

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes no es tan solamente un aprender si decorar las letras dulces, mas es saber si es *quequiero encendido*" (S. C. Petruel. Cartula 1, Ley XIII).

TRINIDAD NÚMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO TÍRPE DE PÓRTF EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXXIV

PRIMER SEMESTRE

NUMERO 2463

VOLUMEN II

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes no es tan solamente en aprender a dominar las letras de ellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete Partidas: Partida IV, Título I, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 431 DE 7 DE MARZO DE 1956
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXXIV

NUMERO 2463

PRIMER SEMESTRE

VOLUMEN II

IMPRESO EN COLOMBIA

PRINTED IN COLOMBIA

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CANCILLERIA "INPEC" -- IMPRENTA PENITENCIAL

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

PRIMER SEMESTRE DE 1993

S A L A P L E N A

*Doctor Manuel Enrique Daza Alvarez, Presidente
Doctor Edgar Saavedra Rojas, Vicepresidente
Doctora Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria*

S A L A C I V I L

*Doctor Rafael Romero Sierra, Presidente
Doctor Rafael Rodríguez Melo, Secretario*

MAGISTRADOS Doctores:

*Eduardo García Sarmiento
Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Pedro Lafont Planeta
Héctor Marín Narango
Alberto Osprina Botero
Nicolás Bechara Simancas (e)
Rafael Romero Sierra*

S A L A L A B O R A L

*Doctor Jorge Iván Palacio Palacio, Presidente
Doctor Javier A. Fernández S., Secretario*

MAGISTRADOS Doctores:

*Manuel Enrique Daza Alvarez
Ernesto Jiménez Díaz
Rafael Baquero Herrera - Rafael Méndez Arango
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescún Pujols
Ramón Zúñiga Valverde*

SALA PENAL

*Doctor Juan Manuel Torres Fresneda, Presidente
Doctor Rafael I. Cortés Garnica, Secretario*

MAGISTRADOS Doctores:

*Ricardo Calvete Rangel
Jorge Carreño Luengas
Guillermo Duque Ruiz
Gustavo Gómez Vélez
Didimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Juan Manuel Torres Fresneda
Jorge Enrique Valencia Martínez*

RELATORES:**SALA CIVIL.**

*Doctora Lilianna Polanía Alcaraz (e)
Doctora Myriam Forero de Pardo*

SALA LABORAL

Doctora Esperanza Inés Marqués Ortíz

SALA PENAL

Doctora Ayda Lucy López de Giraldo

TUTELAS

Doctora Piedad Arcila Espinosa

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

SALA CIVIL: *Doctora Liliána Polania Álvarez (e)*
Doctora Myriam Forero de Pardo
SALA LABORAL: *Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz*
SALA PENAL: *Doctora Ayda Lucy López de Giraldo*
TUTELAS: *Doctora Piedad Arcila Espinosa*

Tomo CCXXIV - Santa Fe de Bogotá, D. C. - Colombia - Año 1993 - Número 2463

SALA DE CASACION PENAL

PRESCRIPCION / RECUSACION / IMPEDIMENTO / APELACION

1. Es verdad que el artículo 111 del estatuto procesal penal dice que, "desde cuando se presente la recusación, o se manifieste el impedimento, hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso", pero el entendimiento de la norma no es desde el momento en que el memorial se entregue en la Secretaría del Juzgado o Corporación que tenga a su cargo las diligencias, sino cuando se pone en conocimiento del funcionario recusado, esto es, cuando pasa al Despacho. / 2. Las sentencias de segunda instancia en materia penal no tienen ejecutoria inmediata. / 3. Cuando en segunda instancia se decreta la prescripción de la acción o de la pena, o se dicta o sustituye una medida de aseguramiento, la providencia es notificable, aspectos estos para cuya claridad basta leer el inciso 2º del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal y 1º del artículo 214 ibidem. / 4. Con la renuncia a la prescripción oportunamente expresada por el acriminado, se recupera la competencia para resolver el recurso de apelación respecto del delito que dio lugar a la acción declarada prescrita, lo que impone decretar la nulidad parcial de proveído, limitándola a la cesación del procedimiento y dejando en firme la parte correspondiente a la confirmación de la sentencia dictada por los

delitos investigados en el proceso acumulado. / En este caso como es obvio, conlleva la ruptura de la unidad procesal, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 93 del Código de Procedimiento Penal, en donde expresamente se advierte que dicha unidad no se conservará "cuando se decrete la nulidad con relación a uno de los sindicados o de los hechos punibles". Con la oportunidad fijada legalmente para renunciar a la prescripción de la acción penal, se crea una razón sobreviniente que obliga a la invalidación de una decisión anterior, única manera de poder continuar con la actuación, pues mantener la vigencia de la cesación del procedimiento sería violatorio del debido proceso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve de abril de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*.

Aprobado Acta número 036, abril 21 de 1993.

Vistos.

Resuelve la Sala sobre los memoriales presentados por el doctor *Julio Alberto Sánchez Vega* dentro del término de ejecutoria de la sentencia, en uno de los cuales renuncia a la prescripción de la acción decretada en el fallo, y en otro formula petición de nulidad.

Antecedentes:

Esta Corporación, mediante proveído aprobado según Acta número 139 de noviembre 24 de 1992, decretó la cesación del procedimiento seguido contra el exjuez *Julio Alberto Sánchez Vega*, por el delito de prevaricato ocurrido el 9 de septiembre de 1982, dentro de un proceso abroviado de declaración de bienes mostrenkos.

En la misma decisión le confirmó la condena impuesta por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá por el delito de prevaricato por acción en concurso, causa que había sido acumulada a la anterior en la oportunidad procesal correspondiente.

El mismo día 24 de noviembre, entró al Despacho un memorial suscrito por el acusado, en el cual recusa a toda la Sala por haber "manifestado su opinión" al dictar sentencia en el diligenciamiento seguido contra los Magistrados que conocieron en segunda instancia del proceso de declaración de bienes mostrenkos.

En auto de diciembre 3 de la Sala precisa que a la recusación no era procedente darle trámite, por cuanto llegó al Despacho cuando la sentencia ya estaba dictada. Además, se advierte que por sustracción de materia no tendría ninguna razón de ser, ya que sobre los hechos consistentes en haber declarado bien mostrando los dólares se ordenó la prescripción de la acción penal.

El 11 de diciembre siguiente, el condenado presenta un memorial en el que renuncia a la prescripción y solicita que se le dé trámite a la recusación propuesta. Tres días después, agrega un nuevo escrito alegando nulidad de lo actuado a partir del 23 de noviembre de 1992, y la consiguiente tramitación de la recusación formulada a la Sala.

La argumentación en que apoya la petición de nulidad es la siguiente:

"El artículo 111 del Código de Procedimiento Penal preceptúa, que una vez se haya presentado el escrito contentivo de la recusación se suspende el proceso, debe entenderse categóricamente que la presentación a que alude la norma es ante la Secretaría del respectivo despacho, ya que ni los señores jueces ni los señores magistrados reciben presentaciones de memoriales.

