérdida de sangre haya sido por los reales descuidos de los galenos que intervinieron a Camacho Cárdenas y a tan aislado e improbado aserto, radicalmente se opone la diligencia de necropsia que de manera diáfana determina que la causa de la muerte fue otra bien distinta, y la formidable, aplastante realidad que emerge de los tres disparos con que Gómez Olaya hirió la humanidad de Camacho C. y que le comprometieron muy seriamente zonas vitales todas. De ahí a la muerte mediaba un paso.

Como plantea las cosas el recurrente, cualquiera sea la gravedad (lesionen lo que vulnere) y el número de las heridas que se ocasionen a determinada persona, si la intervención quirúrgica se realiza *tiene* que comportar la curación (salvación para ser más exactos) del paciente y si no acontece así es porque, fatalmente, los médicos fallaron por negligencia o por ignorancia. La argumentación resulta inadmisible.

Definitivamente, el cargo no prospera.

2- Con base en la causal 2a. del artículo 226 del C.P.P. (Decreto 050 de 1987) alega el censor que no existe armonía, correspondencia entre los cargos formulados en la resolución de acusación contra su representado y los que al mismo le fueron deducidos en la sentencia de primera y segunda instancia, pues convocándosele a juicio por *'homicidio simple'*, empero se le condenó si bien por este mismo ilícito, con la *agravante* del artículo 66, ordinal 5o., pese a que no se produjo variación de la calificación jurídica provisional, ni se practicaron pruebas en la etapa de la causa que ameritaran el señalado empeoramiento.

Para la Delegada, "Si bien es cierto que no ha sido pacífica la doctrina de la Corte en cuanto a establecer que las circunstancias genéricas de agravación punitiva no deben formar parte de la resolución de acusación por cuanto estas no tienen que ver con la responsabilidad y por ende, con el tipo penal, sino que conforman un criterio de dosificación punitiva y por tanto, atañen a la punibilidad, es éste el criterio mayoritario que se ha impuesto en la Sala de Casación Penal al señalar que:

" 'ha venido sosteniendo con reiteración y lo reafirma una vez más que *la no inclusión de las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva en la providencia enjuiciatoria* (auto de proceder o resolución acusatoria) no genera irregularidad sustancial que afecte el debido proceso porque ellas constituyen, no el único, sino uno de los varios criterios dosificadores de la pena conforme al artículo 61 del C.P., los cuales solo deben ser examinados por el juez en la sentencia de condena para determinar el monto de la pena, dentro de los límites mínimo y máximo establecidos en la disposición violada.

"'*No sucede lo mismo con las circunstancias específicas de agravación*, pues en relación con ellas es indispensable que el juez las consigne en la resolución de acusación porque ellas tienen la virtualidad de integrar o modificar instantáneamente el tipo penal y es por ello no sólo conveniente sino necesario que el procesado las conozca para que pueda ejecutar adecuadamente su defensa.

"'En cambio, como ya se anotara, las circunstancias genéricas de agravación o atenuación que pueden ser comunes a todos los tipos penales, y por tanto solo inciden en la 'dosimetría de la pena pertenecen a la órbita de apreciación del juzgador en el momento de dictar sentencia' (C.S.J., Cas. de julio 10/92. M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

"Frente a la tesis imperante en la Corte pierde, pues, vigencia el concepto plasmado en la aclaración de voto a que se refiere el casacionista para sustentar la acusación, y que delimitada la jurisprudencia que así mismo trae a colación, en cuanto al reconocimiento de agravantes y atenuantes específicas que se deducen en la sentencia, como se desprende también de su atenta lectura y que por ende no se ajusta al caso debatido...".

Quiere la Corte a su turno citar la decisión de abril 4 de 1989, M.P.Dr. Lisandro Martínez Zúñiga, que, a su vez, remembra la de noviembre 2 de 1983, M.P.Dr. Fabio Calderón Botero, así:

"Cuando el artículo 483-3 exige la calificación genérica del hecho 'con las circunstancias conocidas que lo especifiquen' se refiere a que en el auto de proceder es de obligación ineludible consignar las circunstancias específicas de agravación o de atenuación que acompañan al delito y que lo constituyen o lo modifican, porque ignorarlas en el pliego de cargos para sorprender con ellas al procesado en la sentencia es violar una de las formas propias del juicio, garantía del derecho de defensa. En cambio, no sucede lo mismo con las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, o de agravación o atenuación punitivas que no tienen porqué ser relacionadas en el auto calificatorio, pues son de la discrecional apreciación del juez de derecho al momento de fallar.

"Ese criterio se explica porqué desde el punto de vista punitivo las circunstancias específicas tienden a preestablecer de modo absoluto los límites máximos y mínimos que tiene el delito de que se trata, mientras que las circunstancias genéricas solo se limitan a permitir la determinación concreta de la pena entre ese máximo y ese mínimo establecidos. Entonces, desde el auto de proceder, con las circunstancias específicas, se está señalando de antemano y en abstracto el límite máximo y el límite mínimo de la pena imponibles en caso de condena, de suerte que el procesado tenga la seguridad de que en el peor de los eventos, esos extremos no serán, en principio, rebasados por el juzgador.

"El otro aspecto que reafirma el anterior criterio es que el procesado adquiere la seguridad jurídica de que esas circunstancias específicas indicadas en el auto procesatorio tendrá que defenderse, y la certeza razonable de que no va a responder de otras de igual naturaleza en la sentencia, a menos que sobrevengan en el límite probatorio de la causa...".

Esas premisas fueron repetidas por la Corporación en fallos de junio 24 de 1986 y mayo 25 de 1987, entre otros.

El asunto es pues ciertamente claro. Y es, finalmente, del caso recordar que el mismo fue debatido en las instancias, recibiendo siempre de los juzgadores la misma respuesta que ahora da la Corte, y que la agravante (los disparos de Gómez Olaya contra el hoy occiso Camacho C. de manera sorpresiva y cuando este se hallaba desarmado) permanentemente fue una realidad procesal.

El recurrente simplemente ha querido insistir en su opinión, apoyado en una aclaración de voto y en jurisprudencia que no ha sido entendida en su genuino sentido. Pero lo patente es que habiéndosele formulado resolución de acusación por 'homicidio' se le condenó por el mismo ilícito y que dentro de los límites fijados por la ley se le dosificó la pena, estando cabalmente autorizado el juzgador para agravar la sanción por la circunstancia plasmada en el artículo 66 del Código Penal, numeral 5o., así la misma no le hubiera sido deducida cuando se calificó el mérito del sumario.

Indudablemente que el cargo no prospera.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida, ya señalada en su origen, fecha 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 M.*
Salvo parcialmente mi voto

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

Nota de Relatoría:

Ver salvamento de fecha noviembre 26 de 1992 del Dr. *Jorge Enrique Valencia Martínez* (Gacet. Jud. Sala Penal. 2a. Parte).

CASACION \ NULIDAD \ JURAMENTO \ ERRONEA CALIFICACION DE LA INFRACCION \ AUTOR

Por razones de lógica, ha sostenido la Corte que siempre prima facie considerar el cargo o cargos que se formulen con fundamento en causales de nulidad porque, de llegar a prosperar este, el proceso hay que retrotraerlo a la fase en que se produjo tan trascendental vicio.

De los cargos que formula el indagado contra terceros son inescindibles, esto es, que no se pueden separar o dividir de los que a su turno acepta como cumplidos por él porque de todas maneras siempre redituría en una consecuencia de personal responsabilidad, resulta obvio que no podría exigírsele el juramento sin ir contra la garantía constitucional plasmada en el artículo 33. Pero si las imputaciones contra otros son claramente separables de las que el indagadoriado confiesa realizadas por él, es patente que deberá sobre aquellas juramentársele.

La errónea calificación de la infracción o errónea adecuación típica, por constituir un error in procedendo que quebranta la estructura formal del proceso debe incoarse por la vía de la nulidad. Y se deben acreditar dos cosas: 1. que el delito por el que se llamó a juicio no se tipifica; y 2.- que es otra muy distinta la infracción cometida, precisándola.

El perfil jurídico del determinador se ha ideado fundamentalmente, para extender a este la represión propia del autor.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación. Radicación No. 6837

Contra: Carlos Alberto Bernal Engativá y Eliserio Quintero Rodríguez

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado acta No.144 Dic. 9/92

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre quince de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Por determinación de octubre 28 de 1991 se *admitió* el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados Carlos Alberto Bernal Engativá y Eliserio Quintero Rodríguez y por éste último, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de agosto 12 de 1991 que confirmara la de junio 14 del mismo año, proferida por el Comandante del Batallón de Intendencia del Ejército, como Presidente del Consejo de Guerra y Juez de Primera Instancia y mediante la cual se les condenó, con otro, imponiéndoles al último de los mencionados la pena principal, de treinta y tres (33) meses de *prisión* como persona instigadora del delito de *'peculado'* por apropiación en el grado de *'tentativa'* y las accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Militares e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la principal y, al primero, a veinticinco (25) meses de prisión dada su condición de *cómplice* en la misma infracción y a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Las demandas respectivas se declararon *ajustadas* a las formalidades de ley por auto de abril 7 de 1992.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros se contraen a lo denunciado por el Teniente Alfonso Duarte Medina, Oficial de Servicio de la Brigada de Apoyo Logístico del Ejército Nacional de Colombia, en documento por él suscrito de noviembre 24 de 1989 y en el cual adveró:

"Siendo las 2:40 de la mañana fui despertado por el Comandante de Guardia, informándome que el señor Coronel Agreda, jefe de Estado Mayor de la Brigada

Logística, me necesitaba en la Guardia, me dirigí a mi Coronel Agreda quien me contó que por informaciones del DG Bejarano Martínez Iván quien se encontraba de relevante se hallaba dentro de las instalaciones del Batallón al parecer el SS. Bernal Engativá Carlos y un civil, sustrayendo material para luego acomodarlo en el carro del SP. Quintero Rodríguez Eliserio el cual se encontraba en el parqueadero del Batallón. Recibí la orden de mi Coronel de ingresar a las instalaciones del Batallón, para localizar el personal antes nombradas, procedí a cumplir la orden, ingresando con el DG.Bejarano y dos (2) Soldados más, haciendo una inspección minuciosa de todas las instalaciones sin poder ingresar a algunos recintos que se encontraban con llave. El resultado de dicha inspección fue negativo, se procedió entonces a dejar centinela alrededor de las instalaciones del Batallón, previniendo, que el personal sospechoso, intentara salir del Batallón. Fue así como al poco tiempo se me presentó un Soldado, que se encontraba de centinela enla garita, o puesto 4, informándome que había visto pasar al Sargento Bernal corriendo hacia el Casino de Suboficiales de la Brigada, me dirigí con unos soldados, al sitio mencionado, en donde después de varios intentos logré que el SS. Bernal saliera de su habitación, le dí la orden de uniformarse y presentarse en la guardia, cuando se me presentó en la Guardia, le pregunté que a qué hora había llegado y me dijo que a las 01:00 AM, no me dijo más, le dí entonces la orden de regresar a la habitación y permanecer allí bajo la custodia de un centinela hasta nueva orden.

"Aclaro que mi Coronel Agreda ya me había señalado que en el carro SP. Quintero Rodríguez Eliserio en la parte trasera del mismo a través del vidrio se podían apreciar dos (2) cajas, sin conocer su contenido se ordenó, que un Soldado debería permanecer vigilando el carro, evitando que alguien se acercara al mismo.

"Permanecí pendiente de cualquier situación que se presentara hasta la hora de la diana la cual se controló como está ordenado.

"A las 5:45 AM, se presentó un Soldado de los que estaban de centinelas en la puerta civiles del Batallón de Intendencia, para informarme que dentro de las instalaciones y por ese sector había aparecido el TO. López Fonseca Néstor, dí la orden de vigilarlo y no dejar que se saliera de allí. Procedí a informar al señor Coronel Sánchez y luego informé a mi Coronel Agreda de los últimos hechos, quien ordenó llamar a mi Mayor Ramírez Ejecutivo del Batallón de Intendencia No. 1, para que viniera el mismo y practicara una inspección del material sustraído. Una vez se hizo presente el señor Mayor Ramírez se ingresó al Batallón en donde el civil López mostró el resto del material que estaba listo para ser sacado". Transcripción textual.

Posteriormente, mediante diligencia de inspección judicial, se estableció que los bienes (442 conos de hilo), sustraídos del almacén de materias primas del Batallón de Intendencia, encontrados en el automotor de Eliserio Quintero, tenían un valor de $ 690.067,69.

Fue el Juzgado Octavo de Instrucción Penal Militar el funcionario que abrió investigación penal por estos hechos (noviembre 24/89), procediendo de inmediato a recibir las declaraciones de los testigos y las injuradas de los procesados. De éstos, el primero que se escuchó fue a Néstor López Fonseca, de profesión kardista del señalado almacén, quien aseveró que fue llevado al ilícito por el sargento Carlos Alberto Bernal Engativá, pues que a cambio de su ayuda en la sustracción de los objetos, le ofreció cierta suma de dinero que le permitiría sufragar los gastos de escritura y subrogación del crédito de una casa que últimamente había adquirido. Confesó el incriminado la forma como prestó su colaboración a los suboficiales del ejército, para al final, ser sorprendido en la actividad delictiva.

A su turno, Bernal Engativá, Administrador de la 'Tienda del Soldado' afirmó que, el día de los hechos, a eso de la una de la madrugada, luego de haber ingerido licor, llegó al Batallón y allí se encontró en la guardia de la Brigada Logística con el civil López Fonseca; que éste le había dicho que 'tenía unos hilos de cuadre y que los iba a sacar' por lo cual tomó una de las dos cajas que se hallaban a la puerta de entrada del Batallón de Intendencia y la llevó al carro de su compañero el Sargento Eliserio Quintero Rodríguez, en tanto López F. hacía lo propio con la otra. Que no sabía el contenido de la caja es lo que asegura y que no obró con el propósito de sustraerse bienes del Ejército, ni indujo a nadie a delinquir en perjuicio de éste.

Que también es ajeno totalmente a los hechos delictivos aseguró Luis Javier Díaz Bohórquez, quien se desempeñaba como Comandante de Guardia el día de los acontecimientos, pero que sí envió a los centinelas a un lugar apartado de donde prestaban vigilancia, más no con el propósito de permitir el retiro de los bienes sustraídos, sino porque la rutina era que se pasaran rondas periódicas a los distintos lugares custodiados.

Que el automotor de su propiedad y donde se encontraron en el mismo momento de los hechos ilícitos las cajas contentivas de los objetos sustraídos, no fue dejado allí *ex-profeso*, sino que días antes, se había varado ahí exactamente, pero que ni siquiera él tenía las llaves del vehículo, sino su amigo el Sargento Díaz B., es lo que sostiene en su indagatoria Eliserio Quintero Rodríguez, Almacenista de materia prima del Ejército, cuyas llaves dice sí tenía en su poder.

El 28 de noviembre del mismo año, el Juzgado Instructor resolvió la situación jurídica, ordenando la detención preventiva de Bernal Engativá, Quintero Rodríguez, Díaz Bohórquez y López Fonseca como presuntos responsables del delito de 'hurto'. Allí mismo se ordenó la compulsa de lo pertinente, en orden a que el juez Municipal -reparto continuara con el trámite de lo correspondiente al último de los mencionados, por tratarse de un civil.

En diciembre 12/89 se sustituyó la medida de aseguramiento que se había dispuesto en contra de Quintero Rodríguez, por la caución prendaria en cuantía de

un salario mínimo mensual legal, por considerarse que se trataba solo de un cómplice. El 2 de abril de 1990 se ordenó la libertad provisional para Díaz Bohórquez y, al día siguiente, la de Bernal Engativá.

Mediante determinación de julio 27/90 del Comando del Batallón de Intendencia, se amplió la fase instructiva, comisionándose para tales efectos al mismo Juzgado de Instrucción Penal Militar, funcionario que la regresó al comitente una vez perfeccionada. Y fue el 18 de diciembre del mismo año que el Comandante del Batallón de Intendencia, declaró cerrada la averiguación, para con Resolución No. 01 de Abril 8 de 1991, convocar Consejo de Guerra, sin intervención de vocales, en la Guarnición de Bogotá, en orden al juzgamiento de Eliserio Quintero Rodríguez como autor intelectual del delito de 'peculado' por apropiación y en el grado de 'tentativa' y de Carlos Bernal Engativá y Luis Javier Díaz Bohórquez, en su condición de *cómplices* en la misma infracción penal. El 4 de junio de 1991 se cumplió la audiencia del Consejo de guerra y el 14 de junio siguiente se emitió la sentencia de primera instancia, con los resultados vistos *ab initio* del presente proveído, la que, al ser recurrida, encontró cabal confirmación en el Tribunal Superior Militar, determinación que es la objeto del presente recurso extraordinario de casación.

Las demandas de casación

A.- *La primera*, la presentada a nombre de Carlos Bernal Engativá. Dos son los cargos que se formulan, así:

Primer cargo.- Con fundamento en la causal primera cuerpo segundo (art. 442-1 C.P.M.), se estima que la sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial por *error de derecho* en la apreciación de la prueba, "*por falso juicio de legalidad*, al tener como prueba declaración recibida en forma ilegal... Se trata de las afirmaciones incriminatorias formuladas por el civil Néstor López Fonseca, vertidas en sus indagatorias y que *no fueron juramentadas*".

Este aserto se demuestra con el texto completo de las injuradas rendidas por López F., las primeras ante el juez de Instrucción Penal Militar y, la tercera, ante el Juez 44 Penal Municipal de Bogotá, y en las que *no fue juramentada por los cargos* que le formula al Sargento Bernal Engativá, como lo dispone el artículo 593 del Código Penal Militar.

No es cierto, como lo asegura la sentencia, con apoyo en cita doctrinal, que el juramento del procesado sea necesario solo cuando se hacen cargos a otra persona, sin inculparse a sí mismo, o sea que, 'en el caso a estudio, cuando el civil López Fonseca acepta también su participación en los hechos investigados, no era indispensable tal requisito'. El citado artículo 593 no condiciona "el juramento al hecho de que el procesado no reconozca su participación en el acontecer investi-

gado". Lo que dice la norma es que se debe volver a interrogar sobre el punto -la declaración contra otro- bajo juramento, confiese o no confiese, 'como si se tratara de un testigo'.

El Tribunal acepta implícitamente que la única prueba de la presunta autoría intelectual de Quintero y desde luego de Bernal como cómplice en el delito de peculado en el grado de tentativa, la constituye la declaración de Néstor López Fonseca, pero la misma por ser incriminación de un sindicado contra otro, debía estar respaldada por el juramento como lo ordena la ley. Y como así no se hizo no puede servir de sustento de la sentencia por haber sido ilegalmente producida. Se violaron así entonces los artículos 593 del C.P.M. que exige el juramento para tener como prueba la imputación contra otro; el 487 del mismo estatuto, sobre legalidad de la prueba; el 488 *ibídem* "que prohíbe dictar sentencia condenatoria si la prueba del delito y de la responsabilidad del proceso no está legalmente producida por esta vía indirecta se aplicaron indebidamente los artículos 189 de C.P.M. que define el peculado por apropiación, 19 *ibídem* que define la tentativa y el 21 del mismo sobre complicidad...", todo lo cual hace que la sentencia deba ser casada por la Corte, para en su lugar proferir la de sustitución, absolviendo a Bernal Engativá.

Segundo cargo.- Se da el numeral 3o. del artículo 442 del C. de J.P.M. ('cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de *nulidad*') porque la aquí proferida y atacada lo fue estando de por medio un "*error manifiesto en la calificación del hecho punible*, pues el juzgamiento se hizo por el delito de peculado por apropiación en la modalidad de tentativa, artículo 489 del C. de J.P.M., cuando lo procedente hubiera sido que se realizara por *hurto*, artículo 278 *ibídem*".

Nada obra en el proceso que establezca que los bienes presuntamente objeto de apropiación les hubieran sido confiados a los procesados Carlos Alberto Bernal Engativá y Néstor López Fonseca, en administración o custodia y menos aún en razón de sus funciones, elementos estos fundamentales exigidos en el tipo penal de 'peculado' y cuya ausencia hace imposible la adecuación allí del hecho investigado. Al único que remotamente se le podría considerar incurso en el peculado por apropiación sería al Sargento Eliserio Quintero Rodríguez. Sin embargo está probado y aceptado en las instancias que no fue autor material y que ante la total ausencia de pruebas se optó por juzgarlo como autor intelectual. Empero, el único medio de prueba que aparentemente respaldaría esta imputación es inexistente o por lo menos está viciado de nulidad absoluta. Se trata de la imputación que le hace el civil López Fonseca, en sus diversas indagatorias, *sin que en ninguna se le haya juramentado como lo exige la ley (artículo 593 del C.P.M)* y de ahí su nulidad porque como lo dispone el artículo 29 de la Constitución Nacional. "Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". Desaparece así el único cargo en el que remotamente pudiera sustentarse el elemento fundamental del tipo que se comenta.

Durante el trámite procesal e incluso en la actuación que la justicia ordinaria adelantó contra Néstor López, siempre se consideró que la conducta delictiva era la constitutiva del *hurto* y la calificación del *peculado por apropiación* solo vino a darse en la resolución de convocatoria al Consejo de Guerra, lo que demuestra 'la coincidencia del hecho con el tipo penal del delito de *hurto* y la observancia del principio de tipicidad establecido en el artículo 3o. del Código Penal Militar".

Se violaron así los artículos 478, 488 y 593 del proceso penal militar y las normas sustantivas 189, 19 y 21. Por lo tanto, se presentaron graves irregularidades en el juzgamiento que afectan el debido proceso (art. 464-2 C.P.M.). Se debe en consecuencia casar la sentencia y declarar la *nulidad* de lo actuado a partir de la resolución de convocatoria al Consejo de Guerra, inclusive.

B. La segunda, la formulada a nombre de Eliserio Quintero Rodríguez. Cuatro cargos contiene esta petición de quiebre de la sentencia, así:

Primer cargo.- Con apoyo en la causal primera -aparte segundo- del artículo 442 del C.P.M. se acusa la sentencia de segundo grado de ser violatoria indirectamente de las normas de derecho sustancial, por *error de derecho en la apreciación de las pruebas, por falso juicio de legalidad*, con desconocimiento de los artículos 524 y 593 de la obra citada, al reconocer como legítima prueba de cargo, para posteriormente fundar en ella la condenación de Eliserio Quintero Rodríguez, las afirmaciones hechas por Néstor López Fonseca, siendo que *no fue juramentado* en sus imputaciones contra terceros.

El Tribunal Superior Militar reconoció validez a las injuradas criticadas por estar avaladas por otras pruebas, pero cuáles son ellas?. La verdad es que las únicas posibles no son más que hipótesis, bastante peregrinas, obtenidas de señales como lo de que Quintero era el almacenista, que aquel dizque días atrás le había propuesto sacar unos materiales, que López era un kardista y por su oficio sabía cuáles las existencias del almacén, el haber dejado su vehículo automotor, en el que se encontraron los objetos supuestamente sustraídos, en fin. Pero lo cierto del caso es que López *no fue juramentado en sus cargos* y ello va contra las normas citadas anteriormente y *hace el acto inválido*. La admisibilidad de las imputaciones se opone a las previsiones de los artículos 487 y 488 del C.P.M., pues como la prueba del cargo no fue legalmente aducida no puede dar pie a un fallo de condena, llegándose así a la violación indirecta del artículo 189 *ibídem* 'como solicito a la H.C.S.J. declararlo y dictar el fallo consecuencial con ello'.

Segundo cargo.- Con base en la misma causal primera, cuerpo segundo, se acusa la sentencia de ser *violatoria de la ley sustancial, indirectamente*, "por interpretación errónea y en error de hecho, manifiesto en el proceso, específicamente de los artículos 492 y 542 a 545, entre otros", del C. de J.P.M. El fallador *ad quem* incurrió en *error de hecho por falso juicio de identidad*, al aducir como cargo contra mi representado una serie de 'probanzas' "que en su entelequia configura

una unidad de prueba, llevando a un hecho indicador el cual no solo el fallador de segunda instancia sino el 'a quo' tergiversaron".

Como pruebas configuradoras del hecho indicador plural se tuvieron en cuenta:

a.- Las afirmaciones de Eliserio Quintero, según las cuales inicialmente sostuvo no haber dejado en manos de persona alguna las llaves del almacén, aserto que luego contradijo el mismo procesado para aceptar que sí las había dejado en poder de Díaz Bohórquez, quien, igualmente poseía las llaves del automotor de propiedad de Quintero;

b.- Las atestaciones del civil López Fonseca, quien informó que Quintero le había insinuado días antes de los hechos que le ayudara a sacar del almacén unos elementos que sobraban del mismo;

c.- La deducción de que Quintero era el jefe del almacén y por lo tanto tenía mando y disponibilidad sobre el mismo;

d.- El hecho de que Quintero dejó su vehículo en las instalaciones del Batallón de Intendencia para facilitar el transporte de las mercancías;

e.- El kardista López ni mandaba ni disponía sobre el almacén ni tampoco sabía qué sobraba ni qué faltaba;

f.- Que los sargentos Díaz y Bernal ignoraban qué había o qué no había en ese lugar; y,

g.-Que Quintero debió facilitar la entrada de los demás partícipes del hecho al almacén.

Todo este cúmulo de apreciaciones no son más que meras suspicacias de suyo deleznables, que jamás pueden constituir una prueba irrefutable. Los hechos ciertos dentro del proceso son:

1.- Que Quintero Rodríguez tenía bajo su mando, control y vigilancia, el almacén del Batallón y como tal conocía de sus existencias -faltantes o sobrantes-; 2.- Cierto es también que tal sub-oficial debió dejar en las instalaciones de ese destacamento el automotor de su propiedad por encontrarse dañado; 3.- Que para el día de los hechos (no en la noche) las llaves del almacén o de sus puertas de acceso, las tenía el Sargento Quintero; 4.- Que éste no se encontraba en el almacén al momento de los acontecimientos; 5.- Que ni Bernal ni Díaz sabían del manejo del almacén, su contenido y demás; y 6.- El civil y kardista López necesariamente sabía de la existencia o faltantes de elementos en el almacén.

Pero estas 'señales indicadoras' no pueden constituir "una unidad de indicio o hecho indicador por su improbidad". La única persona que da cuenta de la presunta culpabilidad de Quintero R. es López, pero su imputación es inexistente o cuando menos está viciada de nulidad absoluta, por cuanto *no se juramentaron los cargos* y por ende no supervive ninguno en contra de aquel. Con todo, aun con esta versión (aquí entra la demanda en detalle a confrontarla con su particular criterio), las deducciones del fallador no son más que conclusiones erróneas, pues los hechos de los cuales parte no conducen a la demostración de que Quintero Rodríguez hubiese sido el determinador del delito.

"Como resulta de lo anterior el alcance la violación enunciada aparte de tocar contra lo prevenido en el Art. 488 CPM, pues que no 'obra en el proceso prueba legalmente producida del hecho punible y de la responsabilidad del acusado', hace también con la necesidad de considerar la subsistencia del mandato del art. 248 del Código de Procedimiento Penal, referente al *'in dubio pro reo'* cuanto que todos esos aspectos relievados por los juzgadores, al llegarse a un análisis lógico confrontable e incuestionable con las demás pruebas vertidas en autos constituyen una *protuberante duda* que 'se debe resolver a favor del procesado' máxime que ya no hay modo, manera ni forma de eliminarla. Con todo, también se quebrantaron los Artículos del Estatuto Penal Militar 492 al apreciarse equivocadamente las 'pruebas' atrás relacionadas como de cargos, a título de cadena de hecho indicador, y, por supuesto 542 a 545 del mismo ordenamiento que tratan de los indicios, su unidad, la prueba de hecho indicador y su apreciación.

"Se impone conclusivamente entonces, como respetuosamente lo solicito a esa alta Corporación, el casar la sentencia impugnada y proferir la que ha de corresponder, con arreglo al Artículo 488 atrás citado, esto es la absolutoria que compete el caso estudiado y específicamente en favor del S.V. Eliserio Quintero Rodríguez, o adoptar, en unión al cargo anterior la decisión que según el soberano juicio de la h.C.S.J. sea procedente". -Sic-.

Tercer cargo.- La sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial, en forma indirecta, *por error de hecho por falso juicio de convicción*, al desconocer la existencia de la *duda* razonable y manifiesta que surge del haz probatorio, al aceptarse como válida la atestación del civil López Fonseca, a quien *no se juramentó en sus cargos.*

En aras de la debida brevedad se hace remisión a los anteriores comentarios, anotándose sí cómo es de suyo dudosa la posición del único testigo de cargo y, por supuesto, las evaluaciones que hacen los sentenciadores pues no tienen un sólido arraigo en el proceso, siendo simples sospechas de que algo pudo ser cuando en verdad también pudo no ser: la famosa autonomía intelectual.

Se desconoció el principio del *'in dubio pro reo'* y, así, se erró al inadvertir la no existencia de un nexo causal entre los pretendidos hechos indicadores y lo a

resolverse en la sentencia. Se olvidó considerar la previsión legal del artículo 248 del C.P.P., es lo que se anota de manera conclusiva.

Cargo cuatro.- Se acusa la sentencia de ser violatoria -*directamente*- de la ley sustancial, *por errónea apreciación* de los principios regulados en los artículos 56, 60-1-5-8, 19, 20 y 198 del C. de J.P.M. Lo anterior porque al *cuantificarse la pena imponible* al S.V. Quintero Rodríguez el sentenciador parte equivocadamente de un mínimo de 30 meses aumentados en 3 más (agravantes del art. 60), sin concederle correcto alcance a la norma que establece que la sanción mínima para el delito juzgado es de 24 meses y que puede ser reducida hasta la mitad, según voces del artículo 19 del C.P.M.

Es que, no obstante estimarse viables las agravantes genéricas aludidas, ha debido partirse del mínimo realmente entendible según el artículo 198 del C.de J.P.M. (2 años), disminuyéndolo hasta en la mitad, para quedar en 12 meses y agregándole otros 3 por razón de esas, se reitera, agravantes, para un total final de 15 meses.

También existe una posible falla en *la concesión de la condena de ejecución condicional* (art. 62), pues Quintero R. carece de antecedentes penales o disciplinarios, así se diga en la sentencia, dentro de la discrecionalidad que le permite la ley, que por su condición de autor intelectual, superior jerárquico de los restantes inculpados, merece una mayor "reprimenda".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

1.- Por razones de lógica, ha sostenido la Corte que se impone *prima facie* considerar el cargo o cargos que se formulen con fundamento en causales de *nulidad* porque, de llegar a prosperar éste, el proceso hay que retrotraerlo a la fase en que se produjo tan trascendental vicio, lo que de todas maneras comporta que la sentencia, precisamente materia del recurso de casación, se derrumbe y ello hace que el estudio de las otras censuras no tenga razón de ser, objetivo alguno. Esa es una verdad de a puño que aún conserva cabal vigencia. Lo que acontece, empero, como bien lo indica la Delegada, es que en el caso *sub-exámine*, la nulidad alegada se hace consistir en que se presentó un "error manifiesto en la calificación del hecho punible", pero para arribar a tal conclusión fue presupuesto *sine qua non* asegurar que no se tipifica el delito de peculado por el que se convocó a Consejo de Guerra y se condenó por cuanto *la única prueba de cargo* en tal sentido la constituyen los aserros de Néstor López Fonseca, en sus varias indagatorias, *en ninguna de las cuales se le juramentó*, como así lo exige el Código de Justicia Penal Militar, en su artículo 593. Pues bien, este hecho últimamente concretado, *se presentó en ambas demandas como primer cargo*, estimándose que así se vulneró la ley sustancial *por error de derecho por falso juicio de legalidad*, al tener como prueba la señalada imputación siendo que la misma se cumplió sin el mentado

requisito de ley. Es preciso, entonces, por imperio accidental de la presentación de los cargos en el caso *sub-judice* que se entre a responder primero el que directamente no se ubica como de nulidad.

Así, pues, *primer cargo en las demandas presentadas a nombre de los procesados Carlos Engativá y Eliserio Quintero Rodríguez.*

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, al responder este ataque contra la sentencia, precisó lo siguiente:

"...Es verdad que resulta indiscutible y que se advierte con el solo estudio del acta respectiva, que el civil Néstor López Fonseca hizo durante su diligencia de indagatoria, tanto ante las autoridades militares como ante la justicia ordinaria, acusaciones en contra de los demás partícipes en el delito, ...(y) describió con detalles las actividades que cada uno de los intervinientes desplegó en el curso del accionar delictivo. Es así mismo cierto que, pese a tales acusaciones, el funcionario instructor no dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 593 del Código Penal Militar, sin que ello quiera decir, como lo plantean los casacionistas, que por esta simple condición objetiva deban atenderse los cargos y patrocinar, como lo pretenden, la ruptura de la sentencia atacada.

"Efectivamente se advierte en la proposición de los ataques -ambos presentan la misma incorrección- que si bien los libelistas criticaron la validez de la prueba mencionada, *no se dieron a la tarea de demostrar* como lo han debido hacer, *que ella era la única base del fallo cuestionado* y pasaron desapercibido el hecho de que el Tribunal Militar afirmó que existían otras varias evidencias que acreditaban las condiciones objetivas de la infracción, respecto de lo cual solamente manifestaron su inconformidad pero no procedieron a desvirtuar -en este cargo- las conclusiones del fallador.

"En esta una *falla técnica* que reclama la improsperidad de la censura, como quiera que ella no logra desvirtuar los fundamentos de la sentencia ni ofrece al Tribunal de Casación una nueva versión de las condiciones procesales que conduzcan al fallo de reemplazo reclamado.

"Pero, pasando por alto este yerro técnico, para esta representación del Ministerio Público tampoco deben prosperar los cargos, pues la falta de juramento durante la indagatoria, en el específico caso en que se presentó, no tiene la capacidad de viciar la prueba recaudada ni menos aun de echar por tierra las conclusiones de los falladores en las sentencias, tal como pasa a exponerse.

"Es principio constitucional, que tiene el rango de garantía procesal, el que *nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo* ni contra sus parientes dentro del grado que señala la ley, garantía que pretende amparar al procesado para que éste no comprometa su responsabilidad penal en tanto que, en el esquema procesal que se ha adoptado en Colombia, es al Estado a quien corresponde la demostración

de los diferentes aspectos del delito y de la responsabilidad de su autor. El sindicado por ende, no está obligado a aportar al órgano jurisdiccional las pruebas de su propio compromiso penal, pudiendo reservarse, para su fuero interno, todos aquellos aspectos que estime prudentes para su defensa.

"Es tan absoluta esta garantía, que *incluso el procesado puede guardar silencio total al momento de su indagatoria*, sin que pueda el funcionario competente obligarlo a declarar, limitándose su actividad, en estos eventos a poner de presente al indagado que su silencio lo podrá privar de medios de defensa en la medida que su versión podría representar un parámetro de investigación oficiosa que condujera a la demostración de no responsabilidad.

"Ahora bien, dentro de esta perspectiva, el legislador ha contemplado la posibilidad de que el acusado, al momento de rendir su injurada, *haga cargos concretos contra terceras personas como medio de eludir su responsabilidad en el delito investigado*, caso en el cual el trámite procesal requiere que quien así actúa, se desempeñe como un verdadero testigo y por tanto, deba verter su dicho *bajo la gravedad del juramento*. Esta eventualidad, sin embargo, no puede considerarse por fuera del ámbito de garantía constitucional a lo cual nos hemos referido, pues si así no fuera, se correría el riesgo de que, por esta vía, se coaccionara al procesado y se le obligara a comprometer su propia responsabilidad ya que, bajo la gravedad del juramento, no podría apartarse de la verdad incluso en cuanto a su compromiso penal en los hechos investigados.

"Así pues, *cuando el sindicado hace acusaciones contra terceros, pero a su turno reconoce en el curso de su indagatoria, su participación en el delito investigado, no puede juramentársele*, so pena de que su versión se convierta en prueba válida en contra de sí mismo y, por contera, se lesione la garantía procesal del silencio.

"La necesidad de juramentar al indagado cuando hace cargos contra terceros se insiste, convierte al procesado en un verdadero testigo y por ello lo compromete en tal calidad, exigiéndosele el suministro de toda la información que posea y su pleno ajuste a la verdad, con la amenaza de pena en cuanto incurra en un testimonio falso o incompleto, según lo previsto en el artículo 172 del Código Penal. Obvio resulta concluir, entonces, lo anteriormente afirmado: *si el indagado ha aceptado su participación en los hechos, no puede ser juramentado en las acusaciones que lance contra terceros*, pues, por esta vía, se convertiría en testigo de sí mismo y se lesionaría gravemente su derecho constitucional.

"No puede aceptarse, como lo afirman los demandantes, que la regulación procesal contenida en el artículo 593 del Código Penal Militar sea absoluta y de obligatorio cumplimiento, porque ella, como norma subordinada a la Constitución, ha de interpretarse en su alcance y contenido, y restringirse su aplicación en todo aquello que resulte contrario a la carta fundamental que, como norma de normas que es, tiene relevancia sobre las específicas regulaciones procesales.

"No siendo posible, entonces, el juramento en el específico caso que analiza, ningún vicio de legalidad se observa en la aducción de la indagatoria de Néstor López Fonseca.

"La prueba a que hacen alusión los libelistas en este cargo, entonces, ha sido válidamente incorporada al acervo probatorio y puede ser tenida en cuenta para formar un juicio de responsabilidad sin que se lesione norma alguna. Su única limitación, podría venir dada en cuanto a su poder de convicción que, como los mismos juzgadores de instancia lo aseveraron, él depende no exclusivamente del contenido de la injurada de López Fonseca, sino de su corroboración por otros medios de prueba, todos los cuales llevaron al convencimiento de que algunos aspectos del delito sucedieron en realidad como los relató López Fonseca al momento de su injurada".

Las fallas técnicas a que alude la Delegada son una verdad de canto que no se puede desconocer y sobre la misma, en el sentido de que "Si el indagado ha aceptado su participación en los hechos no puede ser juramentado en las acusaciones que lance contra terceros", la Corte, no sin antes reconocer que es tesis respetable que propugna por la vigencia exquisita del canon constitucional, señala que, en tal caso, es de recibo jurídico una distinción, así: si los cargos que formula el indagado contra terceros son inescindibles, esto es, que no se pueden separar o dividir de los que a su turno acepta como cumplidos por él porque de todas maneras siempre refluiría en una consecuencia de personal responsabilidad, resulta obvio que no podría exigírsele el juramento sin ir contra la garantía constitucional plasmada en el artículo 33. Pero si las imputaciones contra otro son claramente separables de las que el indagatoriado confiesa realizadas por él, es patente que deberá sobre aquellas juramentársele. Para el caso en estudio, no puede advertirse un comportamiento irregular y menos propicio a un fenómeno de anulación, puesto que tanto los cargos contra terceros como los propios confesados, están ciertamente ligados y se muestran inseparables.

2.- Ahora sí, el cargo de *nulidad. Demanda presentada a nombre de Carlos Bernal Fngativá* . Segundo cargo.

Hay que reconocer que la censura en cuanto a la causal en que se subsumió está bien formulada, pues -como lo tiene sentado la Corte-, la errónea calificación de la infracción o errónea adecuación típica, por constituir un error *in procedendo* que quebranta la estructura formal del proceso debe incoarse por la vía de la nulidad. Y se deben acreditar dos cosas: 1.- que el delito por el que se llamó a juicio no se tipifica; y 2.- que es otra muy distinta la infracción cometida, precisándola.

Pues bien, se reitera, formalmente el asunto está bien planteado. Pero lo que, en el fondo, acontece es que los hechos investigados no toleraban calificación jurídica distinta a la de *'peculado'*, no la de *hurto* como lo asegura el censor. En efecto, todos los elementos del tipo delictivo por el cual se convocó a Consejo de

Guerra y se le condenó, se dan. Así, suficientemente demostrado quedó que los bienes objeto de la tentativa de apoderamiento eran de propiedad del Estado Colombiano, concretamente del Ejército Nacional, Almacén de Intendencia; que todos los que resultaron condenados por la Justicia Penal Militar tenían la condición de Militares y que Eliserio Quintero, a quien por la prueba que obra en el expediente y las consideraciones consignadas en la sentencia de primera instancia (Batallón de Intendencia), confirmada integralmente por el Tribunal Superior Militar, se le condenó como *determinador*, forma de coparticipación que bien podía deducírsele así no tuviera (aunque también se daba en él y así lo acepta la demanda) esos bienes objeto de la intentada apropiación, bajo su control, vigilancia o disponibilidad. Conviene advertir que en la referida sentencia, se alude, en impropiedades de secundaria importancia, a autor intelectual o instigador, autor instigador y hasta de autor simplemente. Pero, lo que realmente se quiso significar, y la expresión también se usa, fue la de estimarlo como determinador.

Así, pues, la cuestión fáctica y jurídica permite fundadamente subsumir los hechos en el delito de *'peculado'*. Señálese, también que, en la doctrina, no se discute la procedencia de la imputación de peculado por apropiación al cómplice, (situación jurídica de Bernal Engativá y López Fonseca) siempre que esté advertido de la calificación del autor principal y realice los actos propios de esa indicada condición (para el caso, contribución al hecho punible: artículo 21 del C. de J. P.M.).

En el caso subexámine conviene reiterar, para alejar todavía más la posibilidad del alegado delito de "hurto", dos observaciones: a) Se trataba de bienes del Estado cuya custodia y administración estaba a cargo del militar Eliserio Quintero Rodríguez, situación conocida por quienes actuaron en el papel de cómplices (el militar Bernal Engativá y el civil López Fonseca; y, b). Eliserio Quintero, como determinador, así no tuviera esa disponibilidad, bien podría ser sancionado a este título. Pero, por fuera de esta situación, o sea, su nítida conducta de determinador, también se dio, en su comportamiento, la cabal realización del hecho punible (art. 23), connotación propia al autor, puesto que ejecutó acciones físicas dirigidas a ese fin, teniendo la disponibilidad de los bienes. En definitiva, llevó a cabo una doble actividad: autor material y determinador. De ahí que la Delegada destaque en su concepto lo siguiente: "En efecto, desde un comienzo de la investigación -y no por mero accidente o capricho- se consideró que el señor Eliserio Quintero Rodríguez tenía la calidad de partícipe en el delito, pues en su automóvil fue encontrado parte del botín que pretendían hacer suyo los comprometidos en la empresa criminal, era él quien tenía la obligación funcional de custodiar los bienes objeto de la sustracción y dentro de tal deber, estaba el de velar porque los conos de hilo quedaran a salvo de manos ajenas, por lo que tenía en su poder las llaves del almacén que le permitían ejercer la adecuada custodia sobre los bienes del Estado".

El perfil jurídico del determinador se ha ideado, fundamentalmente, para extender a éste la represión propia del autor, así aquél, en los delitos de sujeto

calificado, no tenga esas notas y no realice materialmente la conducta; pero ésto no impide que contando para él esas calidades y asumiendo ese comportamiento, es decir, cumpliendo una bifronte gestión, deje de imponerse una doble y conjunta consecuencia: autor material-determinador.

Todos a una, con pleno conocimiento y libre decisión participaron, con una estudiada y eficaz división de trabajo, en la realización del peculado. Doctrinariamente no hay discusión de que tal comportamiento daba lugar, en el caso de Bernal Engativá, a una condena como cómplice, sin que él pudiera pensar, ni nadie apreciar, que intervenía en infracción diferente, o sea, el delito de hurto. Nada tolera ni amplía este caprichoso desplazamiento.

Aquí el censor tiene que acudir, nuevamente a invocar la ineficacia legal de la imputación que realizara López Fonseca. Pero ya se vio que la misma, por contrario modo, es plenamente válida. Porque no se trataba desde luego de que su imaginación calenturienta estuviera fabricando o soñando hechos, sino que estos indudablemente tuvieron existencia. Así, la sustracción de los conos de hilo, de donde debían estar bajo custodia y responsabilidad de Quintero Rodríguez; la presencia del carro de este en el sitio ideal en orden al apoderamiento; el encuentro en el mismo de las cosas sustraídas; que las llaves del automotor y del almacén aquel las entregó a quienes fueron sorprendidos en la sustracción; en fin, todo lo otro, que corrobora eficazmente la realidad de su asertos.

Recálquese, fue el conjunto del material probatorio existente en el proceso lo que permitió edificar el cargo contra Quintero Rodríguez.

Acierta indudablemente el Ministerio Público cuando anota que el recurrente conjuga arbitrariamente proposiciones de nulidad y críticas en cuanto al valor probatorio de las diligencias restándole así claridad y precisión a su discurso.

Hay que reconocer entonces que, en puridad de verdad y con estrictez jurídica, el demandante no logró demostrar los dos extremos a que se hizo referencia cuando se comenzó a estudiar este cargo. Y que a esa comprobación mal puede contribuir el que, en los inicios de la investigación, se tomaran los hechos, equivocadamente, como constitutivos del delito de hurto.

La objeción no prospera.

3.- *Segundo cargo de la demanda presentada a nombre de Eliserio Quintero Rodríguez.*

Se dice que el fallador incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad al aducir como cargo una serie de "probanzas" "que en su entelequia configura una unidad de prueba, llevando a un hecho indicador el cual no solo el fallador de segunda instancia sino el *a quo* tergiversaron".

Hay que convenir que el cargo se reduce a una oposición del criterio personalísimo del impugnante con la opinión vertida por el sentenciador sobre la prueba indiciaria. Recuérdese que, si se alega *error de hecho*, la censura debe demostrar que el fallador incurrió en un *falso juicio de existencia* (omitir la consideración de pruebas obrantes en el proceso o tener en cuenta pruebas materialmente inexistentes) o en un *falso juicio de identidad*, esto es, que el sentenciador tergiversó el *contenido fáctico de la prueba*, bien porque le dio un alcance *objetivamente* mayor del que realmente tiene o inferior al que en ella obra.

Pues bien, la censura por parte alguna demuestra que el juzgador le hubiera atribuido un sentido objetivo diverso a lo que la prueba expresa de manera directa, sin intermediación de inferencia o deducciones, para que así pudiera predicarse el falso juicio de identidad. Y hace es todo lo contrario, a las inferencias realizadas por el sentenciador, o sea, a la prueba ya racionalizada, opone su subjetivísimo criterio, para asegurar que su personalísima interpretación de los hechos debe triunfar para quebrar así la presunción de acierto y de legalidad de que goza el fallo. Y ese perfil del ataque, no puede constituir un error de hecho.

Se insiste, el demandante comienza por señalar cuáles fueron las inferencias del juzgador sobre la responsabilidad de Quintero Rodríguez y entra luego a precisar cómo las mismas, en su concepto, "no resultan más que meras suspicacias del sentenciador para constituir una prueba, juicio de aquel, irrefutable, pero que en realidad no es más que un cúmulo de sospechas de suyo deleznable". Por ello acierta la Delegada cuando afirma que en últimas se trata de una contraposición de criterios en cuanto al valor probatorio de los hechos y deducciones, un problema de presuntos vicios en el poder de convicción.

El recurrente por parte alguna se cuidó de demostrar que las bases del indicio fueran supuestas o tergiversadas, si lo que pretendía era que las inferencias del juzgador no tenían respaldo fáctico. Este debió ser el núcleo de su alegación de error de hecho por falso juicio de identidad. Pero en lugar de proceder así se empeñó fue en tratar de desvirtuar la validez de las afirmaciones de López Fonseca, prueba de la que ya había sostenido su ilegalidad por no haber sido juramentado en sus cargos. Y traza entonces su personal apreciación, aseverando que la realidad de los hechos se contrapone a los asertos de aquel, para terminar en lo de siempre, enfrentando su personal valoración a la del juzgador.

Con indudable acierto sostiene la Delegada: "El ataque, en verdad, se perfila siempre como un *falso juicio de convicción*, al punto de que se llega a sostener que los indicios derivados por el Tribunal no tienen 'la fuerza de lo medianamente palmario' para fundamentar la sentencia de condena y si por el contrario -en opinión del censor- llevan al estado de *duda probatoria* que imponía la absolución de su patrocinado. El loable esfuerzo del defensor, entonces, se queda en el vacío,

porque no logra demostrar la existencia de reales errores de hecho en relación con las pruebas ya que, si a los indicios nos referimos, las inferencias del juzgador de segunda instancia no riñen con la lógica y la experiencia, sino que, simplemente, se apartan de la personal visión que al respecto tiene el libelista".

HA DICHO LA CORTE

"Para que se pueda casar una sentencia por la existencia de un error de hecho por no haberse reconocido el principio del *'in dubio pro reo'* es necesario que la duda en cuanto a la responsabilidad surja con claridad de los medios probatorios que constituyen el proceso. No podría pretenderse el reconocimiento de un error de hecho, cuando en realidad la duda surge solo de la manera personal en que se interpreta la prueba y tampoco cuando se hace surgir del análisis de un medio de convicción, cuando el acervo probatorio está integrado por una pluralidad de prueba". (M.P.Dr. Edgar Saavedra Rojas, enero 25 de 1991).

Tampoco este cargo prospera.

Tercer cargo: Que la sentencia es violatoria de la ley sustancial en forma indirecta, por *error de hecho por falso juicio de convicción*, al desconocer la innegable existencia de un fenómeno de duda razonable, dejada de lado para atender al viciado testimonio de López Fonseca.

En el contexto de este proveído ya se señaló que el error de hecho se presenta por falso juicio de existencia o por falso juicio de identidad. Son extraños pues a su filosofía los falsos juicios de convicción, propios del error de derecho.

Hay en la expresión 'error de hecho por falso juicio de convicción', una grave antinomia que se capta prontamente, pues que el 'error de hecho' comporta la existencia de yerros en cuanto a la materialidad de la prueba y el 'falso juicio de convicción', como bien lo explica la Delegada, "hace relación a su inteligencia, pues critica el valor que a las mismas le ha dado el sentenciador: su poder en relación con la formación del juicio".

En este cargo el censor vuelve sobre el testimonio de López Fonseca para insistir en que 'su posición es dudosa' y que las evaluaciones de los sentenciadores no tienen 'un sólido arraigo o apoyo en el proceso, someras sospechas de que algo pudo ser cuando en verdad también pudo no ser'. Y no entra en otras precisiones porque se remite a lo señalado en el cargo anterior, donde se alegaba un error de hecho por falso juicio de identidad. Apréciese así la protuberante falta de técnica, pues se pretende el reconocimiento del *'in dubio pro reo'*, presentándolo unas veces como falso juicio de convicción y otras de existencia. Pero, lo dicho, aquí la duda no surge del proceso, sino del particular enfoque que a las cosas da el impugnante. Por lo tanto, valen los análisis consignados al final del anterior cargo. El mismo no prospera.