"Así las cosas por mandato legal el proceso de la referencia se suspendió el día 23 de noviembre de 1992, lo cual significa inexorablemente que la sentencia proferida el 24 de noviembre está viciada de nulidad por carecer la Sala Penal de la Corte de competencia.

"Lo anterior es tan cierto que la no tramitación del memorial de recusación ha originado la negación de un derecho fundamental, cual es el del debido proceso a punto de que se está negando el derecho a renunciar a la prescripción si se parte de la base que las providencias emanadas de esa Corporación en la segunda instancia sufren ejecutoria inmediata.

"Considero que la suspensión del proceso es *ope legis* y por lo mismo no necesita pronunciamiento judicial alguno y las consecuencias que de ello se derivan son inmediatas, de suerte que la actuación surtida con desconocimiento de este principio no puede (sic) efecto alguno".

Consideraciones de la Sala:

1º Es verdad que el artículo 111 del estatuto procesal penal dice que, "desde cuando se presente la recusación, o se manifieste el impedimento, hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el pro-

ecso", pero el entendimiento de la norma no es desde el momento en que el memorial se entregue en la Secretaría del Juzgado o Corporación que tenga a su cargo las diligencias, sino desde cuando se pone en conocimiento del funcionario recusado, esto es, cuando pasa al Despacho.

Una interpretación diferente llevaría al absurdo de pretender que el juzgador suspendiera la actuación sin estar enterado de la recusación, o que en todos los casos fuera obligatorio invalidar lo realizado en el periodo comprendido entre la entrega del memorial recusatorio en la Secretaría y su traslado al Despacho.

En el presente asunto el expediente ingresó para sentencia el 26 de octubre; el proyecto se registró el 5 de noviembre, y la Sala lo aprobó el 24 del mismo mes, trámite dentro del cual no se conoció por el Magistrado sustanciador recusación alguna, de manera que el motivo de nulidad alegado no existió.

2º En cuanto a la renuncia del procesado a la prescripción declarada en su favor, es necesario hacer las siguientes precisiones:

El artículo 42 del Código de Procedimiento Penal establece que, "el sindicado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal antes de la ejecutoria de la providencia que la declare", oportunidad dentro de la cual el doctor Sánchez hizo su manifestación, razón suficiente para que la Sala deba acogerla, aclarándole que las sentencias de segunda instancia en materia penal no tienen ejecutoria inmediata como él lo afirma erróneamente, y además que cuando en segunda instancia se decreta la prescripción de la acción o de la pena, o se dicta o sustituye una medida de aseguramiento, la providencia es notificable, aspectos estos para cuya claridad basta leer el inciso 2º del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal y 1º del artículo 214 *ibidem*.

En el caso que nos ocupa se trata de dos procesos acumulados, en uno de los cuales se investigaron y fallaron tres prevaricatos, siendo la sentencia por estos hechos confirmada; respecto de la otra actuación, también por prevaricato, no se pronunció la Sala sobre el fallo recurrido, por cuanto la acción penal llegó prescrita, quedando limitada la competencia de la Corporación a ordenar la cesación de procedimiento por haber perdido el Estado su derecho a continuar con ese diligenciamiento.

Ahora con la renuncia a la prescripción oportunamente expresada por el acriminado, se recupera la competencia para resolver el recurso de apelación respecto del delito que dio lugar a la acción declarada prescrita, lo que impone decretar la nulidad parcial del proveído, limitándola a la cesación del procedimiento y dejando en firme la parte correspondiente a la confirmación de la sentencia dictada por los delitos investigados en el proceso acumulado.

En este caso como es obvio, conlleva la ruptura de la unidad procesal, al tenor de lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, en donde expresamente se advierte que dicha unidad no se conservará "cuando se decrete nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los sindicados o de los hechos punibles".

Con la oportunidad fijada legalmente para renunciar a la prescripción de la acción penal, se crea una razón sobreviniente que obliga a la invalidación de una decisión anterior, única manera de poder continuar con la actuación, pues mantener la vigencia de la cesación del procedimiento sería violatorio del debido proceso.

De otra parte, al recuperar la competencia para resolver sobre la sentencia dictada en primera instancia, por los hechos relacionados con la actuación del doctor Sánchez en un proceso abreviado de declaración de bienes muestrales, surge la necesidad de resolver previamente la recusación obrante en el expediente, referida precisamente a esos hechos, que si bien es cierto no fue presentada en oportunidad que impidiera dictar la sentencia anterior, ahora sí es un obstáculo que debe despejarse antes de cualquier otra actuación. En firme este auto se procedrá de conformidad.

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

Resuelve:

Primer: *Decretar la nulidad de la cesación de procedimiento dictada por prescripción de la acción penal, en la providencia aprobada el 24 de noviembre de 1992.*

Segundo: *Declarar la ruptura de la unidad procesal en los términos consignados en la parte motiva.*

Tercero: En firme esta decisión regresen las diligencias al Despacho para resolver sobre la recusación formulada a la Sala.

Cópiese, notifíquese, cumplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgardo Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / JUEZ

1. Tratándose como en efecto lo es la demanda de casación, de un juicio técnico-jurídico a la sentencia susceptible a ese medio impugnatorio, el escrito debe reunir exigencias de lógica y de contenido tendientes a la demostración de la causal alegada, expresadas en forma assertiva y concisa que pongan en evidencia el yerro del fallador, es decir, descubriendo los aconteceres procesales equivocados si de errores de procedimiento se trata, o los errores conceptuales si los vicios advertidos son los llamados errores in iudicando; sin dejar el arbitrio del juez de la casación la escogencia de cualquiera de las alternativas planteadas, porque para éste rige el principio de limitación; que no sólo le impone superditarse a la o las causales aducidas, sino al contenido mismo de la alegación, porque se trata de hacer pronunciamientos claros y coherentes en el contenido de administrar justicia.

/ 2. "No toda negativa del funcionario judicial en relación con las peticiones de las partes puede ser considerada como lesiva a los intereses de las partes, porque entonces perdería el juez su función de director del proceso y pasaría a ser simplemente un sujeto encargado de convalidar las actuaciones de los trabajos en el conflicto, sin que tuviese oportunidad de controlar su actividad o estudiar, de acuerdo con las circunstancias procesales mismas, cada una de las peticiones para determinar así su procedencia o improcedencia".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve de abril de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia.

Aprobado Acta número 40 de abril 29 de 1993.

Vistos:

Conoce la Corte del recurso de casación impetrado contra la sentencia proferida el 22 de enero de 1992 por el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en la que con modificación respecto a la obligación indemnizatoria, se confirma la de primera instancia y se condena a *Arturo José del Niño Jesús Ortiz Umaña* a la pena principal de 16 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, como autor responsable del delito de abuso de confianza en perjuicio de la firma Marvicint Ltda.

Hechos y actuación procesal:

Noel Franco demandó ejecutivamente a la firma "Marvicint Ltda." que estaba gerenciada por Juan Manuel Serna, quien para que la representase en el proceso confirió poder al abogado Arturo José del Niño Jesús Ortiz Umaña —que a la vez era el asesor jurídico de la firma y socio de la misma—. En ejercicio del mandato el profesional recibió una suma cercana a los tres millones de pesos que el Juzgado de la causa ordenó reintegrar a su representada y se la apropió sin autorización del mandante, por lo que éste lo denunció. Los hechos acaecieron en el año de 1985 en la ciudad de Bogotá.