Cuarto Cargo: *Violación directa* de la ley sustancial por *interpretación errada* de las normas condicionantes de la pena, pues el sentenciador, para la respectiva dosificación, no partió del mínimo contemplado en la ley para el delito de peculado, sino que 'extrañamente' asumió como base de la sanción un mínimo mayor al contemplado en el artículo 198 -sic- del Código de Justicia Penal Militar, lo que también determinó la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional. Ha debido partirse del mínimo de los dos años, disminuyéndolo hasta en la mitad, para quedar en 12 meses y agregándole otros 3 por razón de los agravantes, *para* un total de 15 meses.

En la sentencia de primer grado sobre este particular se lee: "La norma infringida es el artículo 189 del C.P.M., inciso 2o., el que establece que la pena será de cuatro (4) a quince (15) años de prisión, cuando el valor de lo apropiado supere los quinientos mil pesos. Como el material de intendencia objeto de investigación fue avaluado en la suma de $ 690.067.69, debemos de partir de la base de un mínimo de cuatro años. Respecto al SP. Eliserio Quintero como debe responder en su calidad de autor en la modalidad de *tentativa* (art. 19 y 20 del C.P.M.), incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni de mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado. En ese orden de ideas al SP. Eliserio Quintero Rodríguez se le impondrá la pena principal de treinta (30) meses de prisión, más tres (3) meses como agravación punitiva, por haberse realizado el hecho punible bajo las circunstancias previstas en los literales 1), 5) y 8) del artículo 60 del C.P.M., de donde se colige que el citado suboficial se le impondrá como definitiva una pena de treinta y tres (33) meses de prisión y las accesorias que ésta conlleva".

Obsérvese que evidentemente el delito por el que se condena, *peculado por apropiación*, -art. 189 y no 198 en la cita del censor- señala para su autor o determinador una pena que oscila entre 4 y 15 años de prisión, "cuando el valor de lo apropiado pase de quinientos mil pesos", como así acontece en el presente evento. Y según lo mandado por el artículo 19 ('tentativa'), los límites punitivos quedarían fijados en un mínimo de 2 años y un máximo de 135 meses. Y como entre los criterios para fijar la pena, según voces del artículo 56 del mismo Código de Justicia Penal Militar, se debe tener en cuenta en la tentativa, "el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo", el que fue ciertamente intenso en el evento *subjudice*, no se tenía fatalmente que partir del mínimo de dos años, sino que por imperio legal, bien podían ser los 30 meses como así lo hizo el juzgador, o inclusive un tanto mayor. A éstos, se les suman los 3 meses relativos a los agravantes, para un total de 33 meses de prisión, pena impuesta.

No se trata pues en manera alguna de una condena señalada con violación de la ley sustancial, por interpretación errada de las normas pertinentes y, por contrario modo, la dosificación punitiva tiene claro soporte legal. Aconteció simplemente que los juzgadores no expresaron, como así han debido hacerlo, que no partían del mínimo de los 2 años, en obedecimiento a lo ordenado por el artículo 56. Una ligera irregularidad, porque lo innegable es que la ley no se vulneró.

De otra parte, el censor no indicó, como a ello estaba obligado, porque en su sentir era procedente la *condena de ejecución condicional*. Vacío este que no puede ser oficiosamente cumplido por la Corte. Conservan pues su inamovilidad las motivaciones expuestas por el juzgador así:

"Quienes son los procesados? Dos suboficiales del Ejército, profesionales de la milicia con los grados de Sargentos Viceprimero y Segundo, con bastante antigüedad dentro de las filas de las Fuerzas Militares y una ilustración propia de su rango y categoría.

"Esas calidades y condiciones, implicaban para ellos un comportamiento ejemplar, guardar lealtad a la Institución que los ha albergado en su seno y contribuir en todo momento a velar porque los bienes destinados al propio servicio de las Fuerzas Militares, no fueran objeto de menoscabo, e incumplieron ese deber profesional no obstante que directamente eran los custodios.

"Para el mismo propósito, la ley habla de naturaleza y modalidades del hecho punible. Asombra que personas de esas condiciones como los dos suboficiales se han concretado con un empleado civil que trabajaba en los Almacenes de Intendencia, hayan planeado en detalle aprovechando la circunstancia o facilidad para el logro de sus propósitos, las funciones que allí cumplían, no precisamente para cumplir con sus deberes profesionales e institucionales sino para actuar en contra de la ley, bajo el pretexto innoble de derivar un provecho económico.

"Y además, porque ni social, ni institucionalmente, resulta aceptable que miembros de la autoridad, que están investidos para proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, como lo dice el artículo 2o., inciso 2o., de la actual Constitución, realicen hechos de tal magnitud, aprovechando las circunstancias, o la facilidad para lograr su propósito delictuoso, dadas las funciones que ejercían el día de los hechos."

Para los juzgadores el subrogado era inoperante porque entendieron que por la personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible, los condenados requerían de tratamiento penitenciario. Y el censor a su turno, como ya quedó visto, no se ocupó de concretar las razones por las cuales el mismo sí debió concederse. Y así el cargo no puede prosperar.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida, ya indicada en su origen, fecha 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 M.*

Rafael Cortes Garnica
Secretario

DEBIDO PROCESO \ NULIDAD \ DEFENSOR \ SUMARIO

"La vigencia de la Constitución de 1991 que exige como materialización del derecho de defensa la asistencia de un abogado "durante la investigación y el juzgamiento" obliga esa formalidad respecto de toda diligencia procesal cumplida bajo su imperio. Empero aquellos procesos adelantados bajo la Constitución de 1886 y leyes procesales que la desarrollaron, tienen pleno valor, pues ese era el debido proceso imperante y dentro del cual debía desarrollarse la actuación".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6429

Contra: Milton C. Gallo A.

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 144 del 9 de diciembre de 1992

Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Vistos

Por mayoría decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del acusado Milton César Gallo Agudelo en contra de la sentencia proferida el 28 de mayo de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que al revisar en alzada la condena impuesta a 20 años de prisión por el

Juzgado 8o. Superior de esa ciudad a su representado como autor del doble delito de homicidio cometido en las personas de Luis Alberto Tabares y Sandra Patricia Estrada Montoya, la confirmó aumentando la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- En horas de la noche del 25 de noviembre de 1989 Sandra Patricia Estrada dialogaba con su vecino Luis Alberto Tabares en la puerta de su casa localizada en la carrera 60 número 24-58 de Medellín, resultando sorpresivamente atacados por tres individuos conocidos hasta entonces con los alias de "Chun", "Tatú" y "Milton", quienes luego de dispararles repetidamente emprendieron la huida, utilizando los dos primeros una motocicleta, y haciendo uso el último de la misma bicicleta en que se había aproximado al lugar.

Dentro del episodio que costó la vida a Tabares y la Estrada resultó lesionada la mujer Ana María Cano, pero la averiguación atinente con esa infracción siguió por circunstancias procesales ajenas al interés de estas diligencias, suerte separada.

2.- La investigación fue iniciada en el mes de enero de 1990 por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal radicado en Medellín bajo cuyo cargo había quedado la indagación preliminar, y ante ese Despacho rindieron injurada Milton César Gallego, Jerson Arlex Muriel y Wilmar Arley Manco Barrientos, a quienes cobijó con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Concluyendo el sumario, notó el Juzgado que el procesado Gallego Agudelo carecía de defensor titulado, así que previo el cierre de la investigación le designó y posesionó uno de oficio, profiriendo a continuación resolución acusatoria que fechó el 4 de mayo de 1990 y comprometió con exclusividad a este sindicado, pues la suerte de Manco y Muriel pasó a dirimirse ante los jueces de menores por tratarse de individuos en edad inferior a los 18 años.

La causa avanzó ante el Juzgado Octavo Superior de Medellín que el 2 de agosto siguiente y al recibir informe de la Secretaría sobre el fallecimiento del defensor, invalidó lo actuado regresando a la ejecutoria de la resolución de acusación, procurando con ello y la designación de nuevo abogado de oficio la efectividad de la defensa técnica dentro de esta etapa.

Cumplida dentro de los ritos de ley y con la asistencia del nuevo defensor la vista pública, profirió el Juzgado sentencia de condena el 28 de febrero de 1991, deduciendo la responsabilidad penal del acusado como autor de los delitos de homicidio cometidos en contra de Tabares Jiménez y Sandra Patricia Estrada, imponiéndole como consecuencia las penas de 20 años de prisión, diez (10) de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la obligación de

indemnizar perjuicios causados con el delito en suma equivalente a cuatrocientos gramos oro por concepto de daño material, y trescientos gramos más imputables al daño moral. También se le declaró sin derecho a la condena de ejecución condicional, pero expresamente se le abonó como parte cumplida de la pena el tiempo transcurrido en detención preventiva.

Confirmada esta decisión por el Tribunal Superior de Medellín mediante sentencia del 28 de mayo siguiente, por toda modificación se elevó la interdicción a un tiempo "igual a la principal privativa de la libertad", mereciendo de la inconformidad del señor defensor del acusado el recurso extraordinario de casación de cuya decisión ahora se trata.

La demanda

Al amparo de la causal tercera de casación (artículo 226 del Decreto 050 de 1987), plantea el impugnante la existencia de una nulidad por violación del derecho de defensa, pues en su sentir el proceso se adelantó en contra de Milton César Gallo sin la asistencia de un defensor que le hubiese representado en la etapa del sumario como en el juicio, argumentando sobre el particular lo que se anota:

"El solo hecho de haber permitido que el sumario se desarrollara desde su iniciación hasta el cierre de investigación sin representante judicial apto, permitiendo que la prueba fuera manipulada por el sustanciador, con un sindicado sin capacidad para presentar pruebas o para controvertir las que pudieran llegar en contra suya, constituyen manifiesta violación de la carta fundamental en su art. 29. Es incuestionable que esa limitación para un sindicado que se encuentra encerrado en una prisión y sin representante judicial repercutió en el concepto que llevó al fallador de segunda instancia al convencimiento de que mi poderdante era el responsable de los hechos aquí investigados".

El presupuesto de hecho de la anterior afirmación se basa en que al inculpado le fue nombrada para la indagatoria una persona no abogada que cesó funciones al concluir ese interrogatorio, y que nunca con posterioridad fue reemplazada, quedando aquel en absoluto desamparo técnico que a juicio de la jurisprudencia basta para reconocer transgredido el derecho de defensa, pues sin desconocer que luego se designó un profesional en ese encargo, su fallecimiento antes de que transcurriera el término de alegaciones, hizo inefectiva la garantía en ese importante momento procesal, *"Porque Milton estaba en la cárcel y su abogado bajo tierra."*

Añadiendo algunas conjeturas sobre lo que hubiese sido la suerte del acusado si los testigos por él citados hubiesen comparecido al proceso, la demanda termina solicitando se case el fallo para que se rehaga el procedimiento viciado "desde el momento en el cual se generó la nulidad", y como consecuencia de tal decisión se decrete la libertad del enjuiciado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

Para el Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal los argumentos del censor se atienen a los presupuestos de hecho que ofrece la actuación, coincidiendo con su crítica en cuanto encuentra que de allí deriva el alegado desamparo defensivo padecido por Milton Gallo en la etapa del sumario.

Resaltando las diferencias existentes entre la defensa material y la defensa técnica como expresiones de esa garantía constitucional del acusado, y admitiendo que de la primera disfrutó con amplitud el reo, acusa que no obstante constituir ahora la defensa técnica una obligación impuesta por el artículo 29-4 superior para la etapa del sumario, insubsanablemente se le desconoció al encausado ese derecho dentro del caso que se examina.

Sentando sin embargo y a continuación las diferencias que existen entre los distintos actos y oportunidades que componen el proceso, concreta sobre la trascendencia del defecto acusado que

"La ausencia de defensor en la etapa de calificación del sumario resulta entonces definitoria del tema relativo a la defensa técnica del procesado, como que si bien se ha dicho que la defensa debe ser integral, es decir, 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, cree la Delegada que el criterio valido es el que ha sostenido la Sala de Casación afirmando el concepto de que la defensa debe ser unitaria y continua. Sin embargo no toda irregularidad en las posibilidades defensivas del procesado puede viciar el sentido del derecho a defenderse, sino solo aquellos defectos que estructuralmente lo afectan de manera principal atendiendo el momento o la oportunidad procesal para su ejercicio adecuado y determinante. No cabrá decir de violación a la defensa si en una diligencia de inspección judicial al sitio de los hechos no asiste uno de los defensores, por ejemplo, pues esta situación puede ser atendida eficazmente por la vía de la controversia de la prueba y el alcance de la diligencia referida, con lo que se adecua a plenitud al principio de la defensa técnica. No ocurre lo mismo en casos como el presente en donde en la etapa de calificación del procesado, que es única e irrepetible en cuanto actitud procesal, se carece de defensor técnico puesto que precluido el traslado que señala la ley ya no es factible que se presenten alegatos de defensa ni se discuta el mérito procesal con la fuerza y significado que tiene la fijación de los cargos que se formulan contra el sindicado. Es pues esa doble condición relevante: que se trate de la fijación de la acusación que se hace al imputado, y que la oportunidad de argumentar sobre ello preeluye definitivamente con ese significado delimitante de la acusación penal contra el reo para el juicio público, la que exige por petición de principio que allí se ejerza con acentuado vigor la defensa de carácter técnico.

"En el caso en estudio es claro que el defensor no podía presentar alegatos de conclusión, porque cuando este empezaba a correr el señor defensor murió. Por

otra parte se puede desconocer que el señor Milton César Gallo en su indagatoria lo asistió un ciudadano honorable y de ahí en adelante no tuvo defensor, hasta que se le nombró de oficio al doctor Luis Hernando Cardona, quien se posesionó en su cargo el 6 de Abril de 1990, muriendo el 20 del mismo mes y año, razón por la cual no tuvo posibilidad de ejercer ningún tipo de actuación defensiva en su favor. Así las cosas la única defensa que tuvo el procesado fue el conjunto de afirmaciones que hizo al momento de rendir la diligencia de indagatoria, por lo que en este caso es flagrante la violación del derecho de defensa.

"La nulidad se presenta a partir del cierre de investigación, que es donde se hace perentoria la participación del abogado defensor de confianza del procesado, y así se pide a la Honorable Sala de Casación Penal".

Consideraciones de la Sala

Como en su presentación del cargo parte el censor de una visión parcial sobre las incidencias procesales que luego acomoda como presupuesto de la violación del derecho de defensa que acusa y ofrece como fundamento de la nulidad que invoca, se hace necesario pasar a resaltar que si en efecto no fue pronta ni permanente la asistencia profesional del acusado en la etapa del sumario, de ese defecto no puede fatalmente desprenderse la violación de su derecho de defensa , pues si más allá de cumplir un fin meramente formal, la nulidad como remedio extremo que es dentro del proceso, y generador también de connotados traumatismos que involucran la pérdida de tiempo y de considerable esfuerzo judicial, debe responder a la necesidad de restablecer el derecho cuando ha sido conculcado, a brindar oportunidades y garantías que habían quedado desconocidas, o a reconducir la actuación cuando esta se ha llevado con desconocimiento del debido proceso y ruptura del esquema básico que estructura el principio de legalidad, mas no simplemente a remediar un defecto con otro de mayores y allí sí irremediables consecuencias, mal podría desconocerse que el desamparo circunstancialmente vivido por el acusado en una fase de la instrucción resultó oportuna y debidamente subsanado por el a-quo, sin que de allí derivaran aquellas consecuencias que el censor insinúa.

En este orden y con la imparcialidad que corresponde a la justicia, se hace necesario recordar que una vez indagado Milton César Gallo, oportunidad dentro de la cual se le designó a una persona honorable para que como defensor lo asistiera en el acto según lo autorizaban los artículos 139 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente y 34 del Decreto 196 de 1971, frente a la excusa de ajenidad ante al delito por el cual se le inculpaba, el instructor se preocupó en localizar y citar a las personas que podían dar referencia de su itinerario, logrando escuchar a su progenitora, como aparece al folio 98, a "Doris" para que declarara sobre su conducta, y adelantar las diligencias tendientes a la identificación y comparecencia de "Rocío", la mujer con quien dijo haber departido el día y hora de los hechos en una fiesta, esfuerzo del cual quedaron constancias en los folios 90 y 147, sin que

los resultados negativos conseguidos puedan serle atribuidos al desgano ni mucho menos al interés proclive del instructor.

Ya avanzada la investigación, observó el Juzgado, que en verdad ni Gallo Agudelo había designado un abogado para que lo representara como defensor, ni el Despacho había realizado esa asignación, motivo por el cual se le nombró y posesionó el 6 de abril de 1990 al doctor Luis Héctor Cardona Melguizo para que cumpliera el encargo.

Clausurada la investigación el 17 de abril mediante auto que personalmente se le enteró al abogado -folio 144- el 4 de mayo siguiente se calificó el sumario sin que alguno de los intervinientes procesales presentara alegación. Ya avanzada la causa, la Secretaría del Juzgado Superior hizo saber que el doctor Cardona Melguizo había fallecido desde el 20 de abril, motivo suficiente para que el Juzgado anulara lo actuado "a partir de la Resolución de Acusación *Exclusive*, a fin de que se nombre defensor y se le notifique debidamente la providencia a todas las partes" (folio 177), designando de oficio y posesionando al doctor Horacio Gómez Tobón -folio 184-, a quien se notificó personalmente el pliego de cargos y continuó luego con la defensa activa del acusado hasta el proferimiento del fallo cuando el sentenciado nombra un defensor de su confianza.

Del anterior recuento emerge entonces, y al contrario de cuanto afirma el censor, que en la etapa del sumario el Juzgado cumplió con la obligación de designar a un abogado para que atendiera la defensa técnica del procesado, y que si bien es verdad a ese acto se procedió con retardo, no menos exacto resulta reconocer la diligencia con que hasta entonces había actuado el Juzgado, pues oportunamente oyó al procesado brindándole la oportunidad de exculparse y suministrar los datos que apuntaban a corroborar su excusa, y debidamente cumplió con el deber de corroborar las citas que en su favor hiciera, haciendo comparecer y escuchando a quienes logró localizar, y realizando las gestiones necesarias para la ubicación, identificación e interrogatorio de la mujer en quien el sumariado cifraba sus afirmaciones de inocencia.

Luego de posesionado el abogado designado para la defensa oficiosa no hizo formulación de pruebas ni presentó solicitud alguna, consintiendo el cierre de la investigación, aspecto este que no merece al censor ni a la Delegada reproche de inactividad o negligencia . Pero si su fallecimiento ocurre al comenzar el tiempo para alegar de fondo, llevando a ubicar allí el vicio como solicitar que sea desde ese entonces cuando se reponga lo actuado, debe advertirse que aquella nulidad la atendió y subsanó debidamente el juzgado del conocimiento como queda dicho, pues regresar el trámite al término de ejecutoria de la resolución acusatoria otorgó la oportunidad de que se cuestionaran sus fundamentos ante el propio funcionario que la emitió, finalidad que le ofrecía equivalencia con el lapso que precede esa determinación, porque facilitaba ante las ya conocidas razones del a-quo la posibilidad de cotejarlas y de rebatirlas, e inclusive la de impugnarlas ante el superior jerárquico dentro del no menos amplio debate de instancia.

Los fines de la defensa quedaron, pues, de este modo satisfechos dentro de las oportunidades y con la connotación que la demanda no acierta a rebatir, ya que lejos de anotar el censor o en su defecto el Ministerio Público cuales fueron las pruebas omitidas en detrimento del procesado, o cuales aquellas que contrariando sus derechos se acopiaron, ni de explicar por qué la posibilidad de conocer e impugnar el auto acusatorio que habilitó el Juzgado Superior mediante la nulidad decretada no suplía la ausencia del fallecido abogado en las alegaciones precalificatorias, cuando lo cierto es que las garantías constitucionales todas de ser oído, tener acceso a los recursos y contar con un letrado que le asesorara dentro de los episodios sustanciales de la actuación le fueron reconocidas y respetadas al acusado.

Eludiendo en cambio este debate y su demostración, se dice entonces que el verdadero derecho del procesado radicaba como aparece ahora en la actual Carta Constitucional artículo 29-4 en contar con la asistencia de un abogado durante todo el sumario, así su estrategia defensiva hubiese consistido en callar, no pedir pruebas, ni interponer recursos, ni formular alegaciones.

Conviene al respecto recordar que siendo para éste proceso aplicables tanto el Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050) como la Constitución Política de 1886, que como la que hoy rige preceptuaba la obligación de ritual el proceso de conformidad con la ley preexistente al acto y con guarda de las garantías debidas, mal podría considerarse extraña o violatoria del debido proceso una ritualidad o exigencia apenas aparecida con posterioridad en la normatividad positiva, pues como en su momento tuvo ocasión de advertirlo la Corte en Sala Plena y con motivo de un pronunciamiento en sede de control constitucional, "...la validez formal de la expedición de un acto, en la que queda incluido el elemento de la competencia de su autor, depende, de acuerdo con criterios de aceptación general en materia de aplicación de la norma jurídica en el espacio y en el tiempo, de la ley vigente en el lugar y en el momento de su celebración, plasmados en los conocidos aforismos "locus regit actus" y "tempus regit actus". En otras palabras la nueva ley sobre competencia y forma regirá "ex nunc", no "ex tunc"..." afirmación que vislumbrando aún las consecuencias que aparejaría la pretensión de aplicar la nueva Carta a situaciones superadas o cumplidas bajo la constitución anterior, la llevó a advertir sobre el advenimiento de "...traumatismos de incalculables consecuencias a la sociedad, al sumirla en la incertidumbre sobre la vigencia de gran parte del ordenamiento jurídico por el que se venía rigiendo", como sería, por vía de ejemplo, lo que "implicaría para el país la posible desaparición, de un momento a otro, de casi todos los Códigos, expedidos -como han sido- en desarrollo de facultades extraordinarias que hoy, según el artículo 150-10 de la Constitución que hace poco entró en vigor, no pueden emplearse para semejante propósito..." (fallo de Sala Plena de julio 25 de 1991, Magistrado Ponente Dr. Pedro Escobar Trujillo).

Por ello y con toda razón , en reciente decisión y refiriendo a caso parejo al presente en el que se aplicaba el Código de Procedimiento Penal de 1987, sostuvo

esta Sala de Casación Penal sobre el alcance del derecho de defensa en términos que por su actualidad bien merece transcribir en extenso, que dicha

"...garantía ha de ser examinada a la luz del ordenamiento procesal bajo el cual se rituó la actuación, en acatamiento al mandato constitucional imperante entonces que, como es sabido al consagrarla el debido proceso, no señalaba en qué consistía éste, dejando tal cometido a la ley procesal.

Esa ley de procedimiento -tanto el Código de 1971 como el de 1987- consagró el derecho de defensa en toda la actuación procesal; pero en consideración a que dicha defensa puede ser real o material y técnica o a través de abogado, el ordenamiento si bien sentó como regla la representación del procesado por su defensor 'en todos los actos del proceso' (art. 137 C. P. P.), tuvo el cuidado allí mismo de expresar en forma inequívoca que el derecho a la asistencia profesional en forma insoslayable era respecto de "las diligencias en que la presencia de este sea prescrita por la ley" y señaló como tales: la versión del imputado ante la policía judicial (art. 334,7) o ante el juez (art. 344), la apertura de correspondencia (art. 373), el emplazamiento para la vinculación (art. 378) y la propia indagatoria (art. 380), considerando la diligencia que la omita 'ipso iure' inexistente (arts. 165 y 310) o sancionando la actuación con la nulidad por afectación al derecho de defensa (arts. 305 y 307); todo lo cual después de haber habilitado al propio procesado (art. 126) y a las personas honorables aún sin ser abogados (art. 139) para el ejercicio de la defensa material.

Por el contrario en la etapa del juicio -iniciada con la ejecutoria de la resolución acusatoria toda actuación o diligencia debía realizarse inexorablemente con la presencia del defensor profesional, pues se trataba de la etapa donde concreta y públicamente se formalizaba la imputación para que la defensa técnica pudiera ejercer su facultad de controvertir la prueba existente o la de aducir nuevas y conducentes pruebas, todo dentro del estricto marco de la igualdad dialéctica en procura del pleno ejercicio del derecho de defensa. Esta la razón por la cual la jurisprudencia venía sosteniendo -y ha de seguir sosteniéndolo, respecto de los casos investigados en vigencia de este ordenamiento- que aun cuando el derecho de defensa opera respecto a la fase del procesamiento que se esté adelantando no quiere significar esto que cualquiera irregularidad pueda reputarse como violación al mismo. Dijo la Corte: "Durante la investigación de los hechos -sumario- el debate probatorio no se ha abierto a pesar de que se conservan los principios de publicidad y contradicción de la prueba; éstas condiciones de los medios probatorios, si bien son importantes, pueden ser ejercidas por el procesado directamente y aún por el apoderado que no es abogado titulado; solamente en la etapa del juicio el debate probatorio nace en toda su intensidad, y de ahí que durante esta fase sí sea indispensable -so pena de constituir causal de nulidad , la asistencia de letrado para el enjuiciado; es en este evento cuando el acusado debe enfrentarse a la acusación estatal, y es aquí donde procede la infirmación real de las pruebas recogidas durante el sumario." (M. P. Dr. Edgar Saavedra Rojas, sent. oct. 29/86 G. J. No. CLXXXV, No. 2424 Pág. 448).

Ahora bien, la vigencia de la Constitución de 1991 que exige como materialización del derecho de defensa la asistencia de un abogado "durante la investigación y el juzgamiento" obliga esa formalidad respecto de toda diligencia procesal cumplida bajo su imperio. Empero aquellos procesos adelantados bajo la Constitución de 1886 y leyes procesales que la desarrollaron, tienen pleno valor, pues ese era el debido proceso imperante y dentro del cual debía desarrollarse la actuación sin que existan motivos, como afectación de derechos humanos o de garantías esenciales, que impongan su corrección. El actual artículo 29 de la Carta Política lo reafirma al sostener como derecho fundamental el juzgamiento "conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el Juez o Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Siendo el rito procesal una actividad de formalidades solemnes, resulta apenas obvio que el Estatuto Fundamental consolide lo actuado bajo el rigor de dichas reglas como necesaria manifestación de seguridad de la administración de justicia. Funesto y caótico para ésta resultaría el tener que anular los procesos que fueron instruidos por los Jueces dentro del marco procesal preestablecido y con sujeción al alcance interpretativo que del mismo había señalado la jurisprudencia de la Corte." (sent. noviembre 18 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Dídimo Páez Velandia.)

Así, pues, que si los cánones constitucionales no se ofenden con la actuación que del presente proceso ha quedado resaltada, menos lo estarían los acuerdos que sobre derechos humanos tiene suscritos Colombia como lo insinúa la Delegada, y en particular los artículos 13, numeral 3, literales b y d del Pacto Internacional y el artículo 8o., numeral 2, literales d y e de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque además de existir entre estos convenios internacionales y la legislación interna la debida armonía al punto de que en aquellos no se supera el contenido de las normas nacionales, jamás al acusado se le negó la posibilidad de designar y comunicarse con un defensor de su elección; cuando se hizo necesario se le designó uno de oficio en el sumario sin que para entonces se hubiesen violentado sus derechos, y tampoco se le negó o restringió su defensa material, dado que sus exculpaciones fueron oídas y merecieron la oficiosa atención y cotejación del Juzgado, y si en últimas ocurrió por encima de toda previsión la muerte del defensor de oficio impidiendo su asistencia en el momento previo a la calificación del mérito instructivo, todavía fue respetuoso y cauto el juzgador al decretar la nulidad que permitió al defensor reemplazante regresar al momento en que la impugnación de esa calificación era posible, tanto para que el juez de primer grado reconsiderara razones que eventualmente no hubiese tenido en cuenta, como para debatir el pliego ante su superior, aspectos que a suficiencia hicieron efectivo el derecho de alegar y de impugnar que con razón se ha dicho capital en el momento de la calificación de fondo.

Imposible le resulta entonces a la Sala coincidir en los planteamientos del censor que auspician tanto la Procuraduría Delegada como el voto disidente

cuando sostiene la necesidad de retrotraer la actuación al cierre instructivo, pues la repetición de ese traslado se hace totalmente contingente, subsanada como se advierte la falla detectada por el propio Juzgado cuando retrotrajo la actuación al sumario, de manera que invalidar en esas circunstancias el procedimiento, lejos de reconocerle igualdad al procesado para el ejercicio de su defensa técnica ya amplia y debidamente satisfecha, estaría mas bien abriéndole camino a un verdadero desequilibrio al concederle ventajas ante los no menos importantes intereses de la comunidad, la víctima y la justicia por el logro de la culminación debida y oportuna del proceso, en un todo ceñido a la legalidad como al respeto de los derechos constitucionales del acusado, que por serlo, mal podrían variar su naturaleza hasta confundirse con verdaderos "privilegios", ellos sí odiosos, desproporcionados y ajenos tanto a un Estado de Derecho como a la filosofía que inspira los pactos internacionales de derechos humanos y civiles que al resaltar la consagración de las garantías judiciales lo hacen dentro de un plano de completa "igualdad" (cfr. Convención americana sobre derechos humanos, artículo 8-2).

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

Observa sin embargo la Sala que al proferir el Tribunal el fallo de segunda instancia, incurrió en dos errores a través de los cuales vulnera los principios de legalidad y de no agravación de la situación del apelante único.

Un primer defecto que abarca estos dos aspectos se hace notorio en la tasación de la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, pues señalada esta sanción en diez (10) años dentro del fallo de primer grado, el ad-quem la elevó al mismo tope de la prisión, lo que equivale a doblarla. Con tal procedimiento no solamente se distancia la sentencia de la previsión del artículo 31 Constitucional que aun cuando posterior a la decisión del Tribunal impide incrementar las penas para el apelante único -situación del acusado Gallo Agudelo-, sino que a la vez excede el límite legal que para esta medida autoriza el artículo 44 del Código Penal, situación que redundando en doble transgresión de las garantías fundamentales del procesado, autoriza su rectificación oficiosa en esta sede de conformidad con el artículo 228 posterior y favorable del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Pero también contraria al artículo 31 constitucional se ofrece la tasación de la pena de prisión que hace el juzgador de segundo grado, pues si al resolver el recurso de alzada reconoció el Tribunal que en la muerte de Luis Alberto Tabares mediaron las circunstancias del artículo 60 del Código Penal en cuanto el acusado actuó dolido por las ofensas que el obitado dirigía a su progenitora de manera gratuita e injusta, lo propio sería esperar que esa circunstancia hubiese repercutido en una disminución de la pena impuesta. Pese a ello, partiendo la nueva tasación de 17 años (homicidio en la persona de Sandra Patricia Estrada) para lo cual se tuvieron en cuenta los factores de gravedad del hecho y personalidad del acusado que había estimado el a-quo, se incrementaron 3 más por el concurso con el homicidio emocional para llegar al mismo tope de primera instancia.

En el deber de actuar la Sala dentro de la ya anunciada competencia otorgada por el artículo 228 del Decreto 2700 de 1991, habrá de rectificar la Sala como consecuencia las dos situaciones que en detrimento del acusado se anotan, lo que significa la reducción de un año en la pena de prisión como el regreso a los 10 fijados en el Juzgado como interdicción, pues no resulta posible disminuir la pena accesoria por debajo de ese tope cuando su tasación depende por excepción de la voluntad legal (artículo 52 del C. P.) y no de la individualización judicial que como principio rige frente a las demás sanciones y dentro de los topes normativos, según en tal sentido se infiere de los concordantes artículos 55 y 92 del Código Penal. En tal sentido se casará parcialmente la sentencia recurrida.

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

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnando, imponiendo como definitivas al acusado Milton César Gallo Agudelo la pena principal de diecinueve (19) años de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años, como autor de los delitos de homicidio cometidos en concurso dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar indicadas en esta providencia, dejándolo inmodificado en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*
Salvamento parcial de voto

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*
Con salvamento de voto

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*
Salvo parcialmente mi voto

Rafael Cortés Garnica
Secretario

INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

El artículo 52, lejos de obligar a un ciego automatismo de imponer cerradamente la adición de diez años de interdicción, le priva totalmente de la discrecionalidad para moverse entre un día y diez años.

Radicación No. 6429

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

El disentimiento se marca en cuanto a la forma como se ha entendido la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. No comulgamos con la dosificación de la misma, la que se cree ajustada a lo preceptuado en los artículos 52, 55 y 92 del C. Penal, aplicación que además representa un antiguo y rutinario criterio que se cumple con perjuicio y mengua de valoraciones más acordes con lo que el sistema de punibilidad establece a este respecto.

Que lejos está de cumplir con las finalidades retributiva (proporción y equivalencia) y resocializadora que consagra la norma rectora del artículo 12 del C. Penal!. Pensar que estos cometidos se pueden conciliar con la inhumanidad de una interdicción llevada a extremos que superan los límites de lo racional y debido, es propiciar que el sistema punitivo se desligue de su realidad, de su filosofía y hasta de su política criminal. Y es darle la razón a Carnelutti cuando catalogó el mismo como un erial, por el descuido de los jueces y tratadistas en fecundizarlo con esmerados análisis.

La ley se muestra renuente a dejar en manos de la libérrima voluntad del juez los confines de la pena y de ahí que establezca su duración máxima tanto de las principales como de las accesorias; y, para las privativas de libertad se muestre todavía más esquivo puesto que también fija su mínimo.

Lo que quiere decir entonces que no debe superarse esa restricción, a no ser que lo diga específicamente la ley. En el caso de la interdicción de derechos y funciones públicas, el art. 44 del C. Penal establece un dies-ad-quem de *diez años*. Esta es la regla general y constante que debe orientar la interpretación. Por

excepción, en las penas privativas de la libertad, se indica que la de prisión comporta esa otra sanción "por un período igual al de la pena principal"; o sea, que si se ha dispuesto para ésta un período de 12, 15, 20 o 30 años, durante el mismo el sentenciado soportará esta interdicción.

Con esta superior intensificación, queda satisfecha la accesoria y no es dable establecer un término adicional, menos el que pretende la Mayoría de la Sala, que recomienda y determina, diez años como período automático, absoluto e inevitable. Con lo cual, al paso que se quebranta la discrecionalidad para fijar en cifra menor, puesto que solo en especiales casos se debe llegar a ese máximo (*hasta diez años*), se está superando, y en qué absurda y cruel medida, ese quántum, bastando pensar para ilustrar este aserto en el condenado a treinta años de prisión que, durante este dilatado lapso, estará interdicto y luego lo será, además, por diez años, dando un total de interdicción de cuarenta (40) años.

Podrá aceptarse esta tasación como lógica, respetable y benéfica?. Si la ley no ha querido que la máxima y más aguda de las penas pueda superar los treinta años, la interdicción sí podrá sobrepasarlos?. Y resulta concebible que alguien pueda perder la clase de fundamentales atributos que comporta el ejercicio de las funciones y derechos públicos, durante tan desmesurado tiempo?. Tal vez si se pretende que a quien se encerró durante treinta años deba seguir como muerto-viviente otros diez, encuentre explicación esa desaforada regulación. O también, si se quiere crear una especie de paria, una ilota, un casi perpetuo o perdurante expulsado de la sociedad, estigmatizado ante los demás ciudadanos, negado totalmente en sus posibilidades de reinserción a la comunidad y agobiado casi de por vida con este inri y esta postración. No deja de ser una forma muy peculiar de abrir las puertas de la prisión y dejarlas cerradas; obligar a la reorientación de la personalidad pero impedirle contar con decisivos factores para ello; haber reacondicionado al ser pero catalogarlo como minusválido social y político.

Esto no es concebible. La lucha debe darse en sentido contrario y ya que no se puede llegar a la situación ideal si se debe atemperar la indiscriminación y la fatalidad de una medida de esta índole (por la comisión de un delito de secundaria importancia es razonable que se pierda el derecho a participar en la escogencia del Presidente de la República o de los hombres que hacen las leyes y por este medio regulan los bienes, honra, tributos, garantías, etc.?). La ley, en este punto, debiera ser más sensata y permitir que durante la expiación de esa pena privativa de la libertad, el juez conservara la discrecionalidad para establecerla, negarla o reducirla a otras proporciones. Pero a esta falla legislativa no debe agregarse otra aberración conceptual que el precepto no contiene, porque lo que éste manda, reserva hecha de la objeción planteada, es que más allá de la pena privativa de la libertad que exceda de los diez años de prisión, no es dable aumentar una sola hora o un solo día en la interdicción, porque se repite, el quantum de la misma (10 años) está con creces satisfecho. Por eso es que el art. 52, lejos de obligar a un ciego automatismo de imponer cerradamente la adición de diez años de interdicción, le

priva totalmente de la discrecionalidad para moverse entre un día y diez años. Es obvio que regulado lo de la interdicción como sanción simultánea de la pena privativa de la libertad, y por el tiempo de ésta, advierte que en las demás opera el arbitrio judicial. Pero la Mayoría de la Sala, lejos de entender a derechas esta previsión *excepcional*, juzga que a pesar de haberse superado el término de diez años (tasación máxima), por aludir a la discrecionalidad en cuanto otras accesorias, ello comporta la obligación de imponer, para esa interdicción, su máximo. El dispositivo enseña algo muy diferente, o sea, que el juez, por lo intensa de la accesoria padecida durante la reclusión, ya no conserva la discrecionalidad para graduar, en nada, la interdicción y menos, a fortiori, para fijar siempre el máximo de diez años.

Conviene citar el texto completo, para que se advierta la coherencia y respetabilidad de esta valoración: "Art. 52. *Penas accesorias a la de prisión*. La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal. Las demás penas accesorias, serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61".

Cuando la pena privativa de la libertad está por debajo de los diez años, el juez puede completar, por lo que falta para llegar a este tope, lo de la accesoria comentada, empleando para ello su sensato y ponderado juicio, percatándose de la necesidad, conveniencia y justicia de llegar a ese límite de diez años, o estar por debajo de él.

Resulta un contrasentido, sobre todo cuando se recuerda ese citado artículo 12 del C. Penal, que previendo la ley, como alivio a la postración ciudadana que entraña tal interdicción, la rehabilitación anticipada (art. 92) y la automática (por cumplimiento efectivo y total de la sanción) en las leyes electorales, se dé el caso de decisiones que persigan mantener como interdicto social y político a alguien por un término de quince, veinte, treinta o cuarenta años.

Como esta posición no la logramos asimilar en este sentido, por eso suscribimos esta opinión de protesta, sin que nos conmueva el argumento de ser la ley, en este caso, una camisa de fuerza, porque no está tanto esta naturaleza en quien la diseñó como sí en quien trata de que alguien se la coloque; y, además, porque como medida de extrema reducción se muestra transitoriamente tolerable para orates frenéticos pero no para aherrojar el raciocinio.

Respetuosamente,

Jorge Enrique Valencia M. *Gustavo Gómez Velásquez*

Edgar Saavedra Rojas

DEFENSOR \ SUMARIO (SALVAMENTO DE VOTO)

"Considera el suscrito que la afirmación que se hace y se ha venido haciendo, en el sentido de que la defensa es esencial en el juicio y no en la instrucción, corresponde a un equivocado concepto de instituciones que son extrañas a nuestra organización procesal".

Casación 6429

SALVAMENTO DE VOTO

Para rechazar la petición de nulidad por violación al derecho de defensa, formulada por el casacionista y respaldada por quien representa los intereses de la colectividad, la Sala mayoritaria argumentó que "siendo para este proceso aplicables tanto el Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050) como la Constitución Política de 1986, que como la que hoy rige preceptuaba la obligación de rituar el proceso de conformidad con la ley preexistente al acto y con guarda de las garantías debidas, mal podría considerarse extraña o violatoria del debido proceso una ritualidad o exigencia apenas aparecida con posterioridad en la normalividad positiva...". Por discrepar de ese entendimiento que se ha dado al derecho de defensa, tal como estaba concebido en vigencia de la Constitución de 1886, debo reiterar los planteamientos formulados en mis salvamentos de voto, en los cuales disentí frontalmente de tal interpretación.

En vigencia de la constitución de 1886, en contra del pensamiento de mayoría, dije:

"El artículo 1o. del Código de Procedimiento Penal, adaptación a los asuntos penales de la norma 26, inciso 1o. de la Constitución Nacional, acoge como principio rector de la actuación procesal penal el debido proceso, así, *'Nadie podrá ser procesado* sino conforme a las leyes preexistentes al hecho punible que se impute, ante juez competente previamente establecido y *observando la plenitud de las formas propias de cada proceso'* (Subraya fuera de texto). De esta disposición constitucional y legal, emana la ineludible obligación que tienen los funcionarios jurisdiccionales de velar por una adecuada defensa de quienes se encuentren

sometidos a proceso, deber que no puede quedar satisfecho en el simple plano de las formalidades, sino que es exigente en cuanto supone una actividad tendiente a proporcionar a los vinculados a la actuación todos los medios posibles de defensa, tal como lo señala la ley misma.

"Son además, múltiples las manifestaciones que a través del proceso penal tiene el derecho a la defensa y por ello numerosas son también las exigencias que señaló el ordenamiento ritual para su adecuada protección. Una de las más importantes indudablemente lo es la necesaria intervención durante las diversas fases del proceso de un representante judicial para el vinculado, experto en asuntos de derecho y que pueda válidamente desarrollar las muchas actividades que requiere el trámite de un asunto, la práctica de pruebas, la solicitud de las mismas, los mecanismos de impugnación que puedan ser utilizados, la interpretación de las normas, etc.

"Por ello la ley establece, recogiendo no solamente los preceptos constitucionales sino también consagraciones supranacionales incorporadas al derecho interno, que todo procesado debe estar asistido *durante todo el proceso* por un profesional del derecho que vele por sus intereses. Esta exigencia, a la luz de los principios democráticos que orientan el derecho procesal moderno, se torna más imperativa, cuando quien es sometido a la acción jurisdiccional es -como en el caso presente- una persona con escasos recursos económicos, deficiente instrucción y ningún conocimiento del derecho.

"Así el artículo 129 del Código de Procedimiento Penal establece que 'para actuar como defensor en el proceso penal se requiere ser abogado inscrito', y las normas 131 y 132 disponen la existencia de la defensoría pública y la defensoría de oficio, como sustitutos eficaces a los cuales puede acudir el funcionario jurisdiccional ante la carencia de un apoderado designado por el procesado. La regla básica de la actuación penal, es la de que nunca podrá adelantarse el proceso sin la debida asistencia profesional de forma tal que, ante la ausencia de designación de apoderado por parte del acusado, es al Estado a quien corresponde asumir la carga que demande su defensa, o a los particulares que estén obligados a prestar este servicio público por expresa designación del funcionario.

"En todo caso, corresponde al juez como una de sus principalísimas obligaciones, velar porque el sometido a juicio cuente con su representante legal. Cualquier omisión en este aspecto, aún cuando no siempre entraña el carácter de nulidad, sí se convierte en vicio necesario de erradicar en la práctica judicial".

Y más adelante se continuó:

"Es cierto que de manera bastante frecuente la Sala de Casación Penal ha sostenido, como ahora se afirma en la ponencia de mayoría que la '...defensa técnica es esencial e indispensable en la segunda fase del proceso -en el juicio-

donde la iniciativa se le asigna al acusado, quien debe desarrollar una actividad encaminada a defenderse en el término probatorio y en el debate de la audiencia pública, de los cargos que se le han formulado en la resolución de acusación' ; pero debe destacarse que esta jurisprudencia no ha sido uniforme, ni reiterada, porque existen decisiones de esta Corporación en las cuales con un sentido mucho más acorde con la disposición constitucional, se ha afirmado la existencia de un derecho de defensa integral, esto es durante todo el proceso. En este sentido la Corte ha sostenido diversos pronunciamientos, y bastará citar algunos de éllos, donde debe destacarse que están todos firmados por uno de los Magistrados que suscribe ahora la decisión mayoritaria, al haberse derrotado la ponencia original en la que el suscrito reconocía la existencia de una nulidad por violación del derecho de defensa durante la etapa investigativa.

"La primera es del catorce de octubre de 1976, con ponencia del Doctor Salgado Vásquez que en la parte pertinente afirma:

"'El cuadro completo de la manera como se ha adelantado el sumario y el juicio contra Mercedes Quiñónez Baquero, demuestra plenamente que el derecho de defensa de la procesada ha sido conculcado de modo reiterativo; y como la defensa es una forma esencial de los procesos, hay que concluir que se está en presencia de nulidad del proceso, por desconocimiento de tan importante garantía constitucional.

"'La tesis de la Procuraduría de que dicha garantía únicamente tiene operancia para el juicio, porque el sumario es mera recolección de pruebas, no la Comparte la Corte porque el juzgamiento depende en un todo de los medios probatorios que se hayan recaudado, o que no figuren en autos. El Código de Procedimiento Penal abunda en ordenaciones para asegurar que las pruebas sean producidas en forma legal, lo mismo que para darle oportunidad al procesado y a su asesor jurídico no sólo para solicitar las que consideren que le sean beneficiosas, sino para concurrir a la producción de todos los medios probatorios que se practiquen.

"'El artículo 215 del Estatuto Procesal pone de relieve que para poder dictarse sentencia condenatoria, es indispensable que las pruebas se hayan producido legalmente, esto es, según los ritos establecidos por la ley.

"'Las pruebas producidas a espaldas del acusado tienen el carácter de secretas, no controvertidas. Tal vez en un sistema inquisitorial sería de recibo la prueba secreta, pero no dentro del sistema jurídico colombiano, cuyo artículo 26 de la Carta eleva a garantía el debido proceso, que incluye la producción legal de las pruebas como forma primordial de toda suerte de procesos'.

"La segunda del tres de febrero de mil novecientos ochenta y uno, con ponencia del Doctor Fabio Calderón Botero, en la que se sostiene:

"'*La Corte siempre ha considerado que es en la etapa del juicio, frente a cargos concretos, en donde se ejerce a plenitud el derecho de defensa y, por consiguiente, donde puede ser más fácilmente vulnerado. Sin embargo, no hay*

duda que en el sumario se precisa de ese derecho y con la misma profundidad y urgencia que en la causa, porque es allí donde empieza a acreditarse que la inocencia no es mera presunción sino una realidad indiscutible, o bien a probarse que se ha incurrido en una responsabilidad penal, pero en la medida de lo justo.

"'Tener la oportunidad plena y permanente de demostrar que se es inocente, o responsable en cierto y determinado grado, es lo que define y justifica el derecho de defensa.

"'Se conculca esa garantía primordial, como una forma propia del juicio, con impedir u obstaculizar, por cualquier medio, su normal ejercicio. También se quebranta cuando de manera absoluta falla la defensa formal o técnica, porque el apoderado o el defensor, por manifiesta incapacidad o por inercia, se limita a ser un pasivo protagonista del trámite procesal o un simple espectador de la suerte del procesado' (Subrayó la Sala).

"La tercera con fecha quince de marzo de mil novecientos setenta y nueve, con ponencia del Doctor Jesús Bernal Pinzón, cuando afirma:

"'El derecho de defensa, que se halla desarrollado y reglamentado en diversas normas de la ley procesal, encuentra su apoyo constitucional en lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta allí donde expresamente se ordena que el juzgamiento de los ciudadanos deberá cumplirse conforme a las leyes preexistentes al hecho que se imputa -principio de legalidad o de reserva-, ante Tribunal competente -principio del juez natural-, y fundamentalmente, 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio' principio del debido proceso.

"'«El concepto de la defensa -escribe Carnelutti- es opuesto y complementario del de la acusación; ya se ha dicho que la formación del juicio penal sigue el orden de la tríada lógica: tesis, antítesis, síntesis; si el juicio es síntesis de acusación y defensa, no se puede dar acusación sin defensa, la cual es un contrario y por tanto un igual de la acusación. Se reclama nuevamente la atención sobre la igualdad propia de los opuestos o contrarios; esta verdad, que quizá no ha sido puesta en luz por la lógica, precisamente a propósito de las relaciones entre acusación y defensa, constituye uno de los principios de la mecánica penal...La defensa es también, entonces, en primer lugar una búsqueda de pruebas, como la acusación; pero puesto que la búsqueda es inescindible de la valoración, se resuelve también en un juicio, como la acusación el fin de persuadir antes que de decidir y por tanto en una propuesta de decisión... Si la acusación es por consiguiente el desarrollo razonado de la pretensión penal, la defensa es la razonada contestación; aquí aflora el concepto de la contestación, elaborado también, como el opuesto al concepto de la pretensión, por la teoría general del proceso: contestación de la pretensión es la exigencia de la no punición del imputado; como la exigencia de su punición la acusación da las razones, así las ofrece la defensa para la exigencia opuesta». (F. Carnelutti, Lezioni sul processo penale, vol. I, página 162).

"'Entonces, es sobre la base del respeto al principio del contradictorio que ilumina todo el proceso penal, y a la necesidad de colocar a los sujetos procesales y a las partes en una posición de paridad dialéctica, lo que explica la presencia de los defensores o apoderados en el proceso penal, hasta el punto de que como dijera un eminente procesalista 'si el abogado no existiera, sería necesario inventarlo'. El imputado que no sabe el derecho y aún en el caso de que lo sepa, por su misma condición de imputado o sindicado, frente al ansia de su propia suerte, tiene necesidad de estar asistido por alguien que lo sepa, o que se encuentre en condiciones psicológicas de poder hacer valer sus derechos y demostrar su inocencia, porque la misma dialéctica del proceso exige un duelo de armas iguales y no son iguales las armas de un acusador jurisperito y las de un acusado ayuno de derecho.

"'De consiguiente, cuando la Carta Constitucional se refiere a que el juzgamiento se realice con la plena observancia de las formas propias del juicio de que se trate, entre esas fundamentales y esenciales formas está el derecho de defensa que no puede ser menoscabado, limitado, cercenado o desconocido, so pena de que se incurra en nulidad absoluta de rango constitucional como en tantas oportunidades lo ha sostenido esta Sala.

"'Así lo entienden los doctrinantes extranjeros: entre otros, Sabatini, quien se pregunta: «Cómo funciona el derecho de defensa, con respecto a la relación jurídico procesal? Esto es importante para establecer cual efecto frente a la relación procesal produce la falta del ejercicio del derecho de defensa, su no ejercicio dependiente de la imposibilidad del ejercicio mismo. No es ciertamente un presupuesto procesal el ejercicio de la defensa. El derecho de la defensa opera en referencia a la eficiencia de la relación procesal, aquella que es la posibilidad de ejercicio del contenido de la relación, es decir, la posibilidad de ejercicio de los poderes, de las cargas, de los derechos, de las facultades, por consiguiente se vincula su eficacia. Es entonces el ejercicio del derecho de defensa una condición para la regularidad de la relación jurídico procesal; podemos agregar también que es una condición de validez de la relación jurídico procesal. Siendo una condición y no un presupuesto, su falta evidentemente no puede conducir a la inexistencia, que como vosotros sabéis depende de la falta de un presupuesto procesal, sino que conduce, en cambio, a la restaurada categoría de las nulidades absolutas que pueden hacerse valer en cualquier estado o grado del procedimiento» (G. Sabatini, Il diritto di defensa del procedimiento penale, en Conferenze, Tomo I, página 883).