Al proceso, cuya fase sumarial correspondió inicialmente al Juzgado 79 de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá, se vinculó mediante indagatoria al sindicado, y llegado el momento de la calificación ese Despacho lo comprometió en juicio por abuso de confianza, pero apelada que fue esa decisión, el Tribunal Superior del Distrito la revocó decretando en su lugar reapertura investigativa al cabo de la cual la calificación volvió a ser la misma, aunque ahora por el Juzgado 39 instructor. La apelación interpuesta por la defensa no modificó la situación para el implicado pues esta vez el *ad quem* acogió el vocatorio; y cumplida la etapa del juicio, se profirió —por el Juzgado 39 Penal del Circuito— sentencia condenatoria con la que, exceptuando la tasación del monto de los perjuicios morales —que fue modificada—, se mostró acorde el Tribunal Superior del Distrito, confirmándola mediante la que es objeto de esta impugnación extraordinaria (fis. 1 y ss., 13, 51 y ss., 115 y ss., 159 y ss., 363 y ss., cuaderno principal 1, 07 y ss., cuaderno principal 2, cuaderno del Tribunal).

La demanda:

Cargo único:

La sentencia de segunda instancia se expidió en un juicio viciado de nulidad (causal 3: art. 236 del C. de P. P.), por violación del derecho de defensa, debido a que el Juzgado investigador y el Tribunal denegaron el decreto de pruebas que la defensa solicitó para demostrar a cabalidad que al procesado "la empresa le adeudaba más de tres millones, el por qué de esa deuda y la forma en que operaba para tales

pagos la sociedad", negativa que así mismo, afirma el actor, constituyó violación de "las formas propias del juicio".

A continuación relaciona las pruebas que dice fueron denegadas y lo que con cada una de ellas se pretendía probar, así: a) Inspección judicial con asistencia de perito contable a los libros de contabilidad de la firma "Marvicint Ltda." para verificar si al procesado esa entidad le pagó "el presunto salario que devengaba de \$ 20.000,00, añadiendo las razones que el defensor dc entonces adujo en pro de su solicitud; b) Oficiar a distintos Juzgados de Bogotá y de La Dorada en petición de certificaciones sobre las gestiones que en procesos que allí cursaron y sus cuantías adelantadas por el acusado como apoderado de la mencionada firma, con cuantía demasiado elevada" y lo increíble de que ellas se hubieran efectuado por el salario ínfimo de veinte mil pesos, y a la vez explicaba "la existencia de honorarios debidos por la empresa a Otriz"; c) Oír los testimonios de Eduardo Martínez y Jesús Burgos en relación con actuaciones del acusado en procesos en que defendió los intereses de la empresa "y otras actuaciones en desarrollo del objeto social" y así demostrar "cómo es imposible que tanto despliegue laboral y social se pudiera efectuar por simples" veinte mil pesos mensuales; d) Oír el testimonio de Hernán Guzmán en el mismo sentido de los anteriores; e) Oír los testimonios de Alfonso Montoya y Jaime Walton, "exsocios de la firma" para demostrar su funcionamiento, actividad, etc. y; f) Ampliación de declaración al denunciante y gerente de la firma, "para contrainterrogarlo".

De las pruebas relacionadas, dice, todas fueron denegadas por el Juzgado en auto del 16 de mayo de 1990, y el Tribunal, en apelación de esa negativa, solamente accedió a que se recibieran cuatro de las declaraciones pedidas.

Considera que de haberse practicado todas las pruebas en referencia, se habría modificado "en forma sustancial la situación jurídica del procesado" porque el fallador habría tenido "una visión diferente del proceso". Con la inspección judicial con asistencia de contable se habría demostrado el no pago real de los salarios "irrisorios de \$ 20.000,00" al acusado y además se habría probado la cuantía y número de procesos que el acusado tramitó "que harían imposible" que lo hubiera hecho por veinte mil pesos, que era una suma ínfima, inferior al salario mínimo, más aún teniendo en cuenta que algunos asuntos fueron en sede distinta de Bogotá, pero por sobre todo, esas pruebas "habrían —dice— indubitablemente dado apoyo a la prueba documental que no se tuvo en cuenta por falta de apoyo, consistente en la carta certificada que envió el procesado al representante legal de Marvicint Ltda. visible a folios 64, 65 y 66 del cuaderno principal", en que le informa haber recibido del Juzgado, en que cursaba el proceso ejecutivo a raíz del cual surgió la denuncia, \$ 2.897.331 y haber tomado esa suma "de acuerdo a lo hablado" como honorarios que la empresa le adeudaba "en algunos casos desde hace años"; si las

pruebas en alusión se hubieran decretado, esta carta "habría adquirido su verdadero valor de demostración de autorización, por cuanto sólo seis meses después de recibida, sin haber negado antes su contenido, el gerente a quien se dirigió instauró denuncia". La negativa, pucs, conculcó al profesional acusado "el derecho a desvirtuar los cargos por los cuales se le llamó a juicio".

Advierte el actor la obligación del juez de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable y el derecho del acusado a defenderse, no sólo desde el comienzo de la investigación, sino especialmente a partir del momento en que el Estado le formula "los cargos concretos en la resolución de acusación" y dice que no se le puede privar de ese derecho "so pretexto de que ya hay prueba escrita cuando precisamente se trata de desvirtuarla y reforzar la prueba a su favor".

Agrega que el haberse negado la ampliación de la declaración del denunciante solicitada se desconoció el derecho a controvertir la prueba en el juicio y se violaron los artículos 29 de la C. N. y 10 del C. de P. P. así como "los principios del derecho a la defensa y legalidad del proceso que implica acatar las formas propias del juicio".

Luego de explicar sintéticamente y reiterativamente la trascendencia de la falla que en su sentir afecta el proceso y su impacto en el resultado de la sentencia, precisar en qué normas se contemplan la nulidad invocada y causal de casación alegada, solicita el casacionista la invalidación del proceso a partir e inclusive del auto del 16 de mayo de 1990 en que el Juzgado denegó las pruebas, para que quede en estado de decretarlas, y se devuelva al Tribunal de segunda instancia.

El Ministerio Público y la parte civil:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, a cuyo concepto adhiere sin objeciones el señor representante de la parte civil, considera la demanda insuficiente para demostrar la causal de casación aducida, además de que le formula algunas glosas de orden técnico, tales como la falta de demostración de la existencia de los vicios que alega, "su trascendencia en los derechos del imputado o en la legalidad de las formas procesales y la naturaleza misma de los cargos".

Admite el funcionario que si bien la demanda contempla las razones que justificaban la práctica de las pruebas denegadas, no aborda "el examen de las razones que en su oportunidad tuvieron el Juzgado y el Tribunal para no acceder a su práctica", las cuales fueron coherentes con el proceso y suficientemente motivadas descartando así "ánimo alguno de lesionar garantías fundamentales del acusado".