"'Siendo entonces, como lo afirma el autor últimamente citado que, el ejercicio del derecho de defensa es una condición para la regularidad de la relación jurídico procesal, ella se vincula, como ya se anotó, necesariamente a las formas propias de cada juicio que es a las que se refiere el artículo 26 del Estatuto Superior, y cuyo desconocimiento engendra nulidad absoluta.

"'Independientemente de los problemas que se planteen en la doctrina respecto a la posición jurídica del defensor dentro del proceso penal, cuestión que

no se debate ahora, es incuestionable que el derecho de defensa tiene diversas manifestaciones, si se atiende especialmente a la fase o grado del proceso en donde tal derecho debe ejercitarse. De esa forma, se afirma que la defensa puede realizarse mediante la intervención directa del procesado, tal como ocurre en la diligencia de indagatoria, o mediante la asistencia, también en los casos en que la ley ordena la presencia del procesado y la de su apoderado; y, finalmente mediante la representación que es la situación en la que no exigiéndose la presencia física del procesado, la defensa se ejerce por representación. De esa forma, la doctrina hace una diferencia esencial entre la llamada defensa material, es decir, la defensa actuada por el mismo imputado, que se desarrolla en todas las diligencias en las cuales, como se anotó, es esencial su presencia, como sucede en la indagatoria, en el careo, en la reconstrucción de los hechos, en el reconocimiento en fila de personas, etc.; y la llamada defensa técnica que es la actuada directamente por el defensor a través de la representación.

"'Ahora bien, en qué momento del procesado está autorizada la presencia del defensor del imputado? El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal dispone que desde el momento mismo de la captura, se hará saber al capturado el derecho que tiene de designar un apoderado -el llamado apoderado de confianza- y para el caso de que éste no lo designe, el Instructor le nombrará uno de oficio -apoderado de oficio-. La defensa se ejerce, entonces, desde ese momento inicial y se expande por todo el proceso penal, nace con él y se extingue solamente con la extinción del mismo proceso. Es decir, que en la normación jurídica colombiana, no existe un momento en el que el procesado pueda ser impedido o inhabilitado para ejercer el derecho de defensa, que como se anotó, y la ley considera tan importante el ejercicio del derecho de defensa, de cualquier naturaleza que él sea, que respecto a la que se ejerce mediante la representación del procesado, hace obligatoria su aceptación por parte del apoderado designado por el funcionario, tal como se lee en la norma contenida en el artículo 117 del Código Procesal Penal.

"'De todo lo dicho, se desprende en forma inequívoca, que dentro del proceso penal la ley reconoce al procesado un derecho inviolable relativo al ejercicio de su defensa que puede ejercer ya en forma personal y directa o a través de un apoderado o defensor, caso en el cual la ley también prevé dos hipótesis así: ante todo, y fundamentalmente, le otorga el derecho a que el propio sindicado designe el defensor que a bien tenga -apoderado de confianza- o, para el caso de que no quiera o no pueda hacer esa designación por su propia voluntad y decisión, entonces se le designará un defensor o apoderado, por parte del Instructor o Juez -apoderado de oficio . El procesado es entonces titular del fundamental derecho o facultad de elegir su propio apoderado o defensor, hasta el punto de que puede desplazar, en el momento que lo desee, al que le haya sido designado por el instructor o por el Juez del conocimiento. Y es tan celosa la ley respecto a la decisión del imputado en dicha escogencia que solamente con su autorización puede darse la sustitución (artículo 121, Código de Procedimiento Penal). Todo esto se predica, como es obvio, del proceso penal en general, sin embargo de lo cual podría pensarse que

esta normación no tiene vigencia y actuación dentro del trámite del recurso extraordinario de casación, ya que se podría afirmar que el proceso penal, para los efectos del ejercicio del derecho de defensa, termina con la producción del fallo de segunda instancia, y que el recurso extraordinario de casación, que no queda incluido o no se lo considera como etapa del proceso, para tales efectos se regiría por normas especiales.

"'Esta tesis, como es sabido, la sostuvo la Corte hasta el veintisiete de febrero de 1970 cuando por providencia de que fue ponente el señor Magistrado Velasco Guerrero, la modificó para afirmar, que también el defensor de oficio podría, no solamente interponer el recurso extraordinario de casación sino también sustentarlo mediante la correspondiente demanda. En dicha sentencia dijo la Corte:

"'«El proceso ciertamente es el conjunto de actividades que el juez y las partes realizan para convertir la pretensión punitiva del Estado en un derecho subjetivo concreto que se origina en la violación penal y culmina en la declaración de certeza jurisdiccional inamovible, contra la cual no cabe interponer recurso alguno, cuando adquiere el imperativo de la cosa juzgada. El proceso penal admite diversas etapas de procedimiento: la de primer grado, la de apelación o consulta y el recurso extraordinario de casación. Pero cada una de estas fases procesales no es un esquema rígido, clausurado en sí mismo. Son estructuras dinámicas, progresivas, diversos momentos de la actuación, vinculados entre sí, y configurante de una totalidad, una divisible pero armónica y conclusa, de carácter inmutable...Sumario, juicio y recurso extraordinario de casación, son, en materia penal fases o grados de la evolución formativa del proceso. El recurso extraordinario de casación se origina en el juicio, pero no es parte integrante suya, ni lo es inherente con fuerza obligatoria. Interponerlo es facultad discrecional de las partes ... Ejercitarlo es derecho incuestionable del defensor de oficio o designado por el sindicado, pues tiene el deber consecuente o con aquella norma imperativa de asistirlo en las diligencias en que su presencia sea prescrita por la ley y presentarlo en todos los demás actos del proceso»'.

"La cuarta, de reciente pronunciamiento como que es del nueve de marzo de este año y aprobado unánimemente por la Sala, en la que se dijo:

"'El ejercicio del derecho de defensa, como garantía constitucional de la persona, es condición de validez del proceso. De ahí deriva su carácter continuo y unitario. Conforme con él, no puede haber un solo momento de la actuación procesal en que pueda ser restringido o negado. Si así ocurre, hácese ineficaz la relación jurídico-procesal, imponéndose la declaratoria de nulidad desde el momento mismo en que aparezca afectada la garantía.

"'Este alcance absoluto que al derecho a la defensa se otorga, no autoriza a tener cualquier irregularidad como constitutiva de su violación. Impera examinar, desde una perspectiva material, los vicios que registre la actuación y sus efectos

frente al contenido y observancia de esta garantía. Solo a partir de entonces, puede establecerse la validez del proceso.

"'En el presente asunto, encuentra la Corte puestas en razón las argumentaciones del Ministerio Público para demandar la invalidación de lo actuado, a partir del momento anterior al auto que declara cerrada la investigación. Ciertamente, el trámite cumplido no lo fue dentro de los límites propios de la garantía al ejercicio del derecho a la defensa.

"'En efecto; la circunstancia de no haberse requerido al procesado para que designara defensor, o habérselo nombrado de oficio si no podía o no quería hacerlo y declarar cerrada la investigación, inmediatamente se recibió el proceso, luego de practicada la indagatoria en la ciudad de Barranquilla, constituye compromiso grave para los derechos del procesado. Desde la apreciación concreta de las incidencias procesales, surge con carácter de evidencia que el trámite circunscrito a la fase antes indicada, se surtió con ausencia del defensor. Así debe entenderse, no solo por lo precario de la designación hecha en la indagatoria, de donde se infiere que ella no trascendía de tal acto, sino de la situación misma que esa diligencia se llevó a cabo en un Distrito Judicial diferente a aquel en donde se tramitaba el proceso. Por esta vía, se ha privado al sindicado, cuando menos, de la posibilidad de solicitar pruebas encaminadas a rebatir las hasta ese momento recaudadas sin su intervención, si se toma en cuenta que el último acto de instrucción fue la indagatoria'.

"El suscrito magistrado comparte las decisiones transcritas parcialmente, porque considera que el Derecho a la defensa es de consagración constitucional y donde no se establecen limitaciones temporales, no pueden crearse legalmente, puesto que una norma de inferior jerarquía no puede tomar determinaciones que afecten la integridad de la Carta Magna; y menos aún, puede limitarse ese derecho de carácter supralegal por decisiones jurisprudenciales, porque es bien sabido que el juez es un simple intérprete de la ley y dentro de la función aplicativa que le corresponde, no puede traspasar el alcance explícito y claro de la norma y menos aún si la disposición interpretada es de rango constitucional.

"Debe recordarse que la Corte comentado el contenido del artículo 26 de la Carta ha afirmado que contiene cuatro garantías, cada una de las cuales tiene su propia naturaleza, objeto y consecuencias propias y ellas son:

"a) Preexistencia de la ley que define los delitos y determina la punibilidad.
"b) Preexistencia de la ley que regula el juzgamiento.
"c) Observancia de las formas propias del juicio; y
"d) Aplicación de la ley favorable aunque sea posterior al acto imputado.

"Y en relación con el respecto a las formas propias del juicio, ha sostenido la Corporación que 'Entre las formas propias del juicio penal, de las más importantes

son aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, bien sea que el inculpado lo haga por sí mismo, cuando tenga aptitud para ello, bien lo haga por medio de un abogado. (Sentencia de siete de mayo de 1941).

"Es imposible concebir que un principio de carácter constitucional -el de defensa- que además constituye un compromiso internacional, puesto que hemos ratificado los Pactos internacionales sobre derechos humanos por las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, pueda ser limitado jurisprudencialmente, porque cuando la Corte lo afirma en esta providencia y cuando lo ha hecho en el pasado, está simplemente sosteniendo que el debido proceso es garantía únicamente para el juicio o de la misma manera que el derecho de defensa no está garantizado constitucionalmente para el sumario. Es necesariamente un derecho integral de defensa que no puede desconocerse bajo ninguna perspectiva y no podría ser de otra manera, porque cómo entender un derecho de tal importancia, tanta que tiene rango constitucional, que solo estuviese garantizado temporal o parcialmente? Qué objetivo puede tener la consagración del derecho de defensa para el juicio cuando en el sumario ha sido desconocido?.

"Débese recordar de manera necesaria lo afirmado por la Sala Plena de la Corte cuando con ponencia del Doctor Carlos Medellín del 2 de Octubre de 1981, por medio de la cual se declararon inexequibles el inciso 2o. del artículo 151, parte del 186 y la totalidad del 344 del Decreto 181 de 1981 que disponía en sus partes pertinentes:

"'Art. 151. Recurso ordinarios...'

"'Contra los actos realizados por los funcionarios de investigación y acusación no procede recurso de ninguna naturaleza'.

"'Art. 186. Contradicción. Durante la investigación no habrá controversia probatoria...'.

"'Art. 344. Inimpugnabilidad de las resoluciones. Durante la investigación, las resoluciones que se profieran en relación con las medidas de aseguramiento de que trata este capítulo, no serán susceptibles de recurso alguno'.

"Dijo así la Corporación para referirse al derecho a la defensa:

"'El Derecho de defensa emana también del artículo 26 de la Carta, porque pertenece al debido proceso. Más aún, esta norma constitucional tiene como objeto principal su garantía, dado que el mismo derecho es atributo fundamental de la persona como tal y se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad. Es, además, un derecho histórico. Los romanos instituyeron el principio *audiátur altera pars*, como regulador de todo proceso en garantía de sus partes. No hay sistema procesal alguno que lo pueda excluir.

"'El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico-procesal de su aplicación. Su fuente constitucional es la misma. Se encuentran específicamente proclamados en los 'Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos', aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1986, y convertidos en norma nacional mediante nuestra Ley 74 de 1968, donde se determina: «Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales» (parte II, 3a.). Recuérdese aquí la orden del legislador en el sentido de que el Código de Procedimiento Penal, filosóficamente se orienta también por los tratados internacionales relativos a los derechos humanos del individuo'.

"'Cierto es que tanto el derecho de impugnación como el de contradicción se encuentran contemplados en las normas que rigen la etapa procesal del juzgamiento. El punto por esclarecer es el de si esos derechos, que se identifican con el de defensa, no requieren la misma garantía e igual efectividad en la etapa investigativa, como parte integrante del mismo proceso que en ellas se inicia, tal como lo determina el literal b) del artículo 1o. de la ley de facultades, al definir su estructura.

"'El literal h) del mismo artículo 1o. de la ley 6a. de 1979, prescribe que «la defensa y la acusación participarán en el proceso en absoluto pie de igualdad». Tanto el legislador ordinario como el extraordinario considera al sindicado como procesado desde el primer momento del proceso, es decir, desde el comienzo de la investigación, porque así lo denomina. A ese procesado se le reconoce el derecho a tener un defensor (artículo 94 del Código) quien con aquel integra la «parte defensora» (artículo 91 ibídem), y ello ha de ocurrir en la etapa procesal de la investigación. Los artículos 151, inciso 2o., 186 en su parte inicial, y 344 del Código de Procedimiento Penal sólo permiten a una de las partes, al de acusación, que es la misma encargada de la función investigadora, actuar plenamente en la etapa investigativa ya que en ellos se le niega a la defensa el derecho de recurrir contra las providencias del investigador y a manifestarse con respecto a su pruebas, con detrimento de los principios de impugnación y de contradicción inherentes al derecho de defensa que consagra la Carta. Se ha de esperar a que sobrevenga la etapa del juzgamiento para que sea posible ejercitar los actos esenciales de toda defensa. Entonces durante la investigación apenas existe la posibilidad de una defensa restringida, no obstante que la ley de facultades manda la absoluta igualdad de las partes en el proceso, en todo el proceso. La defensa ha de ser unitaria y continua, y debe existir ab initio del proceso, sobre todo si se trata del sistema mixto que éste consagra «con marcada acentuación hacia el acusatorio», en obedecimiento a lo ordenado por el literal c) del artículo 1o. de la Ley 6a. de 1979, pues bien se sabe que en este sistema el acusador es el mismo investigador

que dispone en la primera etapa del proceso los elementos que determinarán el resultado final del juzgamiento, sin que sus actuaciones procesales puedan ser objeto de impugnación o de contradicción en su momento, para depurarlas y conformarlas a la verdad. Hay una íntima relación de causalidad entre la investigación y el juzgamiento, que sirve para demostrar la unidad del proceso penal, pero a esa unidad no corresponde la absoluta igualdad de las facultades de los sujetos vinculados a él, como con tanta claridad lo ha ordenado el legislador. El hecho de que los principios de impugnación y contradicción se encuentran consagrados para la etapa de juzgamiento no es suficiente. La norma de la ley de facultades se refiere a la necesidad de que tales derechos existan en todo el proceso y no solo en una parte de él, con mayor razón si las actuaciones ocurridas en su primera etapa son determinantes de la segunda e influyen tan poderosamente en su resultado.

"'De lo anterior se puede deducir que los artículo 151 inciso 2o., 344 y 186 en su parte inicial del Código de Procedimiento Penal, en cuanto lesionan los derechos de impugnación y de contradicción que ha de tener siempre el procesado, resultan contrarios a las normas de la Carta que consagran la garantía del debido proceso, incluido el derecho de defensa (Artículo 26), así como el derecho de petición (Artículo 45), ya que las posibilidades de los ciudadanos para hacer uso de acciones judiciales y de recursos en todo proceso hacen parte de ese mismo derecho, y una cosa es que la ley reglamente la oportunidad de su uso, y otra distinta que lo niegue en todo un período en el que su ejercicio es fundamental a la defensa del procesado. Como también resulta vulnerado el artículo 118-8 de la Constitución, por cuanto las mismas normas indicadas no atienden completamente la garantía de los derechos del procesado que ordena la ley de facultades, especialmente los de defensa y absoluta igualdad, ni toman en cuenta por este mismo aspecto, como lo exige el legislador, los tratados internacionales relativos a los derechos humanos del individuo'.

"La anterior decisión fue ratificada por sentencia del 10 de mayo de 1983, con ponencia de Manuel Gaona Cruz y en la que además se agregó:

"'Para el caso *sub lite*, destácase que el principio del debido proceso es inherente a todo ser humano y otorga a éste el derecho a su defensa y a ser juzgado por igual conforme a normas preexistentes, nítidas e inequívocas, por jueces constitucionales, señalados previamente, ceñidos a los lineamientos, garantías y rigores del proceso, también preestablecidos y claros.

"'Dicho postulado comporta además el cumplimiento de los imperativos mandatos de aplicación de la norma más favorable al sindicado, procesado o condenado; de garantizar a estos que no se les condene por lo que no se les ha probado como acción u omisión suya, respecto de la cual además le sea atribuible normativamente su conducta; del derecho a que se presuma su inocencia mientras no se le demuestre lo contrario y a que en caso de duda ésta favorezca al sindicado; de que la carga de la prueba ('demostrabilidad') corresponda al Estado; de que toda

prueba alegada o allegada en su contra es controvertible por el procesado o por su apoderado; de que al sindicado no se le puede negar su derecho a solicitar la práctica de las pruebas que estime conducentes a su defensa y a la verificación de su inocencia, inimputabilidad o irresponsabilidad; de que no hay posibilidad de juzgamiento ni de condena sin que además se haya determinado o especificado la pena correspondiente al incriminativo; y de toda decisión condenatoria de primera instancia en su contra es recurrible ante otra de mayor jerarquía.

"Y el derecho de defensa, que es otra de las esenciales manifestaciones del debido proceso, tiene como asidero fundamental la libertad de postulación y escogencia del defensor o del apoderado por parte del sindicado o de quien lo represente en sus intereses; la igualdad de opción y de controversia en la defensa ante la ley y de oportunidad ante el juzgador; la igualdad objetiva de aptitud y capacidad profesional y dedicación de quien asuma como defensor, y la obligación ética y constitucional de éste de hacer todo válidamente posible para la idónea asistencia profesional de su poderdante.

"Frente a la Constitución, por principio, la defensa ha de ser ejercida por el abogado escogido por el sindicado o por quien lo represente en caso de que aquél sea menor, incapaz o inimputable. En forma subsidiaria, se dispone que el Estado le designe abogado de oficio. Y en ocasiones, por razones especiales de protección, como en este caso, al Estado se le asigna el deber social de apoderar de oficio, con funcionarios destinados al efecto, a los menores sindicados de hechos punibles.

La Corte no recrimina a esas tareas.

"Pero lo que no resulta constitucionalmente admisible es que la obligación subsidiaria, supletiva u oficiosa del Estado de asegurar el derecho de defensa de los menores que por cualquiera razón no pueden ser asistidos por abogados, se convierta en prohibición absoluta para aquellos, sus padres o ascendientes potestativos, de estar representados en juicio por un abogado inscrito escogido a su guisa y con cargo a su peculio. Eso no es sustituir sino cercenar el derecho de defensa y contrariar los mandatos de los artículos 10, 16, 23 y 26 de la Carta".

"Es importante destacar que el procedimiento previsto en el Decreto 181 de 1981 era de marcada tendencia acusatoria y es por ello que atendiendo a sus antecedentes históricos y teóricos se concebían normas, como las que fueron declaradas inexequibles; es importante hacer esta observación, puesto que ello demuestra el celo y la protección que sobre el debido proceso y el derecho a la defensa ha hecho la Sala Plena de la Corporación.

"Se ha sostenido por los procesalistas que el proceso y especialmente el penal es fundamentalmente dialéctico y de la misma manera que en la órbita privada no puede concebirse un proceso sin demanda y sin la respectiva contestación a la misma; el proceso penal es inimaginable sin la existencia de una acusación y de una

defensa y a través de esta doble integración surgen dialécticamente las posiciones casi siempre contradictorias, que justifican la existencia de ese importantísimo principio rector de la contradicción que es consustancial al debate procesal y que por su ejercicio, constituye una efectiva garantía del derecho a la defensa y obviamente del respeto a las formas propias del juicio. Cómo puede ser garantizado el contradictorio dentro del sumario, cuando el procesado es un pobre campesino, analfabeto o en las propias cercanías de tal estado? Cómo va a poder entender la técnica de las actuaciones judiciales dentro de su primitiva cultura? Cómo determinar la necesidad de interponer un recurso o solicitar pruebas, si su capacidad cultural le impide comprender su naturaleza, su importancia o su conveniencia?.

"Ya en la primera parte de éste disentimiento a la voluntad mayoritaria de la Sala, se han destacado cómo la ausencia del defensor en la etapa instructiva si fue trascendente y cómo se evidenció la vulneración de este derecho y la absoluta incapacidad del sindicado para defenderse, tanto que cuando planteó un rudimentario asomo de defensa no fue escuchado y en segunda instancia se le increpó que se trataba de una patraña de última hora que 'debió al momento de calificarse el mérito sumarial, hacerla valer' y qué ausencia de defensa tan dramática, cuando precisamente en ese momento la planteó y el funcionario competente no la consideró, puesto que no hizo referencia a ella.

"No se trata entonces de una mera conceptualización teórica de los aspectos constitucionales involucrados, sino lo que de manera concreta se evidencia en este proceso. Considera el suscrito que la Sala mayoritaria se dejó impresionar por lo inequívoco de la autoría, sobre la que no existe la más mínima discusión; pero, es que acaso los capturados en flagrancia o sobre los que existe un inmenso cúmulo de pruebas no tienen derecho a la defensa, precisamente por la evidencia de su participación?.

"Considera el suscrito que la afirmación que se hace y que se ha venido haciendo, en el sentido de que la defensa es esencial en el juicio y no en la instrucción, corresponde a un equivocado concepto de instituciones que son extrañas a nuestra organización procesal, porque es claro que en los procedimientos de marcada tendencia acusatoria, donde en la etapa sumarial se hace una investigación preliminar por la policía o por la fiscalía en la que se recolectan las pruebas que han de ser practicadas en el juicio y concretamente en la audiencia pública; en este sistema procesal es evidente que la prevalencia, existencia y necesariedad de la defensa se da en la etapa procesal del juicio, porque es en ella en la que se practican las pruebas, puesto que lo que se ha realizado en la etapa instructiva es puramente preliminar y sin capacidad probatoria; y en estas condiciones si los medios de convicción son producidos, aducidos y controvertidos en el juicio, con la participación de todas las partes, es entonces claro que la defensa en tal etapa es esencial y no puede pensarse en la existencia de ese tipo de proceso si no hay acusación, procesado y defensa. Es tal la naturaleza de este proceso que

exige la práctica de las pruebas en la audiencia pública, que si no es ello posible no puede realizarse el juicio, como ya sucedió en una convocatoria del gran jurado, cuando en un proceso con único testigo, éste fue asesinado y obviamente la audiencia nunca pudo ser realizada. Su característica impone igualmente la presencia del procesado y es por ello que si éste se encuentra en contumacia no puede realizarse, de allí que igualmente la acción sea imprescriptible.

"Dentro de un proceso de tales características donde la contradicción probatoria y las alegaciones de la acusación y la defensa se postulan en la audiencia pública, es necesario concluir que la defensa es esencial y que en tales circunstancias la ausencia de ella no origina nulidad como podría pensarse dentro de la estructura de nuestro proceso, sino que no existe la sola posibilidad de que el proceso exista.

"Es en tales circunstancias predicable de los procedimientos con tendencia acusatoria (proceso inglés, Norteamericano, Alemán, Costarricense y recientemente el Italiano) en los que la garantía del derecho de defensa en la etapa del juicio es vital e ineludible. La doctrina jurisprudencial de nuestra Corte que no compartimos es consecuencia del influjo de procesalistas de países en los que existen procedimientos de tendencia acusatoria y que han sido indebidamente trasplantados y asimilados para ser aplicados a nuestro ordenamiento procesal, de decidida orientación inquisitiva.

"La existencia de este tipo de proceso impone una diversa concepción del derecho a la defensa, porque en este la estructuración del proceso se realiza durante la etapa instructiva y es en esta etapa donde en ocasiones es más imperiosa la presencia activa de la defensa para pedir pruebas, para contraprobar las imputaciones, para supervisar la producción y adución de la evidencia en su legalidad, para evitar las medidas precautelativas, para interponer recursos, para alegar su conclusión y evitar en la medida de lo posible la resolución de acusación y cuando ello sea posible, obtener el reconocimiento de atenuantes o de condiciones de favorabilidad que puedan tener influencia en el caso hipotético de una sentencia condenatoria; porque es que en la providencia de mayoría se hacen afirmaciones que darían a entender que la defensa solo surge 'esencial o indispensable', en el juicio, como si la labor defensiva se circunscribiera a 'los cargos que se le han formulado en la resolución de acusación'. Es un criterio equivocado, en cuanto se limita la labor de la defensa a tal etapa o a pensar que durante ella es necesaria una mayor intensidad, pero la verdad es que desde el mismo momento en que surge la imputación por cualquier medio para excitar la acción investigativa del Estado, bien sea por denuncia, querella, informe, petición, etc., el ciudadano que así aparece involucrado ya necesita de defensa, tan es ello cierto y ha sido tan clara la voluntad del legislador en tal sentido que se hacen previsiones legislativas para garantizar ese derecho a la defensa durante la indagación preliminar o toda la estructuración de este derecho durante la etapa sumarial, porque es evidente que es con el auto cabeza de proceso cuando se ordena contra una persona en particular

que se está formulando una incriminación (o cuando con posterioridad se ordena vincular a alguien por medio de indagatoria) medio del cual se ha dicho reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia que se trata de un medio defensivo y se le da este calificativo porque precisamente existe una incriminación de la que es necesario defenderse. Si esta es la realidad del proceso penal en su primera etapa, cuál la razón entonces para que se hagan las afirmaciones de las que ahora discrepamos con vehemencia?.

"Dentro de la realidad de un proceso con mayor tenencia inquisitiva y sobre las diferencias existentes con los sistemas procesales de tendencia acusatoria, se hace indispensable garantizar la existencia de la defensa durante toda la etapa procesal, llámase sumario o causa".