Al referirse a la prueba de inspección denegada recuerda el Procurador que el Juzgado explicó como motivo de la denegatoria, el obrar

en autos un peritaje contable ordenado con anterioridad por el Tribunal, en el que se había establecido que de los sueldos de veinte mil pesos efectivamente pactados entre la empresa y el acusado, algunos se le habían pagado y otros se le adeudaban, estableciéndose así la impertinencia de la prueba, pues lo que ella pretendía acreditar ya lo estaba, que no fue otra cosa que determinar "el no pago de tales salarios, como forma de corroborar las aseveraciones del acusado". También la negativa de decretar el envío de oficios a diversos Juzgados fue adecuada y suficientemente motivada, pues el Juzgado consideró que los datos que aportaran esas comunicaciones no resultaban relevantes para la decisión en vista de que "el contrato de prestación de servicios a que se comprometió el acusado, así resultara injusto por la cantidad de trabajo que le obligaba" consistía en la asistencia profesional de todos los asuntos judiciales de interés para la empresa y esas "condiciones no fueron modificadas de forma tal que quedara memoria de ellas en documentos, tal como se (sic) consignó el peritaje que practicó el experto de instrucción criminal y que obraba por entonces en el expediente".

Sostiene así mismo el funcionario, que aunque no es la oportunidad procesal para definir sobre la conduencia y pertinencia de las pruebas denegadas, "si a través del estudio de los argumentos que en tiempo se brindaron para su negativa se puede detectar que ninguna violación del derecho a la defensa se produjo con ocasión de ella, porque los fundamentos resultan suficientemente respaldados con argumentos y pruebas efectivamente obrantes en el proceso". Recuerda, para reforzar su criterio, que la naturaleza del recurso de casación lo sustraerá de las instancias y por tanto de ser una oportunidad "en que los sujetos procesales puedan regresar a planteamientos y períodos procesales superados so pretexto de vulneraciones de derechos fundamentales" inexistentes; y que no toda negativa del juez a las peticiones de las partes puede considerarse lesiva de los intereses de éstas, porque de ser así se perdería la función del director del debate, del funcionario, y se privaría de la discrecionalidad con que cuenta para ejercerla. Sugiere pues, la no casación solicitada.

Consideraciones de la Corte:

La ineffectuación de la demanda no se remite a dudas: Exhibe insalvables fallas de orden técnico dentro de la preceptiva que gobierna el recurso de casación y además carece de fundamento en lo intrínseco del reclamo. En efecto:

El actor afirma que la sentencia acusada viola el derecho de defensa y las formas propias del juicio, sin indicar ni demostrar en qué consistió esta última transgresión, pues no señala cuál formalidad procesal se pretermitió ni de qué manera, sino que, faltando a la claridad y precisión en la exposición de su discurso, habla indistinta-

mente de los motivos de nulidad. Olvidó el profesional que tratándose, como en efecto lo es la demanda de casación, de un juicio técnico-jurídico a la sentencia susceptible de ese medio impugnatorio, el escrito debe reunir exigencias de lógica y de contenido tendientes a la demostración de la causal alegada, expresadas en forma asertiva y concisa que pongan en evidencia el yerro del fallador, es decir, descubriendo los aconteceres procesales equivocados si de errores de procedimiento se trata, o los errores conceptuales si los vicios advertidos son de los llamados errores *in iudicando*; sin dejar el arbitrio del juez de la casación la escogencia de cualquiera de las alternativas planteadas, porque para éste rige el principio de limitación; que no sólo le impone supeditarse a la o las causas alegadas, sino al contenido mismo de la alegación, porque se trata de hacer pronunciamientos claros y coherentes en el cometido de administrar justicia.

De otra parte, no obstante que el único cargo formulado tiene por respaldo legal la causal 3^a de casación —el proceso es nulo parcialmente se dice—, la demanda incluye como objeción de apariencia marginal, pero en verdad de definitiva importancia, un error propio de la causal 1^a de casación en que habría incurrido el Tribunal al evaluar el material probatorio, como fue el haber omitido apreciar la prueba documental consistente en una carta enviada por el procesado al denunciante informándole el recibo por su parte, de la suma cuya apropiación por él originó la denuncia y su aplicación —supuestamente autorizada— a honorarios que de antiguo la empresa representada por el destinatario le debía. Este reclamo está fuera de lugar al amparo de la causal alegada, pues el falso juicio de existencia que respecto de ese elemento probatorio pudo cometer el sentenciador nada tenía que ver con la validez del proceso: debió proponerse por separado y a través de la causal pertinente. Su inclusión en el alegato que propende por la nulidad es un factor más de falta de claridad y precisión en la argumentación de la demanda, independientemente de la consideración del actor de que la importancia de la prueba de la acción se haría palpable sólo en la medida en que se hubieran decretado y practicado las pruebas en cuya omisión se edifica, según el escrito, la progonada nulidad.

Ahora bien: En relación con la denegatoria de práctica de unas pruebas por el Tribunal, que en sentir del casacionista habría significado vulneración al derecho de defensa o también a las formas propias del juicio, debe destacarse de entrada como —y así lo enfatiza la Procuraduría— la decisión en ese sentido estuvo suficiente y debidamente motivada; no se pronunciaron Juzgado y Tribunal caprichosamente, sino en armonía con la objetividad probatoria hasta entonces allegada al proceso, y en observancia con los presupuestos directrices de necesidad, conducción y pertinencia de la prueba. La investigación arrojaba ya, para cuando el Juzgado no accedió a la petición probatoria los elementos suficientes para sostener la acusación, y que aunque el peticionario buscara, como era obvio, desvirtuarla, es lo cierto que con las pruebas que deprecaba no lo lograría.

Probar en abundancia —ya estaba acreditado en el informativo— que la firma representada por el denunciante le debía, para cuando el acusado tomó la suma devuelta por el Juzgado que adelantó el ejecutivo de que hablan los autos, una determinada cantidad de dinero por el contrato de prestación de servicios que había regido entre la firma y él (hasta cuando asumió la calidad de socio y cambió su vinculación con ella); probar que el sueldo mensual pactado hasta entonces era infimo y que ni siquiera llegaba al mínimo; probar así mismo que él representó en numerosos y cuantiosos asuntos judiciales los intereses de la sociedad y que por tanto se habían causado honorarios profesionales a su favor, no devirtuaba el aprovechamiento por su parte, del dinero reintegrado por el Juzgado cognosciente del ejecutivo y que él había recibido a título no traslaticio de dominio con destino a su representada. Y a acreditar que esos aspectos se orientaban la inspección judicial que reclamaba, los oficios a varios Juzgados de Bogotá y de La Dorada y una de las declaraciones testificales. Tampoco la prueba era idónea para acreditar la autorización que supuestamente el gerente denunciante le habría dado para disponer del dinero, pues, tal es lo que revelaba la prueba recaudada y que con buen tino el Juzgado y el Tribunal consideraran para la denegatoria.

El Tribunal provocó apoyando la negativa del *a quo* tras ponderar el material probatorio existente frente al que se solicitaba y encontró así superfluas algunas de ellas, y es de destacar que desechar la inspección judicial porque ya existía "el peritaje de un experto contable quien dejó sentados y aclarados los interrogantes que ahora el impugnante plasma (...). Existe en efecto el acta de la Asamblea extraordinaria de socios de fecha 15 de diciembre de 1983 donde el designado fuera designado (sic) asesor jurídico de Marvicint Ltda., asignándole un salario mensual de \$ 20.000,00, lo que ello implica cubrir toda la actividad profesional que debiera desplegar (...)" (fl. 129, cuaderno del Tribunal). Así mismo, el Tribunal se abstuvo de decretar las pruebas relacionadas con la gestión profesional del acusado como apoderado de la firma, porque, como bien lo precisó, "ella no se está poniendo en tela de juicio"; pero al acceder a la recepción de unos testimonios que se solicitaron para establecer aspectos del funcionamiento de la empresa, garantizó de la mejor manera el derecho de defensa y adecuada marcha del proceso. No se ve entonces, el atropello que se aduce, ni la incidencia que, de haberse acogido las pruebas denegadas, hubieran podido ejercer en las resultas del proceso: Para nada, se reitera, hubieran modificado los elementos estructurantes del delito motivo de la condena.

Asiste pues la razón al Ministerio Público, cuando advierte que "no toda negativa del funcionario judicial en relación con las peticiones de las partes puede ser considerada como lesiva a los intereses de las partes, porque entonces perdería el juez su función de director del proceso y pasaría a ser simplemente un sujeto encargado de validar las actuaciones de los trabajos en el conflicto, sin que tuviese

oportunidad de controlar su actividad o estudiar, de acuerdo con las circunstancias procesales mismas, cada una de las peticiones para determinar así su procedencia o improcedencia".

Fuerza es entonces declarar la improsperidad del cargo.

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

Cópíese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresnedu, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Correño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valenzuela M.

Rafael I. Cortés Garmica, Secretario.

SENTENCIA / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

1. Los fallos de primer y segundo grados se integran, es decir que jurídicamente forman un solo cuerpo, siempre y cuando, claro está, la segunda instancia no se aparte o disienta de la sentencia que revisa, al compartir en un todo el Tribunal las penas que el Juzgado dispuso. / 2. La indemnización del daño privado que se origina con la delincuencia, no es una pena accesoria, sino un tema aparte, de diferente naturaleza y origen. No la consagra la ley como pena accesoria.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve de abril de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz.

Aprobado Acta número 37 de abril 22 de 1993.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de diciembre de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a *Fredy Alberto Lesmes Cubides* a 20 meses de prisión como autor de dos delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años —uno de ellos en grado de tentativa—, juzgados en sendos procesos acumulados.

Antecedentes:

1. El 9 de febrero de 1990, Fredy Alberto Lesmes Cubides, profesor del colegio Leonidas Rubio Villegas de la ciudad de Ibagué, tuvo acceso carnal con su alumna Claudia Baltan Holguín, de 13 años y 7 meses de edad. También en dicha ciudad y por la misma época, el citado profesor intentó hacer lo propio con su alumna Francy Elona Avila Castillo, de 12 años de edad.

2. En cuanto a la menor Baltan Holguín, el Juzgado 28 de Instruction Criminal radicado en esa capital abrió investigación, escuchó en indagatoria a Lesmes Cubides, quien negó la imputación, le recibió declaración a la menor y resolvió la situación jurídica del sindicado

con auto de detención. Practicadas otras pruebas, se cerró la investigación, habiéndosele calificado con resolución acusatoria por el delito de acceso carnal violento de que trata el artículo 298 del Código Penal, con la agravante prevista en el artículo 306-2 *ibidem*, por ser el acusado profesor de la víctima (fls. 193-1).

En lo que toca a la menor Ávila Castillo (cuaderno número 2), el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal con sede en dicha ciudad abrió investigación, practicó varias pruebas y al resolver la situación jurídica del imputado, quien fue declarado persona ausente (fls. 108 y ss.), lo hizo con auto de detención. Cerrada la investigación, se la calificó con resolución de acusación también por acceso carnal violento, pero en grado de tentativa, según el artículo 22 del mencionado código (fls. 161 y ss.-2).

3. El procesado fue capturado por cuenta del proceso seguido por el Juzgado Sexto. Los expedientes pasaron luego a los Juzgados Primero y Segundo Penales del Circuito, siendo posteriormente acumulados en el primero de ellos (fls. 230-1).

Sin haberse practicado prueba alguna en la etapa del juicio, se celebró la audiencia pública (fls. 257 y ss.-1), y con fecha 27 de junio de 1991 se dictó fallo de primer grado, en el cual se consideró que la *argüida violencia no estaba probada*, motivo por el cual el acusado debía responder en los términos de las resoluciones de acusación, pero como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, de que trata el Código Penal en su artículo 303, y que tiene una pena menor (el mínimo es la mitad del fijado en el artículo 298 materia de acusación) del que fue objeto de juzgamiento. Así, al procesado se le condenó a la pena principal de 20 meses de prisión, a la acreencia de interdicción de derechos y funciones públicas, y al pago de los perjuicios. Se le concedió la condena de ejecución condicional y se ordenó ponerlo a disposición de otro Juzgado, que lo seguiría proceso por hecho similar (fls. 324 y ss.-1).

De esa sentencia recurrieron en apelación, el defensor, en busca de la absolución del procesado, y la fiscal del Juzgado, para que se dictara sentencia de acuerdo con las acusaciones. Dijo que si el Juzgado varió la tipicidad de los hechos (de acceso carnal violento a acceso abusivo con menor de 14 años) ha debido acudir a los artículos 301 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, para proferir en armonía con estas normas auto variando la calificación jurídica de los hechos (fls. 374 y ss.).

El Tribunal de Ibagué, mediante el fallo que recurrió en casación el defensor del acusado, le impidió entera confirmación a la providencia apelada. En cuanto a los argumentos de la fiscal apelante, dijo que la sentencia de todos modos condenó por delitos contra "la libertad y el pudor sexuales", tal como se acusó al procesado. Además, estimó que la variación de la calificación provisional sólo es procedente

cuando se agrava y sorprende al acusado más no como en este caso, en que se tornaron más benignos ambos cargos (fls. 15 y ss.3).

La demanda:

Un cargo único dirige el casacionista contra la sentencia: Nullidad a tenor del artículo 226-3 del anterior Código de Procedimiento Penal, debido a que en la sentencia de segunda instancia "en la página 13 de la misma, en cuanto a la dosificación de la pena principal y a la imposición de las penas accesorias, simplemente se dice que en este punto no merece 'objeción alguna de parte de la Sala' y que, por tanto, se confirma la sentencia de primera instancia objeto del recurso de alzada" (fl. 7). Más adelante agrega:

"Nada dice del por qué de la pena principal de veinte (20) meses de prisión, ni de dónde sale esta cantidad de pena y precisamente esa y ninguna otra. No se sabe, por ausencia total de motivación, en qué se basó el Tribunal para imponerla.

"Otro tanto sucede con las penas accesorias, especialmente por lo que hace a las sumas fijadas como indemnización de perjuicios, por ejemplo" (fl. 7).