Pese a la nueva disposición constitucional que resolvió la polémica jurisprudencial al disponer que se garantiza el derecho a la defensa tanto en la etapa de investigación como en la del juzgamiento, la decisión de mayoría, dentro del criterio dominante que rigió últimamente en relación con la interpretación jurisprudencial del derecho a la defensa, conforme al cual este era realmente trascendental solo en la etapa del juicio, y partiendo del hecho de que la actuación se realizó en vigencia de la anterior constitución y con la jurisprudencia de entonces, concluyó: "Empero aquellos procesos adelantados bajo la Constitución de 1886 y leyes procesales que la desarrollaron, tienen pleno valor, pues era el debido proceso imperante y dentro del cual debía desarrollarse la actuación sin que existan motivos, que impongan su corrección".

Discrepamos de manera rotunda de esta afirmación, porque ella corresponde a la realidad constitucional o legal, solo cuando se trata de trámites o decisiones que no afecten desfavorablemente los derechos sustanciales de una de las partes; puesto que si se han vulnerado derechos fundamentales o garantías constitucionalmente establecidas en la Carta Política, y teniendo en cuenta que la ejecutoria de la sentencia se cumplirá en vigencia de la nueva Constitución, es perfectamente evidente que la actuación dentro del concepto constitucional del debido proceso, se ha debido ajustar a lo establecido en la Ley Fundamental actual.

Diversos argumentos sustentan la anterior afirmación y uno de ellos es el de la temporalidad de la Constitución, de acuerdo con el cual se considera, como es obvio, que aquella siempre existió en su estructura actual; de donde es lógico concluir que a nivel de las garantías procesales y de los derechos fundamentales, el proceso que haya de culminar en vigencia de esta Constitución, se ha de haber tramitado dentro de las concepciones y regulaciones de la Carta que actualmente rige.

Si bajo la vigencia de la Constitución de 1886 siempre consideramos como una errónea interpretación que el derecho a la defensa se estimara de menor trascendentalidad en la etapa del sumario que en la del juzgamiento, y a la luz de tales parámetros concluimos que en el caso que motiva nuestra discrepancia no se

garantizó a plenitud el derecho de defensa técnica, resulta apenas lógico que en vigencia de la Constitución de 1991, que garantiza ese derecho en todo el decurso del proceso, se deba reconocer su flagrante violación. En tales condiciones se impone declarar la nulidad de los procedimientos, porque consideramos que no se le puede dar validez a un proceso cuya decisión toma la fuerza de la cosa juzgada y su consecuente intangibilidad de la vigencia de la Constitución a la que está desconociendo.

De la misma manera podría argumentarse, que el principio de favorabilidad de rango constitucional impone que si una garantía de la importancia del derecho a la defensa se instituye en la nueva Constitución, no habiendo existido en la anterior, es evidente que todos los procesos que estén en trámite tienen que ajustarse al concepto del debido proceso impuesto por la nueva Carta Política.

Estas han sido las interpretaciones que la Corporación ha dado a problemas de carácter procesal en los que han estado de por medio principios de carácter constitucional. Es así como en fallo del 22 de octubre de 1991 con ponencia del H.M. Gómez Velásquez la Corporación sostuvo:

"La favorabilidad de la norma (Artículo 31 constitucional), da lugar a su inmediata aplicación, bien porque en una impugnación así se solicite, bien porque la Corte debe observar, oficiosamente, el fenómeno, y determinar las condignas consecuencias. Como el apelante, en la primera instancia, fue el procesado, ello quiere decir, conforme a la preceptiva constitucional vigente, que recupera su integral vigencia el fallo de primer grado. Y en esto, aparece como natural, queda comprendido lo referente al subrogado, pues la revocatoria debe mirarse como una agravación de pena; ya que el precepto comentado no emplea voz que insinúe solo el aspecto cuantitativo de la pena (v.gr. aumentar) sino una forma verbal (agravar) que comporta la noción de mayor rigor, severidad, drasticidad o empeoramiento. Y esto, evidentemente, cobija tanto el quantum de la pena como la agregación de otras sanciones o la modalidad de su ejecución. Notable diferencia media entre purgar de inmediato una pena y suspender su aplicación y, esta diferencia, constituye un fenómeno de agravación.

"Obvio, resulta entonces, que el fallo no puede sobrevivir integralmente al contrariar parte del mismo y de manera ostensible lo dispuesto por la Constitución en cuanto a agravaciones pronunciadas en la segunda instancia, la misma que pudo abrirse campo, por la apelación introducida por el procesado. Se impone en este punto, ajustar tal sentencia a los nuevos dictados de la Ley de leyes y por eso, oficiosamente, la Corte procederá a casar parcialmente dicho pronunciamiento en cuanto el ad quem aumentó las penas y privó al procesado del beneficio de la condena de ejecución condicional".

"Algunos advierten como fundamento de esta necesaria enmienda, la incidencia de la Ley favorable y otros un fenómeno de nulidad. Ambas tesis no dejan de

tener respetables partidarios por la índole de los argumentos que cada uno de estos expone en favor de sus tesis. Sin embargo, la Sala ha optado por solución diferente en vista de que mal puede hablarse de una nulidad que no antecedió al pronunciamiento del fallo emitido y que destacara una franca contradicción con la ley vigente al momento del fallo emitido por el Tribunal y, además, porque pecaría contra el principio de la economía procesal imponer la devolución del expediente para el pronunciamiento de la sentencia pertinente. Tampoco puede hablarse, sin acudir a una interpretación demasiado extensiva aunque muy afín con la solución que la Sala adopta, entender el fenómeno como propio al evento de la ley permisiva, pues los casos en que esta suele concretarse no se acomodan totalmente a la hipótesis comentada. Lo que advierte es que, por la naturaleza del recurso interpuesto, la Corte está en capacidad de poder enmendar la sentencia y dándose un desajuste de ésta con la nueva preceptiva constitucional, que obliga de manera imperiosa a determinaciones concretas -art. 4 ib-, inmediatas -art. 85 ib- y que den preferencia al derecho sustancial sobre aspectos formales de segunda entidad (art.228 ib), resulta ineludible acordar el fallo a las nuevas instituciones. Al procesado no puede diferírsele un remedio de perentoria aplicación, anunciándose un remedio como es el de su futura enmienda por obra del Tribunal, al cual se remitiría el expediente para que dicte nuevo fallo, conforme a la Constitución vigente, porque un quebranto de ésta exige una corrección pronta, por parte de quien esté conociendo, la misma que a nadie sorprende y traduce la adecuada recomposición que todos, en una sana interpretación, exigirían de esta máxima Corporación".

Posteriormente en fallo del 3 de noviembre con ponencia del H.M. Torres Fresneda se afirmó:

"A pesar que a la fecha de la decisión de segundo grado no había sido promulgada la nueva Carta Constitucional, es evidente que su artículo 31 que ahora consagra como derecho fundamental la no modificación peyorativa de la situación del apelante único, debe reconocerse de inaplazable cumplimiento, lo cual implica que haya de tornar en cuanto a Ayala Dulcey la situación más benigna que se había previsto en la sentencia de primera instancia, dejando intangibles las medidas de beneficio reconocidas por el Tribunal...".

Cuál la razón para que en tratándose de la reformatio in pejus consagrada en el artículo 31 de la C.N. y en aquellos casos donde la agravación se hizo cuando la segunda instancia tenía competencia para agravar la sanción impuesta por la primera, la Sala haya concluido que a pesar de ello y por violarse un derecho fundamental se deba casar la sentencia para quitar el agravante que se impuso en segunda instancia, y ahora, que enfrentamos la violación de otro derecho fundamental, como es el derecho a la defensa se llegue a una conclusión completamente contraria?

En las diversas decisiones que ha tomado la Sala en relación con este aspecto se ha hablado de la trascendencia de los derechos fundamentales y de la primacía

de las normas constitucionales; cuál la razón para que en un caso similar no se reflexione de la misma manera?

Recuérdese que en muchos de los casos decididos cuando la segunda instancia agravó la pena impuesta en primera habiendo tenido competencia legal para ello de conformidad a la Constitución y a la ley vigentes en el momento del pronunciamiento, el impugnante ha pretendido que se reconozca la existencia de una infracción directa de la ley, y la Sala no lo ha admitido, puesto que el fallo estaba aplicando la ley vigente; pero si convino en que tratándose del desconocimiento de una norma constitucional, vigente ahora, era necesario adecuar la sentencia a las nuevas preceptivas constitucionales, que no regían para cuando el fallo de segunda instancia se produjo. Y, reiteramos, si se hacen estas reflexiones con respecto al principio constitucional relacionado con la reformatio en pejus, cual la razón para que no pueda acudirse a ellas en lo atinente al derecho a la defensa. Porque es cierto, cuando los procesos se tramitaron estaba vigente la jurisprudencia que varias veces hemos mencionado, pero esa doctrina de la Corporación ahora vulnera clara y flagrantemente el contenido de la Constitución; y una vez más debemos recordar que es ahora cuando se está produciendo la ejecutoria del fallo, que debe cumplirse con entera conformidad a los criterios del debido proceso y del derecho a la defensa hoy imperantes.

Son las anteriores razones las que me llevan a discrepar respetuosamente del criterio mayoritario.

Edgar Saavedra Rojas

Fecha ut supra.

INDICES

Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal
Indice Cronológico Sentencias Publicadas
Segundo Semestre de 1992
Segunda Parte

Pág.

92-11-03

DEMANDA CASACION \ TERMINO

"Si quien está en capacidad de desenvolver sus facultades intelectivas, así las puramente físicas hayan sufrido desmedro que imposibilite o haga dificultosa su traslación de un lugar a otro, no le es dado tenerse por excusado en orden a encauzar su actividad profesional.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11 03

Decisión : No repone 7

VIOLACION INDIRECTA \ CASACION OFICIOSA

Desquiciar la doble presunción de legalidad y acierto con que llega revestida la sentencia obliga en quien recurre a la violación indirecta la desvaloración efectiva de todos los elementos sobre los cuales descansa el juzgador sus convicciones.

El artículo 228 de aplicación diferente como norma posterior y favorable que resulta, expresamente facultó a la Sala para Casar de oficio la sentencia de segundo grado siempre que en ella se descubra la violación de una garantía Constitucional fundamental.

Magistrado ponente. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-03

Decisión	:	Casa parcialmente.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bucaramanga.
Acción	:	Jairo Ayala Dulcey.
Delito	:	Peculado y falsedad en documento público 11

NULIDAD\PERJUICIO\DEMANDA DE CASACION \ACCION CIVIL

El cargo de nulidad, de suyo, no se contradice o excluye entre sí con otro de diversa naturaleza, ya que la contradicción inherente al recurso extraordinario es la sustancial o de fondo no la formal. Si así fuera el actor veríase en la encrucijada de que si propone la nulidad, la formulación de otro cargo le estaría vedada, lo cual resulta inaceptable.

Si el actor pretende atacar únicamente el tema de los perjuicios así debería anunciarlo al momento de interponer el recurso, para que el Tribunal pueda establecer el interés respectivo, y con base en el mismo, decidir si la impugnación es o no procedente.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-03

Decisión	:	No casa.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.
Acción	:	Ibo Roa Roa.
Delito	:	Fraude procesal.
Fuente Formal	:	D. Ley 2700/1991 Art. 220.3 D.Ley 2700 de 1991 Art. 55 D.100/1980 Art. 182 24

VIOLACION DIRECTA\VIOLACION INDIRECTA

En la infracción directa se prescinde totalmente de la estimación probatoria del Juez y/o de los fundamentos fácticos de su decisión porque ellos se dan por plenamente establecidos, centrándose la discusión en la norma sustancial bien por haberse dejado de aplicar siendo precisamente la reguladora del caso en la forma como éste ha sido asumido en el fallo; o por aplicarse indebidamente al errar en su selección al caso concreto o, por errar en la intelección de su significado a pesar de haberse escogido correctamente, en tanto que en la transgresión indirecta, el debate se erige en la apreciación probatoria del funcionario y/o en los presupuestos probatorios del fallo, tornándose así claramente independientes y perfectamente definidos en lineamientos de obligada atención.

Magistrado ponente: Dr. Didimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-03

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior Distrito Judicial de Neiva.	
Acción	:	Fernando Martínez R. -Otro.	
Delito	:	Estafa - falsedad.....	36

92-11-04

IRA E INTENSO DOLOR \ NULIDAD \ FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA

Para que la falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal sobre ira e intenso dolor sea demandable por la Vía de la violación directa se debe contar con los siguientes presupuestos: a) que en la sentencia que se impugna se haya aceptado como hechos probados que el procesado actuó en estado de ira e intenso dolor; y que ese estado fue causado por comportamiento ajeno grave e injusto; y b) que no obstante haber reconocido que el agente obró en esas circunstancias al dosificar la pena no se haya aplicado la reducción ordenada en la ley.

La falta de motivación de la sentencia es una irregularidad que debe demandarse por nulidad, no por violación directa.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-04

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Villavicencio	
Acción	:	José Rodríguez.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	D.100/1980 Art. 60.....	44

NULIDAD \ FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Fecha: 92-11-04 53

JUSTICIA PENAL MILITAR \ COMPETENCIA \ PECULADO \ RECURRENTE \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL \ REVOCATORIA

La justicia Penal Militar no pierde su competencia para juzgar a un miembro de la fuerza pública en servicio activo así se trate de hurto, abuso de confianza, o cualquier otro delito cometido en relación con el mismo servicio.

Los elementos pertenecientes a los Comisionistas, Fondos Rotatorios, tiendas de Soldado, entidades o establecimientos en que tenga parte el Estado, al servicio de las Fuerzas Armadas, se consideran para efectos del Código como pertenecientes al Estado, luego esos bienes pueden ser objeto de peculado.

El traslado ordenado a los no recurrentes, tiene la finalidad de dar oportunidad a estos de coadyuvar u oponerse a la demanda o demandas de casación que hayan presentado, pero no podrá agregar cargos ni tratar de aprovechar el traslado para adicionar una impugnación, ya que esa facultad está reservada a los recurrentes.

La revocatoria de la pena de ejecución condicional no es violatoria del artículo 31 de la Constitución, ya que la sentencia de primera instancia era consultable

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-04

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior Militar	
Acción	:	Alvaro Pacheco Rico.	
Delito	:	Peculado por apropiación y otros.....	54

COLISION DE COMPETENCIA \ NARCOTRAFICO \ JUECES REGIONALES

Por voluntad del legislador, se estableció para combatir el narcotráfico un procedimiento especial con Jueces dedicados únicamente a tan preciso ámbito delictivo, dadas sus especiales características de intranquilidad social, salvo conductas menores, cuantitativamente hablando, que se le asignaron a los Jueces ordinarios, las demás continúan en la órbita de este procedimiento singular, en el que la presteza de los términos y la simplificación del rito, permiten una mayor eficacia en su persecución.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Colisión de Competencias.
Fecha: 92-11-04

Decisión	:	Dirime el conflicto de competencia.	
Procedencia	:	Tribunal Nacional y Tribunal Superior de Medellín.	
Acción	:	Adolfo R. González y Otra.	
Delito	:	Infracción a la Ley 30 de 1986	62

INIMPUTABILIDAD\EXAMEN MEDICO\DEBIDO PROCESO \ NULIDAD

Para que el comportamiento de un procesado pueda ser ubicado dentro del marco de la inimputabilidad es preciso acreditar que al momento de realizar el hecho punible no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a inmadurez sicológica o trastorno mental, situación que por sus significativas consecuencias punitivas debe ser cabalmente comprobada sin que basten para su reconocimiento simples afirmaciones, conjeturas o meras alusiones sobre su existencia.

La ausencia del examen siquiátrico del procesado constituye motivo de nulidad por inobservancia o preterm isión de una de las formas del debido proceso, únicamente cuando obren en autos válidos y atendibles elementos de persuasión que permitan suponer fundadamente que éste se encontraba, al momento de la comisión del hecho, en situación de inimputabilidad.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-04

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Neiva.	
Acción	:	José Arturo Valdez Sánchez o Castillo.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	D.100/1980 Art. 31	68

VIOLACION DIRECTA \ VIOLACION INDIRECTA

Los presupuestos de la violación de la ley sustancial se conservan aún con la ley procesal actualmente vigente.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Fecha: 92-11-04

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Hugo Nel Gómez Gutiérrez.	
Delito	:	Homicidio.....	74

92-11-06

JUEZ DE PENA \ COMPETENCIA

El Legislador dispuso que transitoriamente y en tanto los Juzgados de ejecución de penas 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. Jorge Carreño Luengas.
Colisión de Competencia.
Fecha: 92-11-06

Decisión	:	Dirime Colisión de Competencia.	
Procedencia	:	Juez 39 Penal Medellín y Sdo. Penal Cto. Rionegro.	
Acción	:	Ambrosio Sánchez.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	D.Ley 2700/1991 Art. 15 transitorio.....	79

DEMANDA DE CASACION \ CASACION \ PRUEBA \ MINISTERIO PUBLICO \ FALSEDAD EN DOCUMENTO

El nuevo Código de Procedimiento Penal permite la formulación de cargos excluyentes, pero cuando estos se presentan por separado y de manera subsidiaria, de suerte que el principio de contradicción sigue rigiendo el recurso, en cuanto no es permitido que dentro de un mismo cargo existan planteamientos incompatibles, ya que esto impide la necesaria claridad y precisión sobre la verdadera inconformidad del recurrente.

En el trámite del recurso de Casación no hay periodo probatorio, ni traslado para replicar el concepto del Ministerio Público.

Falsificar un escrito privado sin aptitud probatoria es un comportamiento atípico y por lo tanto no puede generar ninguna consecuencia penal.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-06

Decisión	:	Caso.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Germán González y Otro.	
Delito	:	Falsedad.	
Fuente Formal	:	D.Ley 2700/1991 Art. 228	83

CONCURSO \ PRINCIPIO NOM BIS IN IDEM \ PECULADO POR APROPIACION \ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

Cuando se consuma delito contra la administración pública y contra la salubridad pública, el concurso ("formal" o "ideal", como acostumbra denominarlo la doctrina) surge de manera nítida: con una misma acción se infringen dos disposiciones, en forma alguna puede conducir a idéntica tipicidad. En estos casos la acción única se desdobla al poner efectivamente en peligro o afectar más de un bien jurídico protegido. Entonces así se esté en presencia de una "identidad de acto", no se vulnera el principio de nom bis in idem.

La condena al procesado a la interdicción de derechos y funciones públicas en el delito de peculado por apropiación debe ser impuesta como pena principal concurrente con la privativa de la libertad, como lo dispone el artículo 133 inciso 2, Código Penal.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Notas: Salvamento parcial de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Segunda Instancia.
Fecha: 92-11-06

Decisión	:	Modifica Numeral 2.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Pasto.	
Acción	:	Luis Flavio Bastidas Bedoya.	
Delito	:	Peculado por apropiación y otro.	
Fuente Formal	:	D.100/1980 Art. 26 D.100/1980 Art. 133 inciso 3	94

PECULADO\TIPICIDAD (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Notas: Salvamento parcial de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Segunda Instancia.
Fecha: 92-11-06 107

IMPEDIMENTO \ RECUSACION

El impedimento es la manifestación expresada en forma espontánea e inequívoca del Juez o Magistrado de separarse del conocimiento de un asunto que le haya sido repartido, por considerar que se da una o algunas de las causales señaladas en la ley impedientes.

La recusación es la manifestación clara e inequívoca de una de las partes ante el silencio del funcionario frente a la causal impediente que en su sentir se da en el proceso, para separarlo de su conocimiento.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Auto: Recusación.
Fecha: 92-11-06

Decisión	:	Se abstiene.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Claudio G. García B.	
Delito	:	Homicidio	109

INSPECCION JUDICIAL

La prueba de inspección judicial si bien es pieza probatoria de importancia, no puede constituirse en algo tan esencial que, de no darse, impida al fallador aprovechar otros elementos de comprobación que funden un criterio de responsabilidad penal del procesado.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-06

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Diego Luis Arredondo C.	
Delito	:	Homicidio culposo	112

92-11-09

COMPETENCIA \ JURADO \ HOMICIDIO TERRORISTA \ JUECES REGIONALES

"Convertida en ley del proceso la asignación de competencia es un conflicto de jurisdicciones, todos los jueces que con posterioridad a ella intervengan en él, deben respetarla, sujetándose a ella, salvo que surjan nuevos hechos que la modifiquen. Es el presupuesto de orden y de seriedad

que garantiza el Estado a sus asociados, y la pauta de la organización jerárquica de la autoridad jurisdiccional que marca el mantenimiento en su prevalencia".

El Consejo Superior de la Judicatura se abstuvo de conformar las listas de jurados para los distintos circuitos judiciales, esto es dejó sin aplicación por excepción de inconstitucionalidad, las normas pertinentes del vigente Código de Procedimiento Penal, por cuanto es patente que los particulares no tienen la función de ser jurados.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Auto de Colisión de Competencias
Fecha: 92-11-09

Decisión	:	Reitera comp. Juz. 45 Penal Circuito .	
Procedencia	:	Juzgado 45 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Bayron Velásquez y Otros.	
Delito	:	Homicidio agravado.	
Fuente Formal	:	Constitución/1991 Art. 116	120

92-11-10

PRUEBA \ SANA CRITICA

En el régimen probatorio colombiano el fallador goza de amplia discrecionalidad para evaluar el grado de certeza de los distintos medios de prueba reconocidos por la ley procesal.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-10

Decisión	:	Deniega la casación impetrada.	
Procedencia	:	Tribunal Superior Militar.	
Acción	:	Jorge Orlando Bernal Martínez.	
Delito	:	Hurto calificado y agravado.	137

PREJUDICIALIDAD \ CALIFICACION DEL SUMARIO \ ERROR DE HECHO \ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD \ RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La competencia del juez Penal se extiende a cuestiones extrapenales (prejudicialidad) que surjan en el proceso penal; pero si dichas cuestiones son

a la vez elementos constitutivos del hecho punible y sobre ellas estuviere pendiente decisión judicial al tiempo de cometerse el delito, no se proferirá auto calificatorio mientras tal decisión no se haya producido.

Hay falso juicio de identidad por distorsión de la prueba cuando se tergiversa o falsea su real contenido o sentido con el propósito de arribar a conclusiones contrarias a la realidad probatoria.

La Corte no es competente para ordenar la cancelación de lo registros obtenidos fraudulentamente.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Notas: Salvamento parcial de voto: Dres. Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez.
Aclaración de voto: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-10

Decisión	:	No casa.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.
Acción	:	Angel María Cañón Niño
Delito	:	Estafa..... 143

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

El artículo 219 del Código de Procedimiento Penal ratifica la validez del principio constitucional de la primacía del derecho material, al tiempo que señala como una de las finalidades de casación la efectividad de las garantías de las partes procesales; y nadie puede discutir que las víctimas del delito, así no hayan tenido representación procesal, hoy por hoy son partes fundamentales del mismo, precisamente por la existencia del principio rector del restablecimiento del derecho, que impone absoluta oficiosidad para la obtención de la indemnización de perjuicios, así la persona ofendida no se haya constituido en parte civil.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas
Notas: Salvamento parcial de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-10

Decisión	:	No casa.
Fuente Formal	:	D. Ley 2700/1991 Art. 219..... 155

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

No consiste la restitución de una simple entrega del bien a manos del damnificado. Es fundamental el retorno al statu quo, de la situación jurídica anterior al punible, incluso con la anulación o revocación de los actos jurídicos afectados por dichas desviaciones.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Notas: Salvamento parcial de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-10
Decisión: No casa. 160

PRUEBA

El Juez de la causa deberá rechazar por impertinentes aquellas pruebas solicitadas que no tengan relación con los hechos materia del debate.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Auto: Segunda Instancia.
Fecha: 92-11-10

Decisión	:	Confirma el auto impugnado.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.
Acción	:	Carlos Julio Mejía Clavijo.
Delito	:	Prevaricato..... 166

NULIDAD \ DERECHO DE DE DEFENSA \ ERROR DE HECHO \ ERROR DE DERECHO \ VIOLACION INDIRECTA \ INIMPUTABILIDAD \ PRUEBA \ RESPONSABILIDAD

Desestimar o subestimar las pruebas y el desconocimiento de la presencia de una causal de justificación por errónea apreciación probatoria, deben ser atacados por violación indirecta de la ley sustancial.

La desestimación de la prueba testimonial, no es causal de nulidad y mucho menos por violación al derecho de defensa.

Las inimputabilidades responden por sus conductas cuando ellas sean típicas y antijurídicas solo que a ellos se les impone medidas de seguridad, lo que quiere decir que en ningún momento se puede concluir sin incurrir en

error protuberante, que por ser inimputable, el sujeto deja de ser responsable y en consecuencia la sentencia debe ser absolutoria.

Las fallas de valoración de la prueba constituyen error de derecho por falso juicio de convicción, luego plantearlas como error de hecho que recae sobre la apreciación de la prueba, genera una insalvable contradicción y evidencia que el demandante no tiene claridad sobre la naturaleza de su inconformidad.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia de Casación
Fecha: 92-11-10

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Danilo Parra y otros.	
Delito	:	Extorsión en la modalidad de tentativa.....	171

PRUEBA\SANA CRITICA\IRA E INTENSO DOLOR

Dentro del sistema de la sana crítica que impera en el procedimiento penal colombiano, el juez disfruta de una amplia autonomía en la apreciación de la prueba, que sin extenderse tanto que llegue a arbitrariedad, le permite estimar con libertad dentro de los límites de la lógica, la razón y la experiencia, los diversos elementos de prueba y darles el valor que se merezcan para establecer la verdad de lo acaecido y estructurar la fase fáctica de la sentencia para la posterior aplicación del derecho.