Dice que esa falta de motivación hace nula la sentencia, porque es un atentado contra el debido proceso (art. 305-2, C. de P. P.), imponiéndose por tanto un "nuevo juzgamiento", a partir del auto que fijó la audiencia pública.

En ese sentido, pues, pide que se case la sentencia.

La Delegada:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal precisa:

"Claro resulta para esta Delegada, y estima que así debe ocurrir para quien analice la sentencia, que fue expresa voluntad del juzgador de segundo grado incorporar a su propia decisión las motivaciones que fueron consignadas en la sentencia de primera instancia en cuanto a la medida y calidad de las penas impuestas, pues el ascoverar que no se tiene objeción alguna a lo decidido al respecto por el juez *a quo*, se está afirmando nitidamente que tales planteamientos son adecuados y a los mismos se remite el Tribunal" (fl. 16).

En consecuencia, es de la opinión que si se motivó la pena principal, para lo cual trae en su apoyo una cita del fallo de primera instancia. En lo que hace a las penas accesorias, dice:

"La pena accesoria, fue también motivada en la medida en que el juzgador se remitió al contenido de los artículos que la fundamentan,

entendiendo que la pena de prisión implica, como lo señala la ley (art. 52 del C. P.), la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que aplicó y por el mismo término de la pena principal.

"Integradas de esta forma las sentencias, se evidencia la falta de razón del demandante. El cargo no debe prosperar".

Así, pues, le pide a la Sala no casar el fallo.

Se considera:

Pues bien: El casacionista pasa por alto que los fallos de primer y segundo grados se *integran*, es decir que jurídicamente forman un solo cuerpo, siempre y cuando, claro está, la segunda instancia no se aparte o disienta de la sentencia que revisa, como en efecto aquí ocurrió, al compartir en un todo el Tribunal las penas que el Juzgado dispuso.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué motivó de la siguiente manera las penas, punto que el censor echa de menos:

"Habida consideración de los parámetros indicados en el Capítulo II, Título IV, del Libro 2º del Código Penal, especialmente, los criterios señalados en su artículo 61, como son la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad del agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes y la personalidad del acusado, analizado a lo largo de esta providencia, este Despacho para tasar la pena que corresponde a Fredy Alberto Lesmes Cubides partirá del mínimo de un año (12 meses) por el acceso carnal consumado en la persona de Claudia Baltan, aumentados en cuatro meses por la circunstancia de agravación puritiva prevista en el numeral 2º del artículo 306 *ibidem*, para un total de 16 meses de prisión, aumentados en otros cuatro meses por el concurso de hechos punibles —art. 26, C. P.— por el caso de la menor Francy Elena Ávila Castillo —análogo pero en grado de tentativa (art. 22, C. P.)—, para un gran total de veinte (20) meses de prisión, que es la pena que debe purgar el sentenciado..."

"Accesorialmente, se le condenará a la interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal, conforme a los artículos 42, 50 y 52 del Código Penal" (fls. 355-1. Se Subraya).

He ahí, pues, claramente, la motivación, que no necesitaba el *ad quem repetirla* si la compartía, como efectivamente la compartió al decir: "En lo que hace relación a la dosificación de la pena que se le impuso, lo mismo de las (sic) accesorias y a la concesión de la condena de ejecución condicional, *no merece objeción alguna por parte de la Sala...*" (fl. 27-3, se subraya).

Bajo la premisa indicada, pues (unidad de los fallos), carece de razón el demandante al sostener que las penas principal y accesorias no tienen motivación.

Por último, en cuanto a la falta de motivación de la condena en perjuicios, debe decir la Sala que la indemnización del daño privado que se origina con la delincuencia, no es, como lo dice el casacionista, una pena accesoria, sino un tema aparte, de diferente naturaleza y origen. No la consagra la ley, pues (art. 42, C. P.), como pena accesoria.

Esa "indemnización de perjuicios" aparece debidamente motivada en el fallo de primera instancia (fls. 355 y 356), de donde en este punto también carece de razón el casacionista.

El cargo no prospera.

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

Cópíese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cumplase.

Juan Manuel Torres Fresnedo, Ricardo Culcote Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rajas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Coriés Garnica, Secretario.

INCULPABILIDAD / ERROR DE JUSTIFICACION

Para que el error de prohibición causal de inculpabilidad, tenga fundamento, se requiere que la víctima realice un comportamiento que, razonablemente, conduzca al procesado al convencimiento de que se encuentra frente a la necesidad de defendérse de una agresión injusta, resulta incuestionable entonces que el error parte de una objetividad, que no de poca magnitud, como que ha de llevar al acusado a convencerse (he ahí su idoneidad) de que obra en defensa justa.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve de abril de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 36 de abril 21 de 1993.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de noviembre de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior de Antioquia absolió a *Mario Alfonso Roldán Marín* del delito de homicidio por el cual había sido acusado.

Antecedentes:

1. Aproximadamente a las 5:30 de la tarde del 28 de abril de 1989, Luis Angel Arboleda Arango llegó al terminal de transportes del Municipio Antioqueño de Yarumal, con el propósito de trasladarse a su finca en un vehículo conducido por Conrado Villegas Mora; a los pocos minutos arribó al mismo sitio *Mario Alfonso Roldán Marín*, quien le había incumplido un contrato a Arboleda Arango. Al ver éste a Roldán Marín se dirigió a él insultándolo y asiéndolo del cuello con una de sus manos, pero el agredido logró zafarse, retrocedió unos pasos, sacó su revólver y disparó varias veces sobre Arboleda Arango, quien falleció momentos después en el Hospital Regional del mencionado Municipio.

2. La Inspección Primera Municipal de Policía practicó el levantamiento del cadáver y escuchó en declaración al nombrado Conrado

Villegas Mora, quien dijo: "...discutían sobre el incumplimiento de un negocio, llegó un momento en que don Luis fue a coger al señor Alfonso Roldán de la ruana, ambos se esculcaban y se escuchó el tiro, pero no le vi el arma, seguramente la tenía debajo de la ruana, me fui a separarlos, porque vi que don Luis perseguía a don Alfonso, hasta que don Luis cayó herido al suelo, no me di cuenta qué se hizo don Alfonso porque yo me ocupé del herido" (fl. 3).

La esposa de Arboleda Arango formuló la denuncia respectiva, y Roldán Marín fue capturado hacia las 10 de la noche en la residencia de un hermano suyo.

El Juzgado 59 de Instrucción Criminal radicado en Yarumal abrió investigación y escuchó en indagatoria al sindicado (fls. 15 y ss.), quien manifestó que al ir a subir al vehículo, para dirigirse a su finca, apareció Arboleda Arango, conocido como "Zapón" y "me dijo: 'Vos que si sos bien serio para los negocios y bien de palabra, no?'; entonces le dije que yo no le debo a ninguno plata de negocios, hombre, entonces me dijo: 'No sea hijueputa', y me mandó esta mano a agarrarme". El instructor dejó constancia de que "el indagado se escaloró poniéndose colorado y desesperado al parecer de los nervios" y dice: "Vea señores, cuando miento eso, me pareco que me está agarrando a mí y me da mucho susto como que me estuviera cogiendo ese señor Zapón. Se para y con la mano izquierda muestra como a coger una cosa, dice que la mano izquierda se la mandó a cogerle del cuello, entonces a mí me dio mucho miedo y me acordé de un revólver que yo tenía en la pretina del pantalón lado derecho y lo saqué y le hice un tiro ahí no sé a dónde a ver si se aplacaba y más me empujaba y le hice el otro tiro y él siguió detrás de mí hasta que siempre a lo último se me vino encima y cayó casi al frente donde mi, no sé si boca arriba o boca abajo, no sé cuántos tiros le hice pero como que siempre le di porque se cayó y no sé si me dijo algo o no y me tiré al carro que había ahí al pie y no volví a saber nada del hombre" (fl. 16), agregando más adelante que "fue con la mano a cogerme y con la otra en el bolsillo como para tirarme o chuzarme, me parecía a mí, pero no le vi arma" (fl. 17).

Dice que disparó con un revólver marca Smith Wesson, que carece de salvaconducto, que había ingerido licor pero que no estaba embriagado, que realmente un negocio entre los dos se "dafió", y que era comentario general la excesiva fuerza física que tenía la víctima: "Que el que agarrara lo mataba, según cuentan", dijo el indagado.

Los varios testigos presenciales del hecho rindieron declaración, coincidiendo en que la víctima insultó al procesado y "le echó mano" del cuello, o a la ruana, siendo entonces cuando Roldán Marín disparó.

Igualmente se estableció que tanto el acusado como el occiso habían consumido licor, que de ambos se predica excelente conducta y dedicación a las labores agropecuarias, y que, dentro de la ciudadanía,

la víctima tenía fama de "pegar duro", de tener la mano "multada" y, en general, de ser hombre de mucha fuerza.

La esposa de Arboleda Arango se constituyó en parte civil.

3. Al resolver la situación jurídica de Roldán Marín el Juzgado 59 decidió:

a) Abstenerse de proferir medida de aseguramiento con respecto al homicidio, por estimar que había sido cometido en legítima defensa. "El sindicado —dijo el Juzgado— le tenía temor al implicado quien gozaba de fama por su corpulencia física de una brutal fuerza, él fue quien insultó al implicado procediendo inmediatamente a cogerlo por el cuello, situación esta que representó en la mente del implicado la presencia de un inminente peligro de su integridad que lo obligó al empleo de los medios de defensa a su alcance, con el fin de poner a salvo su vida sin que el lógico estado mental del momento le permitiera razonar sobre la proporcionalidad o no de la agresión, sólo conocía que si el implicado lograba dominarlo él hubiese sido el muerto, no existe prueba para predicar que el ánimo del implicado fue el que originó el lamentable hecho, quedando establecida para el despacho la legítima defensa" (fl. 36);

b) Dictar medida de aseguramiento de caución prendaria contra el mismo sindicado Roldán Marín, por violación al artículo 1º del Decreto 3604 de 1986, en lo que atañe al porte del revólver sin salvoconducto.

El apoderado de la parte civil interpuso contra ese auto recurso de reposición y, subsidiariamente, apelación, recordando al Juzgado, entre otras cosas, que en el expediente obraba el respectivo salvoconducto.

El Juzgado reiteró que el procesado había obrado justificadamente en relación con el homicidio, no reponiendo el auto en dicho punto. En torno al porte del arma, cesó procedimiento (fl. 59).

Concedida la apelación en cuanto al homicidio, el Fiscal Séptimo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín compartió en su concepto el criterio del Juzgado. "Examinada la prueba testimonial en forma aislada y en su conjunto, desde el punto de vista crítico —precisó—, se llega a la conclusión que el sindicado actuó por la necesidad de ejercer la legítima defensa de su vida e integridad personal, puesto que se vio enfrentado a un ataque grave e injusto por parte de la víctima. En la disculpa del sindicado se dan todos los elementos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia exigen para la estructuración de la legítima defensa de la vida e integridad personal" (fls. 87 y 88).

El Tribunal, mediante auto de 13 de julio (fls. 89 y ss.), se apartó del referido punto de vista, estimando, en cambio, que "las simples

palabras con algún contenido ofensivo y la pretensión de la víctima de tratar de someterlo bajo la presión de sus manos, de manera alguna puede llevar a calificar ese comportamiento, como suficiente para poner en inminente peligro la vida o integridad personal del acusado, porque aquél, como está establecido, carecía puramente de arma o elemento idóneo para causar un mal..." (fl. 95).

Agregó el Tribunal que el sindicado planteó "vagamente" una defensa subjetiva, al decir que "la víctima, además de tratar de asirlo con una mano, la otra la introdujo al bolsillo del pantalón en gesto indicativo de extraer algo como para 'chuzarme'"; defensa subjetiva que también descartó esa Corporación, por estimar que esa versión del sindicado "no es corroborada por ninguno de los otros testimoniados" (fl. 96).

Así, revocó el auto en ese aspecto y ordenó detención preventiva por el hecho tipificado en el artículo 323 del Código Penal.

Por lo que toca al porte del arma, revocó igualmente la cesación de procedimiento, por desconocerse "si el arma descrita en el documento que autoriza el porte, tiene las mismas características (lo cual se deberá demostrar)" de la que dijo el implicado usó la tarde de los hechos. Dejó entonces vigente la caución impuesta como medida de aseguramiento.

4. Practicadas otras pruebas, se clausuró la investigación, la que se calificó mediante auto de 7 de diciembre de 1989 (fls. 131 y ss.), con cesación de procedimiento en relación con ambos delitos:

a) Atinente al homicidio, señaló el Juzgado 59: "Es del caso establecer la existencia o no, de la causal de justificación predicada por el sindicado, cual es, la legítima defensa *objetiva* o *subjetiva* de su vida" (se subraya), considerando cómo cuando el sindicado logró zafarse de la víctima, "el hoy occiso procede inmediatamente a escucharse, dando la impresión al sindicado de que procedería a armarse", hecho este, dice el Juzgado, claramente expuesto por el implicado y avalado por el testigo Conrado Villegas (fls. 136 y 137).

Luego dice el auto calificadorio que también se probó que la víctima "poseía fuerza en sus manos", y se tornaba agresivo cuando estaba ebrio. "...el nexo causal aparece claro para el Despacho —agrega—, a las ofensas verbales y físicas del hoy occiso, con fama de poseer gran fuerza brutal, el sindicado resuelve disparar para defender su vida, no se hable de proporcionalidad en la agresión, ya que quien se defiende apela a su angustia a lo que tiene a su alcance sin que tenga tiempo de calcular si el arma del agresor es igual, inferior o superior; 'sólo el atacado sabe cuál es su miedo y su peligro'; de una legítima defensa *objetiva* en principio, el sindicado pasa a representarse razonablemente el peligro de su vida debido a la fama del hoy occiso y a

la actitud asumida por éste de esculcarse dando origen a la legítima defensa subjetiva (sic)" —fl. 139, se subraya—.

b) Respecto del porte del arma, estimó el Juzgado que no es dable predicar la existencia de punible alguno "sin el decomiso del arma, como ocurre en el presente proceso".