El estado de justa ira solo morigera a la penalidad establecida para la infracción cuando la alteración anímica haya sido causada por un comportamiento ajeno, grave e injusto: "son los valores calificantes de la ira los que determinan o conforman la denominada excusa de la provocación...".

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-10

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Medellín.	
Acción	:	Juan de Jesús Padierna Restrepo.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 60 C.P.....	187

VIOLACION DIRECTA \ VIOLACION INDIRECTA \ DEMANDA DE CASACION \ APLICACION INDEBIDA \ NO APLICACION DE LA NORMA \ INTERPRETACION ERRONEA

Cuando el casacionista acoge la vía de la violación directa, renuncia a controvertir los fundamentos probatorios del fallo impugnado, limitándose a demostrar que a la situación fáctica, tal como la entendió el juzgador, no se le aplicó la norma legal que la regulaba (exclusión evidente), o que se le aplicó un precepto que le resultaba extraño (aplicación indebida), o que, habiéndose seleccionado correctamente la norma jurídica aplicable, el juzgador se equivocó al desentrañar su sentido (interpretación errónea).

Debe advertirse que en el Nuevo Código de Procedimiento Penal permite la formulación de "cargos excluyentes", pero a condición de que se planteen "separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria".

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-10

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Riohacha.	
Acción	:	Luis Antonio Mejía Valdeblánquez	
Delito	:	Homicidio agravado y en grado de tentativa.	
Fuente Formal	:	Ley 2700/1991	192

92-11-11

INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS.

Constituye un error de los falladores de instancia fijar la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal. El máximo imponible no puede ser superior a diez años.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-11

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Modesto Rincón.	
Delito	:	Homicidio y otros.	
Fuente Formal	:	D.100/1980 Art. 44	200

PREVARICATO \ APODERADO \ PARTE CIVIL \ PERITO \ PERJUICIO

Lo que interesa, en cuanto al prevaricato es saber primero si medió en el funcionario el conocimiento acerca de la ilicitud del acto omisivo o de retardo que cumplía, y con él la voluntad de realizarlo, cuya demostración puede surgir a través de cualquiera de los medios legales y válidos de información y pruebas judiciales.

Para la doctrina resulta insuficiente la sola objetividad de la tardanza del funcionario para llevar a inferirle responsabilidad por el delito de prevaricato omisivo.

Decidir si se admite a un abogado para actuar en nombre y representación de otra persona no demanda sino el allegamiento formal del respectivo poder, la expresión clara en él del conferimiento del mandato, la precisión sobre las facultades que se otorgan y la acreditación del delegado como abogado inscrito. La respuesta afirmativa en auto de sustanciación.

La admisibilidad de la parte civil implica la previa presentación formal del escrito respectivo y el análisis de la situación del poderdante como persona ofendida o perjudicada. La respuesta afirmativa en auto interlocutorio.

No por el hecho de haberse omitido la intervención pericial para fijar el monto de los perjuicios a resarcir podría excusarse su fijación en la sentencia. Una vez acreditado el daño, la intervención del experto es potestativa, no así la liquidación de los perjuicios para cuyo cumplimiento fija el artículo 107 del Código Penal "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".

Se busca con el resarcimiento del daño proveniente de la infracción que prevén los artículos 103 y siguientes del Código Penal, el restablecimiento de los derechos vulnerados con el hecho punible, principio rector del artículo 16 del Código de procedimiento Penal que tiende a evitar para la víctima mayores dilaciones o trámites adicionales que le hagan nugatorias sus expectativas, o tornen más gravosa la posibilidad de su resarcimiento, fines marcadamente distintos de aquellos que con las penas se persiguen.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Segunda instancia.
Fecha: 92-11-11

Decisión	:	Confirma sentencia.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Antioquia.

Acción	:	Gisela Manrique.	
Delito	:	Prevaricato.	
Fuente formal	:	D.100/1980 Art.107 D.100/1980 Art.103 y ss. D. 100/1980 Art. 36 D.100/1980 Art.50.	212

AUDIENCIA PUBLICA \ NULIDAD \ DEBIDO PROCESO

La audiencia pública tiene como fin el que se controvierta frente a la comunidad, en general, y a los sujetos procesales, en particular, el recaudo probatorio.

El desarrollo del debate no puede ser arbitrario. Debe guardar un orden lógico en el que se escuche primero a la parte acusadora y al apoderado de la parte civil, si la hay, y luego al procesado y a su defensor quien, después de oir los cargos, procederá a responderlos en debida forma, dando sus razones sobre su aceptación en cierto grado, o su rechazo completo.

Ello no quiere decir que, fatalmente en todos los casos en que uno de los sujetos procesales, en especial la defensa, limite su intervención a leer de viva voz el escrito que representa su pensamiento, genere un atropello al debido proceso.

Cada caso en particular ha de examinarse para establecer si éste grado de participación fue suficiente para cumplir su cometido.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación impetrada.
Fecha: 92-11-11

Decisión	:	Deniega casación impetrada	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Manizales.	
Acción	:	Luis Alberto Neira.	
Delito	:	Homicidio.....	225

REFORMATIO IN PEJUS \ PERJUICIO \ PRINCIPIO DE LEGALIDAD \ PENA

La Corte ha dejado también a salvo como principios superiores los de legalidad y los del debido proceso, pues lejos de hallarse estos instituidos en exclusiva guarda o favor del procesado constituyen garantía de igualdad dentro de un estado de derecho.

La legalidad de la pena no solamente constituye garantía para el procesado, sino también para el Estado.

La pena está orientada como consecuencia del poder punitivo del Estado a cumplir objetivos de retribución, protección y resocialización directamente orientados hacia el delincuente, en tanto que con el resarcimiento del daño se pretende restablecer el equilibrio quebrantado con el hecho punible, apuntando hacia el reconocimiento y satisfacción de los derechos del ofendido o perjudicado, cuya tutela ha encomendado la ley a las autoridades.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-11

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cali.	
Acción	:	Luis Bernardo Peña Acosta.	
Delito	:	Homicidio culposo	
Fuente Formal	:	Const./1991 Art. 31	232

ERROR DE HECHO

El error de hecho se da cuando el sentenciador ignora una prueba que obra en el proceso o la supone estando ausente del mismo (error de existencia), o desfigura su contenido objetivo (yerro de identidad).

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-11

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Ibagué.	
Acción	:	Ricaurte Sánchez Castro.	
Delito	:	Homicidio	239

92-11-13

DEMANDA DE CASACION \ VIOLACION INDIRECTA \ NULIDAD \ IRREGULARIDAD \ INEXISTENCIA

"La prosperidad de un recurso de casación a través de la violación indirecta de la ley sustancial requiere que ese error sea fundamental, vale decir, que sin su presencia la conclusión habría sido distinta y además que sea cabalmente demostrado por el actor".

Las irregularidades por inobservancia de las formalidades esenciales para la validez del acto procesal, lo hacen inexistente y acarrean de facto su desestimación, siendo esa la única consecuencia de la irregularidad.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-13

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Jaime Luis Acosta y otros.	
Delito	:	Falso testimonio.	
Fuente Formal	:	D.Ley 2700/1991 Art. 308.2	246

IMPEDIMENTO \ AMISTAD INTIMA

Solo el funcionario afectado por el aprecio o la animadversión, conoce la dimensión de su sentimiento, pero en materia jurídica cualquier aspecto o situación que se quiera hacer valer debe ser susceptible de valoración; por ello, es necesario que el juez impedido aporte los elementos que permitan deducir razonablemente la existencia de la causal que invoca.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Auto: Impedimento
Fecha: 92-11-13

Decisión	:	Declara infundado el impedimento.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Hernando Fajardo Vargas Magistrado del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Fuente Formal	:	D. Ley 2700/1991 Art.103.5.....	259

ERROR DE HECHO \ ERROR DE DERECHO

Al tildar de error de hecho el grado de credibilidad conferido por el sentenciador a los testimonios y a la indagatoria, se comete grave error conceptual porque la aceptación o negación de esa cualidad a un determinado medio de prueba, ya sin la existencia de la tarifación legal pero con plena observancia de los principios de la sana crítica que hoy caracterizan en materia penal la actividad de evaluación de esa clase de prueba, no constituye error atacable en casación, sino el imperativo ejercicio del deber de plasmar su juicio el sentenciador en su condición de imparcial y equitativo definidor del debate procesal.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-13

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Luis Alberto Agudelo Yepes.	
Delito	:	Homicidio.....	263

92-11-18

DEBIDO PROCESO \ TIPICIDAD \ NULIDAD \ DEMANDA DE CASACION

Es claro que si se acusa por concusión, correspondiendo al hecho realmente la tipicidad de cohecho, se está calificando mal la conducta y, por tanto incurriendo en causal de nulidad por ofensa al debido proceso.

Si la mala calificación del hecho derivó de una errónea apreciación de la prueba, esto último debe probarse en la demanda, este debe atender a los rigores de la impugnación extraordinaria y no contentarse con ser un mero alegato de instancia.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-18

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior Militar.	
Acción	:	Edgar Inocencio Lagos Mayorga y Otro.	
Delito	:	Concusión.	
Fuente Formal	:	Decreto 1861/1989 Art. 32.....	272

PRUEBA \ DERECHO DE DEFENSA \ ERROR DE DERECHO \ NULIDAD \ ERROR DE HECHO

La negativa a practicar una prueba que el Juez consideró impertinente, no puede ser motivo suficiente para alegar desconocimiento del derecho de defensa, si el Juez con juiciosos y lógicos argumentos adoptó la decisión que fue aceptada por los sujetos procesales al no interponerse contra ella recurso alguno.

La presunta ilegalidad de la prueba sería impugnable por error de derecho, en ningún caso como causal de nulidad. Para que el error de hecho pueda prosperar es necesario que sea manifiesto.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-18

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cúcuta.	
Acción	:	Fernando Ochoa Martínez y Otros.	
Delito	:	Homicidio en grado de tentativa.....	282

DEFENSOR \ DERECHO DE DEFENSA \ SUMARIO \ DEMANDA DE CASACION \ VIOLACION INDIRECTA \ ERROR DE HECHO

Cualquiera que sea la clase de error que se atribuya en casación al fallo, el actor ha de demostrar su carácter de manifiesto.

El derecho a la asistencia profesional insoslayable era respecto de "las diligencias en que la presencia de este sea prescrita por la ley."

Aun cuando el derecho de defensa opera respecto a la fase de procesamiento que se esté adelantando no quiere significar esto que cualquiera irregularidad pueda refutarse como violación del mismo.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Notas: Salvamento de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Salvamento parcial de voto: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-18

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Ibagué.	
Acción	:	Pedro Antonio Castaño Hernández.	
Delito	:	Homicidio y hurto.	
Fuente Formal	:	Art. 137 C.P.P.....	292

DERECHO DE DEFENSA (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Notas: Salvamento de voto. Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Fecha: 92-11-18 309

DEFENSOR (SALVAMENTO DE VOTO)

Negada la defensa técnica en el desarrollo de aquella y recaudado el acervo probatorio suficiente para fundamentar una decisión de condena, la designación de un defensor en la etapa del juicio, es tardía y prácticamente inútil, por cuanto para ese momento ya se ha estructurado y condicionado el proceso para una condena sin que la labor del abogado pudiera hacerla cambiar, habida cuenta de la densidad de la prueba recaudada a espaldas del procesado y en ausencia total de quien garantice efectivamente el derecho constitucional de la defensa.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Notas: Salvamento de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia Casación.
Fecha: 92-11-18

Decisión : No casa 311

PRUEBA \ EXAMEN MEDICO \ CASACION OFICIOSA \ REFORMATIO IN PEJUS \ INTERDICCION EN EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

Lejos de constituirse el requerimiento pericial psiquiátrico en un medio probatorio general e ineludible para toda clase de procesos, su verificación se supedita con exclusividad a aquellos casos dentro de los cuales existen antecedentes serios y suficientes que permiten inferir que al momento del hecho el procesado se hallaba en situación de inimputabilidad.

La modificación gravosa de la pena es la que precisamente prohibe la Carta Constitucional. Por tratarse de una garantía fundamental obliga a su reconocimiento inmediato.

La sanción accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, debe por ministerio de la ley y no del arbitrio judicial, llegar al mismo tope de la pena principal.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-18

Decisión : Casa parcialmente.
Procedencia : Tribunal Superior de Ibagué.

Acción	:	Angel Alberto Nieto Monroy.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	D.Ley 2700/1991 Art. 228	333

SECUESTRO SIMPLE

No cabe duda que de un lado el Artículo 269 del Código Penal se encuentra vigente, y de otro, que el secuestro simple tipificado en esa norma es de competencia, en primera instancia, del Juez del Circuito.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Colisión de Competencia.
Fecha: 92-11-18

Decisión	:	Competencia al Juez Penal del Cto.	
Procedencia	:	Juzgado regional de Barranquilla.	
Acción	:	Custodia López Galindo.	
Delito	:	Secuestro.	
Fuente Formal	:	D.100/1980 Art. 269.....	343

PRUEBA \ COAUTORIA IMPROPIA \ NULIDAD

Las consecuencias de la omisión de la práctica de algunas pruebas, lo demuestran las mismas pruebas impetradas y su capacidad de oponerse con éxito a las recaudadas en el expediente. Si su carácter es secundario se estará frente a una irregularidad. Si, por el contrario, contiene la posibilidad de generar un viraje sustancial a la investigación, el vicio es estructural y se impone la nulidad como única manera de reparar la afrenta infringida al petente.

Lo que la doctrina denomina coautoría impropia, el partícipe realiza comunitariamente, con varias personas, una misma conducta típica, respondiendo a un reparto funcional de la acción delictiva, en el que se distribuyen entre los criminales las tareas de ideación, dirección y coordinación de las diversas conductas encaminadas a conseguir el fin ilícito o, guardando la unidad de designio criminoso.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-18

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Ricardo Antonio de la Santísima Trinidad Durán Ramírez.	
Delito	:	Hurto calificado y agravado.....	350

EXAMEN MEDICO \ INEXISTENCIA

El peritazgo legal es el resultado de pruebas científicas, basadas en datos comprobados, cuyas conclusiones si bien no arrojan resultados absolutamente ciertos, se constituyen en elementos de juicio serios, cuyo vigor crece en la medida que compaginen con otros medios de prueba.

Si se toma en cuenta un examen que no cumple con los mínimos requisitos de seriedad, está prohijando un torcimiento de la verdad que refleja la actuación, lo que al final redundará en un fallo injusto, conspirando contra su deber de juzgador.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-18

Decisión	:	Deniega la Casación impetrada.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bucaramanga.	
Acción	:	José Miguel López Delgado.	
Delito	:	Homicidio	362

92-11-19

SECUESTRO EXTORSIVO \ SECUESTRO CON FINES TERRORISTAS \ SECUESTRO SIMPLE

Secuestro extorsivo es aquel que se realiza con el propósito de obtener un provecho ilícito de carácter económico.

Secuestro con fines terroristas es el que el comportamiento del agente está guiado por el propósito terrorista, artículo 22 Decreto 180.

Secuestro simple se estructura cuando se priva de la libertad a una persona teniendo como propósito o motivación cualquiera otra diversa a los beneficios o utilidades precisados en el artículo anterior, o cuando no se actúa con finalidades de publicidad política.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-19

Decisión	:	Casa Parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Hildebrando Paloma y Otros.	
Delito	:	Secuestro y Hurto.	
Fuente Formal	:	D.100/1980 Art. 268 D.100/1980 Art. 269 D.180 Art.22	370

92-11-25

IMPEDIMENTO

"Las apelaciones que se surtan en etapa de investigación..." Esa expresión se refería a "todas" las oportunidades del pronunciamiento, y su "ratio" o finalidad a la guarda efectiva de la autonomía no solamente decisoria sino de pensamiento, orientación o criterio entre las dos concretas y definidas etapas de la actuación.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Auto: Impedimento.
Fecha: 92-11-25

Decisión	:	Declara fundado el impedimento.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cali.	
Acción	:	José Humberto Arce G.	
Fuente Formal	:	D.Ley 2700/1991 Art.13 Transitorio D.1861/1989 art.34	389

DEFENSOR \ DERECHO DE DEFENSA

No es la simple ausencia temporal del defensor motivo suficiente para predicar un atropello al derecho de defensa, salvo en los casos expresamente señalados por la ley, como la diligencia de indagatoria o la audiencia pública, por ejemplo. Si no se ha coartado la defensa material, permitiendo en todo momento su cabal ejercicio, el cometido máximo de la administración de justicia, esto es el proferimiento de un fallo ponderado que refleje la verdad procesal, se cumple con suficiencia, convirtiendo una posible nulidad en simple irregularidad, de suyo incapaz de afectar el derecho procesal.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-25

Decisión	:	Deniega la Casación impetrada.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Pasto.	
Acción	:	Lisandro Antonio Cardona Pérez.	
Delito	:	Homicidio	394

HURTO CALIFICADO \ VIOLACION DIRECTA \ DEMANDA DE CASACION

Constituye violencia sobre las cosas, cualquier acto de fuerza que se ejercite sobre el bien mismo, objeto de la sustracción o sobre las cosas que a manera de defensa privada han sido colocados por su propietario para su protección o defensa.

No es suficiente con señalar la causal, sino que es preciso e indispensable, expresar las razones jurídicas y lógicas demostrativas del presunto error in iudicando en que incurrió el fallador, en la aplicación e interpretación del precepto sustancial. Ese deber de sustentar en debida forma la causal es ineludible y su omisión hace improcedente la censura.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia de Casación.
Fecha: 92-11-25

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Manizales.	
Acción	:	Carlos Alberto Giraldo Montoya y Otro.	
Delito	:	Hurto calificado.....	405

VIOLACION INDIRECTA \ TENTATIVA

Si el casacionista critica al sentenciador de instancia por no haber aceptado la atenuante con base en la no demostración de quien fue el provocador y cuando le reprueba que haya rechazado la hipótesis sin analizar la prueba aportada al proceso, claramente está formulando una crítica probatoria y siendo así, la vía del ataque ha debido ser la indirecta.

Cuando el juzgador alude al medio idóneo no se acude a tal expresión para concretar el comportamiento ilícito en el uso de un instrumento esencialmente nocivo o dañoso, sino a la forma en que ha sido empleado y al efecto que ha producido; pues la aseveración deja abierta la posibilidad de que aún utilizándose un elemento propio para causar daño, este no haya "resultado" idóneo a tales efectos.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-25

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Clodoveo A. Rodríguez.	
Delito	:	Homicidio.....	412

92-11-26

PECULADO CULPOSO \ INTERDICCION DE FUNCIONES PUBLICAS

"Si bien es cierto la función judicial es la ocupación primordial de un Juez de la República, ello no quiere decir en manera alguna que la función

administrativa implique menos atención, pues una y otra actividad vienen en últimas a recoger el concepto general de lo que es la "buena administración de justicia", siendo un complemento de la otra.

La pena de interdicción de derechos y funciones públicas respecto de delitos contra la administración pública, debe aplicarse con la severidad que las circunstancias actuales reclaman para que sus funciones retributiva, preventiva y protectora tengan cabal cumplimiento.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez y Dr. Dídimo Páez Velandia.
Notas: Salvamento parcial de voto: Dres: Jorge Carreño Luengas y Gustavo Gómez Velásquez.
Auto: Segunda Instancia.
Fecha: 92-11-26

Decisión	:	Confirma fallo.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Pereira.	
Acción	:	Bernardo de Jesús Osorio G. Juez Civil Municipal.	
Delito	:	Peculado culposo.	428

INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Sustraer la interdicción de derechos y funciones públicas de la condena condicional, suele ser criterio que ni siquiera para los delitos dolosos se impone como medida general. Que no decir en los culposos, más cuando esta modalidad no depende en forma exclusiva y excluyente del propio comportamiento sino del de un tercero.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez y Dr. Dídimo Páez Velandia.
Notas: Salvamento parcial de voto: Dres: Jorge Carreño Luengas y Gustavo Gómez Velásquez.
Auto: Segunda Instancia.
Fecha: 92-11-26

Decisión	:	Confirma Sentencia.	439

PREVARICATO POR ACCION \ DOLO

Una cosa es hacer una sana interpretación de la norma cuando ella se acomoda a los postulados de la equidad y la justicia, y, otra es, reprochable

por supuesto, acomodar la interpretación a sabiendas de que es manifiestamente contraria a la ley.

En el plano de la culpabilidad, única forma de realización del hecho punible de prevaricato, consiste en la conciencia de estar profiriendo una decisión manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico y el querer ese hecho como expresión de la voluntad del sujeto activo.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento parcial de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Segunda Instancia.
Fecha: 92-11-26

Decisión	:	Confirma sentencia condenatoria.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Valledupar.	
Acción	.	Rómulo Adamis Pinto Solano Juez Municipal de Rio de Oro César	
Delito	:	Prevaricato	442

CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

La deducción de las circunstancias de agravación punitiva en el contenido de la sentencia, cuando ya el procesado no puede defenderse de este gravamen punitivo, viola en grado sumo el derecho de defensa.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento parcial de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Segunda Instancia.
Fecha: 92-11-26

Decisión	:	Confirma sentencia condenatoria.	
Fuente Formal	:	D.100/1980 Art.66	457

PREVARICATO \ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Puede predicarse que una persona incurrió en error, cuando para ella la falta haya pasado inadvertida, pero es inaceptable que tratándose de un precepto legal de fácil entendimiento se pueda sostener que existe un simple error de interpretación.

La certeza sobre la existencia del daño y la relación causal con el hecho ilícito, así como la precisión sobre la persona a cuyo favor se ordena el pago, son presupuestos necesarios para que la condena en perjuicios sea procedente.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Segunda instancia.
Fecha: 92-11-26

Decisión	:	Confirma la sentencia.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Villavicencio.	
Acción	:	Excelino Cañón Pachón.	
Delito	:	Prevaricato.....	458

VIOLACION INDIRECTA \ ERROR DE DERECHO \ PRUEBA \ SANA CRITICA

No es factible pretender se reconozca la existencia de un error de derecho por haberse dado a los medios de convicción un valor diverso al establecido en la ley, porque como se ha visto, esta no le asigna ninguno y todo queda dentro de la libre apreciación probatoria que el legislador quiso otorgarle al juzgador.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-11-26

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Nacional.	
Acción	:	José René Beltrán Hernández.	
Delito	:	Homicidio.....	474

92-12-01

ERROR DE HECHO \ FALSO JUICIO DE EXISTENCIA \ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

El error de hecho por falso juicio de existencia se presenta cuando se desconoce un hecho en relación con el cual obra en el proceso la prueba que lo demuestra, o cuando sin existir ésta el hecho se da por comprobado. En cambio en la hipótesis del error de hecho por falso juicio de identidad, la prueba existe en el proceso y fue debidamente aportada al mismo, pero el juzgador tergiversa su contenido objetivo, dándole un alcance que no tiene o desconociendo el que objetivamente le corresponde.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-01

Decisión : No casa.
Procedencia : Tribunal Superior de Tunja.
Acción : Alberto Vargas Alvarez.
Delito : Homicidio 484

92-12-02

NULIDAD \ DEMANDA DE CASACION \ FAVORABILIDAD

Para que el cargo por nulidad pueda prosperar es necesario que se precise la clase de nulidad invocada, la fundamentación que según la irregularidad que se pretende demostrar le corresponde, y su trascendencia. Si se presentan varios reproches al amparo de la misma causal, estas deben ir en capítulos separados. El principio de favorabilidad se aplica cuando hay sucesión de leyes en el tiempo, no para establecer cuál en la denominación jurídica correcta.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-02

Decisión : No casa.
Procedencia : Tribunal Superior de Orden Público.
Acción : Fabio León González Hernández.
Delito : Violación al Artículo 13 del Decreto 180 de 1988..... 493

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación es una medida extraordinaria y de carácter excepcional, que incide en la competencia por el factor territorial y tiene como finalidad garantizar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Auto: Cambio de Radicación.
Fecha: 92-12-02

Decisión : No dispone el Cambio de Radicación.
Procedencia : Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali.
Acción : Wadir Alberto Miranda Villadiego.
Delito : Hurto y fuga de presos..... 501

CASACION DISCRECIONAL \ DEMANDA DE CASACION

Como exigencias comunes a esta especialísima impugnación el ataque ha de dirigirse contra sentencias de segunda instancia, en general ha de intentarse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de dicho fallo; además, la tacha ha de provenir de las partes legitimadas para ello (Procurador, su delegado o el defensor del acusado), excluyéndose a los demás sujetos procesales.

Exigencias específicas: El recurrente debe fundamentar con claridad las causas que lo guían para acudir a este remedio procesal, indicar la necesidad del pronunciamiento de la Sala cuando persiga fijar el alcance de una norma o la interpretación de doctrinas contrapuestas. Solo procederá en el caso de vacíos jurisprudenciales.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-02

Decisión	:	No admite el recurso.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Héctor Ruíz Méndez.	
Delito	:	Falsa denuncia.	
Fuente Formal	:	D.Ley 2700/1991 Art. 718 inc. 3	504

HURTO

"El apoderamiento no es acción del tipo que esté condicionada por circunstancias modales o temporales o locales. Basta cualquier acto físico directo del ladrón que le permite suplantar el poder material propio del poseedor, tenedor o dueño sobre la cosa, imponiendo el poder propio de disposición física sobre ella (un poder que reemplaza al anterior legítimo) para que se pueda afirmar conceptualmente que se apoderó de la cosa..."

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Notas: Salvamento de voto: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia Casación.
Fecha: 92-12-02

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Luis Moreno Díaz.	
Delito	:	Hurto.	
Fuente Formal	:	Art. 349 del Decreto 100/1980	510

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Notas: Salvamento de voto: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-02

Decisión Casa parcialmente 520

PENA \ AGRAVACION \ ATENUACION

En tema relacionado con la dosificación de la pena ya sea provisional o definitiva, no existen parámetros rigurosos que permitan concretar el incremento o reducción correspondiente a cada una de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, o intensificarla en los eventos de concurrencia delictual; por lo que pudiera pensarse que el juzgador goza de cierto arbitrio judicial; pero esta facultad no puede ser discrecional o arbitraria sino sometida a ciertas directrices de insoslayable observancia.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas
Notas: Salvamento parcial de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Segunda Instancia.
Fecha: 92-12-02

Decisión : Confirma sentencia condenatoria.
Procedencia : Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.
Acción : Luz Amparo Leaño Castellanos.
Delito : Prevaricato.
Fuente Formal : Art.67 del Decreto 100/1980 522

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES \ DERECHO DE DEFENSA \ SENTENCIA \ PRINCIPIO NON BIS IN IDEM (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Nota: Salvamento parcial de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Fecha: 92-12-02 534

ERROR DE DERECHO \ FALSO JUICIO DE CONVICCION \ TESTIMONIO

El error de derecho por falso juicio de convicción tendría lugar cuando se le niega a la prueba el valor asignado por la ley, o se le reconoce el valor que no le corresponde.

"El testimonio único purgado en sus posibles vicios, defectos o deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación".

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-02

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cali.	
Acción	:	Luis Eduardo y Rodulfo González.	
Delito	:	Homicidio	535

92-12-03

PORTE ILEGAL DE ARMAS \ TERRORISMO

Lejos de sostener la Corte como regla general la de la exigencia de la finalidad terrorista como condición sine qua non de aplicación de sus preceptos que no todas las figuras previstas en el "Estatuto para la Defensa de la Democracia" como delito demandaban la acreditación de esa finalidad para aplicación, porque eventos como el del porte ilegal de armas de uso privativo militar o armas clasificadas como de guerra, ya de por sí constituían una conducta relevante por el peligro común que ese hecho ajeno a la autorización legal reporta para la comunidad, independientemente de que aquellos instrumentos bélicos tengan por finalidad la preparación o ejecución de actos clasificables como terroristas, conocida la idoneidad de esos objetos materiales en el logro de su realización.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-03

Decisión	:	No casa. .	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Orden Público.	
Acción	:	Jaime Román C. y Otro.....	542

92-12-04

ACCION DE REVISION \ HECHO NUEVO \ EXTINCION DE LA ACCION PENAL

La causal segunda de revisión del Artículo 232 del C. de P.P. vigente, se encuentra limitada a los casos de extinción de la acción penal, entre los cuales no figura la supuesta inimputabilidad del sentenciado pues ellos se refieren expresamente a la muerte del sindicado (Art. 76 C.P.); el desistimiento aceptado por el querellado (Art. 77); la amnistía (Art. 78); la prescripción de la acción (Art. 79); el matrimonio con la ofendida en los casos del Artículo 307 del C.P. y la caducidad de la querella (Art. 32 del C.P.P.), entre otros.

La causal tercera de revisión alude a hechos nuevos o elementos de convicción cuyo conocimiento sobrevenga después de la sentencia de condena, debiendo ser de tal naturaleza que evidencien la inocencia o la inimputabilidad del condenado.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Auto: Revisión.
Fecha: 92-12-04

Decisión	:	Inadmite la demanda.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Antioquia.	
Acción	:	Carlos Alberto Velásquez.	
Delito	:	Doble homicidio agravado.	
Fuente Formal	:	D.Ley 2700/1991 Art.232	554

92-12-09

ACCION PENAL \ ACCION DISCIPLINARIA

Las sanciones disciplinarias y penales buscan finalidades diversas y por ello su estructura y naturaleza las diferencia de manera perfectamente clara, a pesar de que tienen elementos comunes, tal como el requerimiento en ambas del principio de legalidad de un proceso previo que concluye con la decisión de imponerlas, el respeto al debido proceso y a las formalidades propias del mismo. Son diversas porque con la norma penal se protegen derechos básicos del individuo, la sociedad y el Estado. Las faltas disciplinarias son infracciones a la ley por acción o por omisión que ocasionan algunos trastornos de menor o mayor gravedad pero sin afectar la estructura estatal de manera sustancial.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-09

Decisión : Casa parcialmente.
Procedencia : Tribunal Superior de Ibagué.
Acción : María Gloria Osorio de Muñoz.
Delito : Falsedad en documento público 559

ERROR DE DERECHO \ FALSO JUICIO DE CONVICCION

Al haberse superado legislativamente el sistema tarifado de la prueba, cuando se halla conforme a las reglas de la sana crítica es imposible el planteamiento de errores de derecho por haberse valorado la prueba de una manera diversa al señalado por la ley.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-09

Decisión : No casa
Procedencia : Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.
Acción : Darío Castro.
Delito : Homicidio 578

NULIDAD \ PRUEBA \ DERECHO DE DEFENSA

Para que se pueda declarar una nulidad es indispensable que debe tratarse de una irregularidad sustancial, pero que además debe haber afectado las garantías de las partes que la alegan, o que se hayan desconocido las fases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

Las pruebas dentro del proceso en general, (y de ello no se excepciona el derecho penal como lo advierten los Artículos 249 y 251 del Decreto 050 de 1987 aplicable al caso), no pueden ir allegándose de manera arbitraria a la actuación a voluntad de las partes o del funcionario sino solo en la medida en que siendo pertinentes guarden coadunancia con el tema del debate y los fines del proceso.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda.
Notas: Salvamento de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-09

Decisión : No casa.
Procedencia : Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

Acción	:	Humberto Rafael Salamanca Rodríguez.	
Delito	:	Homicidio.....	586

NULIDAD \ DERECHO DE DEFENSA \ TESTIGO (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda y Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Notas: Salvamento de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas
Fecha: 92-12-09 609

92-12-11

DEMANDA DE CASACION \ ERROR DE DERZCHO

Una queja elevada sobre el mérito probatorio erróneo de la confesión implica un yerro de derecho por falso juicio de convicción.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-11

Decisión	:	Deniega Casación Impetrada.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Alfonso Lozano y Omar Paz Samudio.	
Delito	:	Infracción a la ley 30 de 1986.	
Fuente Formal	:	D.Ley 2700/1991 Art.220.....	612

92-12-14

FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA \ COMPETENCIA

El artículo 249 de la Constitución Política otorga al Fiscal General la titularidad de todas las competencias atribuídas a la entidad, de modo que los demás fiscales actúan como *delegados* de éste, con funciones asignadas por la ley o por el propio Fiscal General, y el Código de Procedimiento Penal desarrolló con ese entendimiento la previsión Constitucional, al consagrar en el numeral 3o. del artículo 121 la facultad de desplazar a cualquier Fiscal Delegado, bastando para ello que lo considere necesario.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Unica Instancia.
Fecha: 92-12-14

Decisión	:	Niega la solicitud.	
Procedencia	:	Corte Suprema de Justicia.	
Fuente Formal	:	Art. 249 C.N.....	622

IMPEDIMENTO \ PROVIDENCIAS DE JUEZ COLEGIADO

El artículo 110... (hoy art. 106...del Código de Procedimiento Penal dispone que 'Del impedimento manifestado por el Magistrado conocen los demás que forman la Sala respectiva', pero esto no significa que si la manifestación la hacen dos miemros de la Sala, el tercero queda facultado para resolver en forma unitaria, pues el auto que define la aceptación o no de un impedimento tiene carácter interlocutorio, y el artículo 189 ibidem... (182 en el actual ordenamiento)... es muy claro al ordenar que esta clase de providencias en cuerpos colegiados 'serán proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte y por la Sala de decisión Penal de los Tribunales'.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Impedimento.
Fecha: 92-12-14

Decisión	:	Se abstiene.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Ricardo Silva Betancourt y otros.	
Delito	:	Falsedad.	
Fuente Formal	:	Ley 2700/1991 Arts. 106 y 182	631

DEMANDA DE CASACION

El recurso de casación persigue primordialmente, además de la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervinieron en la actuación penal y la unificación de la jurisprudencia nacional, reparar el menoscabo inferido a una de las partes por la decisión judicial, por lo cual premisa fundamental de su sustento es que su interposición suponga un mejoramiento de la situación jurídica del reo.

Ahora las posibilidades de ataque en casación son mayores ya que los temas propios del recurso pueden ser abordados desde diferentes ángulos argumentales, sin que cada cual dependa de los demás para su exposición y sostento. Excepto la preeminencia para su estudio, otorgándole a unos la categoría de principales y a otros la de subsidiarios, su independencia es plena, pudiendo negarse en uno lo que se ha afirmado en otro o, simplemente,

abordar la cuestión desde distintos ámbitos y, por ende, buscando diversas consecuencias.

Magistrado ponente Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-14

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Clemente Rodríguez Beltrán.	
Delito	:	Acceso carnal violento.	
Fuente Formal	:	D. Ley 2700/1991 art. 225.....	635

IMPEDIMENTO \ HABER EXPEDIDO LA PROVIDENCIA

El impedimento es un aspecto inherente a la competencia y ésta debe estar atribuida en la ley de inmediata aplicación en forma expresa al igual que sus excepciones, sin que sea de recibo analogía alguna.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia
Notas: Salvamento de voto. Dres. Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda.
Auto: Impedimento.
Fecha: 92-12-14

Decisión	:	Declara infundado el impedimento.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Ibagué.	
Acción	:	Jairo Olivella y otro.	
Delito	:	Falsedad.	
Fuente Formal	:	D. Ley 2700/1991 Art. 103.6	647

HOMICIDIO \ COMPETENCIA \ JUSTICIA PENAL MILITAR \ COLISION DE COMPETENCIA

"No puede entenderse como un acto propio del servicio el homicidio que miembros de la Policía Nacional realicen sobre particulares. Si el hecho no ha sido cometido en una específica situación que lo vincule al cumplimiento de las obligaciones legales, como sería el caso de una incursión armada en un inmueble para rescatar a quien ha sido víctima de un delito, o de un enfrentamiento entre policías y particulares que pretenden huir con el producto de su botín hurtado anteriormente, o de múltiples situaciones similares que pueden efectivamente presentarse".

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-14

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cúcuta.	
Acción	:	Darío Aya Vergel y otro.	
Delito	:	Homicidio	650

FAVORABILIDAD

La aplicación al acusado de la ley favorable, es un principio supralegal, una garantía constitucional, uno de los derechos supremos reconocidos al hombre frente al poder del Estado.

Cuando exista tránsito de legislaciones, la nueva ley rige para el futuro quedando prohibida su aplicación ultraactiva. Sin embargo, si la nueva legislación es más favorable para los intereses del acusado que la anterior, aquel tiene derecho a que de manera ultraactiva se le beneficie con la aplicación de la nueva ley.

En el juicio lógico y jurídico que debe realizar el Juez para efectuar el proceso de adecuación típica, ningún efecto puede tener el principio de favorabilidad, por tratarse únicamente de una labor de selección de la norma del Código Penal aplicable al caso y no del tránsito de sucesión de leyes, donde sí impera la favorabilidad.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-14

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Gilberto Alonso Legarda Villacorte	
Delito	:	Fraude procesal.	
Fuente Formal	:	Art. 29 C.N.	655

DEMANDA DE CASACION \ PARTE CIVIL \VIOLACION DIRECTA\VIOLACION INDIRECTA

Cuando se plantea la causal de la violación directa de la ley sustancial, deben aceptarse los hechos tal como aparecen probados y en tales circunstancias no pueden hacerse reproches probatorios de ninguna naturaleza porque si ese es el camino argumentativo escogido es claro que el ataque al fallo debe realizarse por la vía de la violación indirecta.

"La parte civil justifica su presencia como parte en el proceso penal únicamente a través de su pretensión resarcitoria y garantizada ésta, cesa su interés procesal para cualquier actividad que estuviere dirigida a fines diversos de aquellos.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-14

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Gustavo Cortés.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	D. Ley 2700/1991 Art. 218	661

DEMANDA DE CASACION \ CASACION DISCRECIONAL \ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

Dos aspectos esenciales cuando de atacar un fallo en casación se trata: a) El principio de seguridad de las sentencias judiciales estructurado sobre la presunción de certeza y de legalidad frente al cual el Juez de casación está impedido para controvertir, no dependiendo de error atacable en este recurso, las resultas del proceso, desconociendo así la facultad del Juez de instancia de valorar la prueba con la autonomía que dimana del principio de la sana crítica, y b) La lógica necesidad de atacar, frente a eventuales errores de apreciación probatoria, todo el acervo que sirvió de fundamento a la decisión adoptada por el Tribunal, pues si algunos de los elementos basilares de la misma permanecen en pie -en el supuesto de lograrse aniquilar los atacados-, el reproche es insuficiente y en consecuencia, intrascendente.

El recurso extraordinario parte del principio de no ser una tercera instancia, sino la excepcional oportunidad para la verificación de la legalidad de la decisión de segundo grado pero sujeta a las condiciones formales, esenciales y normativas de que el legislador la ha revestido en guarda de las garantías de todos los sujetos procesales y de la misma seguridad jurídica.

En la práctica la ejecución de una pena accesoria de interdicción puede rebasar el máximo de los treinta años permitido por el Código para la pena de prisión, podría pensarse en la injusticia de la preceptiva, mas no es ello cierto, porque el Estado concibe esa consecuencia como una inhabilidad para desempeñar cargos públicos o para contribuir a que otros lo hagan a su nombre y ello se justifica porque el delito quebranta bienes jurídicos de singular importancia para la convivencia social. No obstante, tal rigorismo cede al permitir la ley al sentenciado rehabilitarse.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Notas: Salvamento parcial de voto. Dres. Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación
Fecha: 92-12-14

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Pasto.	
Acción	:	Olver Ovidio López Salazar.	
Delito	:	Homicidio-Hurto.	
Fuente Formal	:	D. Ley 2700/1991 Art. 225-218 inc. 3 D. 100/1980 art. 52	674

PENA ACCESORIA \ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Cuando la pena privativa de la libertad está por debajo de los diez años, el juez puede completar, por lo que falta para llegar a este tope, lo de interdicción de derechos y funciones públicas, empleando para ello su sensato y ponderado juicio, percatándose de la necesidad, conveniencia y justicia de llegar a ese límite de diez años, o estar por debajo de él.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Notas: Salvamento parcial de voto. Dres. Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-14

Fuente Formal	:	D. 100/1980 Art. 52.	685

92-12-15

ERROR DE HECHO \ CASACION OFICIOSA \ CASACION \ REVISION

En sede de casación solamente tienen acogida los errores de hecho que comportan yerros jurídicos que repercuten en la violación indirecta de la ley, esto es cuando se presenta una disparidad entre los hechos conocidos en la sentencia (verdad de facto) y los procesalmente establecidos (verdad formal). Pues si no tienen este específico alcance, resultan extraños a este Instituto y se desplazan y ubican en la acción de revisión.

La casación no es una tercera instancia en donde la Corte debe analizar oficiosamente toda la actuación para establecer la legalidad del juzgamiento, sino una reclamación extraordinaria en donde solamente puede esta Corporación en virtud de los principios de limitación y neutralidad ocuparse de los cargos concretos y técnicamente formulados a la sentencia. El último inciso del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal, le otorga al Juez de casación la facultad oficiosa de invalidar el proceso en aquellos eventos en que se presente una causal de nulidad, pero no por ello puede desnaturalizarse el recurso. "El demandante está en la obligación, si es que del estudio del proceso infiere una o varias causas, de someterse a las reglas del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal donde se señalan los requisitos generales materiales de la demanda de casación.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-15

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Saúl Romero González.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	D. Ley 2700/1991 Art. 227 inc. último.....	688

IMPEDIMENTO \ HABER EMITIDO CONCEPTO

La opinión o concepto anticipado que constituye motivo de impedimento, debe ser sustancial, vinculante y sobre todo emitido fuera del proceso y no dentro del mismo.

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: 92-12-15

Decisión	:	Declara infundado el impedimento.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Dra. Flor Angela Torres de Cardona Magistrada Sala de Decisión Penal de Santafé de Bogotá.	
Fuente Formal	:	D. Ley 2700/1991 Art. 103 Ord. 6.....	709

NULIDAD \ ERROR EN LA CALIFICACION DE DELITO \ CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES \CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES\RESOLUCION DE ACUSACION \ DEBIDO PROCESO

La equivocación sufrida al calificarse la infracción o errónea adecuación típica por constituir un error in procedendo, debe alegarse por la vía de la nulidad.

"Cuando el artículo 483 3 exige la calificación genérica del hecho 'con las circunstancias conocidas que lo especifiquen' se refiere a que el auto de proceder es de obligación ineludible consignar las circunstancias específicas de agravación o atenuación que acompañan al delito y que lo constituyen o lo modifican, porque ignorarlas en el pliego de cargos para sorprender con ellas al procesado en la sentencia es violar una de las formas propias del juicio, garantía del derecho de defensa. En cambio, no sucede lo mismo con las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, o de agravación o atenuación punitivas que no tienen por qué ser relacionadas en el auto calificatorio, pues son de la discrecional apreciación del Juez de derecho al momento de fallar.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Notas: Salvamento parcial de voto, Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-15

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cali.	
Acción	:	Flaybel o Fraybel Antonio Gómez Olaya.	
Delito	:	Homicidio Voluntario	704

CASACION\NULIDAD\JURAMENTO\ERRONEA CALIFICACION DE LA INFRACCION\AUTOR

Por razones de lógica, ha sostenido la Corte que siempre prima facie considerar el cargo o cargos que se formulen con fundamento en causales de nulidad porque, de llegar a prosperar este, el proceso hay que retrotraerlo a la fase en que se produjo tan trascendental vicio.

De los cargos que formula el indagado contra terceros son inescindibles, esto es, que no se pueden separar o dividir de los que a su turno acepta como cumplidos por él porque de todas maneras siempre refluiría en una conse-

cuencia de personal responsabilidad, resulta obvio que no podría exigírsele el juramento sin ir contra la garantía constitucional plasmada en el artículo 33. Pero si las imputaciones contra otros son claramente separables de las que el indagatoriado confiesa realizadas por él, es patente que deberá sobre aquellas juramentársele.

La errónea calificación de la infracción o errónea adecuación típica, por constituir un error in procedendo que quebranta la estructura formal del proceso debe incoarse por la vía de la nulidad. Y se deben acreditar dos cosas: 1.- que el delito por el que se llamó a juicio no se tipifica; y 2.- que es otra muy distinta la infracción cometida, precisándola.

El perfil jurídico del determinador se ha ideado fundamentalmente, para extender a éste la represión propia del autor.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-15

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior Militar	
Acción	:	Carlos Alberto Bernal Engativá y Eliserio Quintero Rodríguez.	
Delito	:	Peculado por apropiación en el grado de tentativa.	
Fuente Formal	:	D. Ley/1992 Art. 220-3, Art. 593 C.P.M...	716

DEBIDO PROCESO \ NULIDAD \ DEFENSOR \SUMARIO

"La vigencia de la Constitución de 1991 que exige como materialización del derecho de defensa la asistencia de un abogado "durante la investigación y el juzgamiento" obliga esa formalidad respecto de toda diligencia procesal cumplida bajo su imperio. Empero aquellos procesos adelantados bajo la Constitución de 1886 y leyes procesales que la desarrollaron, tienen pleno valor, pues ese era el debido proceso imperante y dentro del cual debía desarrollarse la actuación.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Notas: Salvamento parcial de voto. Dres. Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez y Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-15

Decisión : Casa parcialmente.
Procedencia : Tribunal Superior de Medellín.
Acción : Milton C. Gallo A.
Delito : Homicidio 736

INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

El artículo 52, lejos de obligar a un ciego automatismo de imponer cerradamente la adición de diez años de interdicción, le priva totalmente de la discrecionalidad para moverse entre un día y diez años.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Notas: Salvamento parcial de voto. Dres. Edgar Saavedra Rojas, Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-15.

Decisión : Casa parcialmente.
Fuente Formal : D. 100/1980 Art. 52 747

DEFENSOR \SUMARIO (SALVAMENTO DE VOTO)

"Considera el suscrito que la afirmación que se hace y se ha venido haciendo, en el sentido de que la defensa es esencial en el juicio y no en la instrucción, corresponde a un equivocado concepto de instituciones que son extrañas a nuestra organización procesal".

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Notas: Salvamento de voto. Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-12-15

Decisión : Casa parcialmente..... 750

Corte Suprema de Justicia:
Relatoría Sala de Casación Penal
Indice Alfabético de Sentencias Publicadas
Segundo Semestre de 1992
Segunda Parte

Tema	Páginas		
A			
ACCION CIVIL	24		
ACCION DE REVISION	554		
ACCION DISCIPLINARIA	559		
ACCION PENAL	559		
AGRAVACION	522		
AMISTAD INTIMA	259		
APLICACION INDEBIDA	192		
APODERADO	212		
ATENUACION	522		
AUDIENCIA PUBLICA	225		
AUTOR	716		
C			
CALIFICACION DEL SUMARIO	143		
CAMBIO DE RADICACION	501		
CASACION	83	688	716
CASACION DISCRECIONAL	504	674	
CASACION OFICIOSA	11	333	688
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)	457		
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	704		
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)	457	534	
CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	704		
COAUTORIA IMPROPIA	350		

COLISION DE COMPETENCIA 62 650
COMPETENCIA 54 79 120 622 650
CONCURSO 94
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 54
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 439

D

DEBIDO PROCESO 68 225 272 704 736
DEFENSOR 292 394 736
DEFENSOR (SALVAMENTO DE VOTO) 311 750
DEMANDA DE CASACION 7 24 83 192 246
272 292 405 493 504
612 635 661 674
DERECHO DE DEFENSA 171 282 292 394 534
586
DERECHO DE DEFENSA (SALVAMENTO DE VOTO) 369 609
DOLO 442

E

ERRONEA CALIFICACION DE LA INFRACCION 716
ERROR DE DERECHO 171 263 282 474 535
578 612
ERROR DE HECHO 143 171 239 263 282
292 484 688
ERROR EN LA CALIFICACION DEL DELITO 704
ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION (SALVAMENTO DE VOTO) 520
EXAMEN MEDICO 68 333 362
EXTINCION DE LA ACCION PENAL 554

F

FALSEDAD EN DOCUMENTO 83
FALSO JUICIO DE CONVICCION 535 578
FALSO JUICIO DE EXISTENCIA 484
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 143 484
FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA 44

FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA (SALVAMENTO DE VOTO)... 53
FAVORABILIDAD 493 655
FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 622

H

HABER EMITIDO CONCEPTO 700
HABER EXPEDIDO LA PROVIDENCIA 647
HECHO NUEVO 554
HOMICIDIO 650
HOMICIDIO TERRORISTA 120
HURTO 510
HURTO CALIFICADO 405

I

IMPEDIMENTO 109 259 389 631 647 700
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 458
INEXISTENCIA 246 362
INIMPUTABILIDAD 68 171
INSPECCION JUDICIAL 112
INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS 94 200 428 674
INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 439 685 747
INTERDICCION EN EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS..... 333
INTERPRETACION ERRONEA 192
IRA E INTENSO DOLOR 44 187
IRREGULARIDAD 246

J

JUECES REGIONALES 62 120
JUEZ DE PENA 79
JURADO 120
JURAMENTO 716
JUSTICIA PENAL MILITAR 54 650

M

MINISTERIO PUBLICO 83

N

NARCOTRAFICO 62
NO APLICACION DE LA NORMA 192
NULIDAD 24 44 68 171 225
246 272 282 350 493
586 704 716 736

NULIDAD (SALVAMENTO DE VOTO) 53 609

P

PARTE CIVIL 212 661
PECULADO 54
PECULADO (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 107
PECULADO CULPOSO 428
PECULADO POR APROPIACION 94
PENA 232 522
PENA ACCESORIA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 685
PERITO 212
PERJUICIO 24 212 232
PORTE ILEGAL DE ARMAS 542
PREJUDICIALIDAD 143
PREVARICATO 212 458
PREVARICATO POR ACCION 442
PRINCIPIO DE LEGALIDAD 232
PRINCIPIO NOM BIS IN IDEM 94
PRINCIPIO NOM BIS IN IDEM (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 534
PROVIDENCIAS DE JUEZ COLEGIADO 631
PRUEBA 83 137 166 171 187
282 333 350 474 586

R

RECURRENTE 54
RECUSACION 109
REFORMATIO IN PEJUS 232 333
RESOLUCION DE ACUSACION 704
RESPONSABILIDAD 171
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 143
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 155 160

REVISION 688
REVOCATORIA 54

S

SANA CRITICA 137 187 474
SECUESTRO CON FINES TERRORISTAS ... 370
SECUESTRO EXTORSIVO 370
SECUESTRO SIMPLE 343 370
SENTENCIA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 534
SUMARIO 292 736
SUMARIO (SALVAMENTO DE VOTO) 750

T

TENTATIVA 7 412
TERRORISMO 542
TESTIGO (SALVAMENTO DE VOTO) 609
TESTIMONIO 535
TIPICIDAD 272
TIPICIDAD (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 107

V

VIOLACION DIRECTA 36 74 192 405 661
VIOLACION INDIRECTA 11 36 74 171 192
246 292 412 474 661

Esta obra se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
EDITORIAL LIBRETA BOLIVAR
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