Recurrido ese proveído por el apoderado de la parte civil, la Fiscalía Séptima del Tribunal de Medellín reiteró su criterio anterior, por lo cual solicitó la confirmación del auto (fls. 144 y ss.).

El Tribunal de Medellín, de su parte, también perseveró en su tesis de que no existió legítima defensa. Dijo entonces:

"Sin embargo, ni las expresiones de reclamación que precedieron al acto subsiguiente, ni la ejecución de éste, se pueden catalogar con el carácter de gravedad, que permitiesen creer en el acusado estar frente a un inminente peligro de su vida e integridad personal. En efecto, las palabras del extinto (para unos testigos su contenido de incomodidad por el incumplimiento del contrato, y para otros y el propio implicado, con carácter ofensivo, al adicionar aquél el epíteto 'hijueputa'), así disgustaran y denigraran de la honorabilidad de Roldán Marín, de ninguna manera permitían tan drástica reacción, porque para ese momento tales expresiones por sí solas no representaban peligro alguno que imputisiera la necesidad de defensa. Si el acusado, a consecuencia de la reclamación y casi simultánea acción de la víctima de querer encuellarlo (sic), inmediatamente se precipitó y accionó el revólver, no lo hizo frente a un inminente peligro, por cuanto el extinto carecía de arma o elemento apto para causar un mal" (fls. 154 y 155).

Estimó también el Tribunal que con relación a la excepcional fuerza física de la víctima únicamente obran en el proceso los "comentarios de la ciudadanía", y que tampoco se da la defensa putativa, para lo cual repitió las consideraciones hechas en oportunidad anterior.

En esas condiciones, revocó la cesación y en su lugar emitió resolución acusatoria por el mencionado delito.

Tocante al porte del arma, revocó también, reabriendo la investigación. Calificó de "simplísimo" el argumento del Juzgado, referido a que por no haber aparecido el arma, no se tipificaba la infracción, y ordenó que se verificara de todos modos si existe correspondencia entre el arma referida en el salvoconducto (fls. 39 y 40) y la que accionó el procesado con motivo de estos hechos.

5. Repartido el proceso al Juzgado Único Superior de Yarumal, se rituó la causa normalmente, celebrándose la audiencia, en la cual la Fiscal solicitó que se condenara al procesado por exceso en la legítima defensa; el apoderado de la parte civil demandó una condena sin atenuantes, y el defensor pidió la absolución, sosteniendo la legítima

defensa de su representado, quien en su sentir reaccionó frente a una "agresión física cierta o falsa", insistiendo en la fuerza de la víctima y en que éste "mandó la mano derecha al bolsillo" (fl. 203 vto.).

El Juzgado, por medio de fallo de 6 de agosto de 1991 (fls. 213 y ss.), condenó al procesado, en armonía con lo pedido por la Fiscal, a la pena principal de 40 meses de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, al pago de los perjuicios (\$ 12.387.303.37, más el equivalente a 550 gramos oro por concepto de perjuicios morales). "Al replicar exageradamente una violencia que no le representaba mayor peligro para sus derechos de conservación de la integridad física o de la vida", dijo el Juzgado Superior, el procesado actuó conforme a lo previsto en el artículo 30 del Código Penal.

Al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia, el defensor del procesado hizo ver al Juzgado que había desificado la pena privativa de la libertad en desacuerdo con los textos legales correspondientes. El Juzgado, mediante auto de 13 de agosto, admitió que se trataba de "un error aritmético", corrigiendo esa sanción en el sentido de condenar a Roldán Marín a 20 meses de prisión, otorgándole la condena de ejecución condicional (fls. 233 y ss.), y concedió la impugnación.

Ya el proceso en el Tribunal Superior de Antioquia, rindió concepto la Fiscal Primera de esa Corporación. "No existió entonces —dijo— y así lo predica la Fiscalía, ninguna defensa objetiva o subjetiva por parte del procesado Roldán Marín para su injusta acción en contra del señor Arboleda Arango, ya que está probado en el proceso que no hubo por parte suya por lo menos un principio de agresión real que presentara para el procesado un inminente peligro para su vida e integridad física" (fls. 161 *intra* y 162). Por esa razón, estimó igualmente el Ministerio Público que no cabe hablar de exceso en la justificante, reconocida por el Juzgado, solicitando entonces condena por el delito de homicidio simple previsto en el artículo 323 del Código Penal.

El Tribunal Superior de Antioquia, mediante fallo de 25 de noviembre, que recurrió en casación el apoderado de la parte civil (fls. 267 y ss.), revocó el proveído apelado y en su lugar absolió al justiciable Roldán Marín.

Recuerda el Tribunal cómo se han planteado en el proceso las defensas objetiva y subjetiva (fl. 271), e insiste en que el testigo Conrado Villegas corroboró lo expuesto por el procesado, atinente a que la víctima "se esculcó" cuando agredía a Roldán Marín. Le otorga credibilidad a dicho declarante y precisa que se configura entonces "la llamada legítima defensa subjetiva (sic) o error esencial de prohibición que contempla el Código Penal en su artículo 40 ordinal 3º, su-

puesto que los actos ejecutados por Luis Angel ciertamente daban margen para que Roldán Marín incurriera en tal error" (fls. 273 y 274).

A continuación expresa el Tribunal que ese error "en que la víctima indujo al sindicado, es sólo respecto a si tenía o no arma", porque, en sentir del fallador de segundo grado, si existió "agresión de palabra y hecho". Entra a analizar los requisitos de la causal de justificación, manifestando que los mismos se cumplen en este caso, copiando, en apoyo de su tesis, conceptos de un autor nacional (fls. 274 y 276).

La demanda:

Con fundamento en el numeral 1º, inciso 2º, del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 (modificatorio del artículo 226 del C. de P. F.), el demandante sostiene que el fallo recurrido "violó indirectamente, por indebida aplicación, el primer inciso del ordinal 4º del artículo 29 del Código Penal, como consecuencia de haber incurrido dicha Corporación en un clarísimo error de hecho, trascendente y manifiesto en los autos, consistentes en haber distorsionado el sentido de la prueba incorporada al expediente, lo cual la indujo a considerar plenamente demostrada en el proceso una legítima defensa inexistente, que no sólo le sirvió de fundamento para absolverlo del cargo de homicidio previamente formulado, sino que, además, la llevó también a violar indirectamente, por falta de aplicación, el artículo 323 del Código Penal" (fl. 12).

Pone de presente "el antagonismo" existente entre los Tribunales de Medellín y de Antioquia, con respecto a una misma situación probatoria, transcribe apartes de lo expuesto por uno y otro, y precisa: Ahora bien, que en este caso concreto se produjo, como consecuencia del error aludido, una manifiesta distorsión del contenido de la prueba por parte del Tribunal Superior de Antioquia, es algo que se advierte sólo con examinar desprevenidamente el propio tenor de las declaraciones juramentadas rendidas a lo largo del proceso, por todas aquellas personas que, de una u otra forma, presenciaron total o parcialmente la génesis, el desarrollo y desenlace del insucoso" (fl. 18).

Anota que pese a decir el fallador que "el sindicado y todos los testigos presenciales aseguran que Luis Angel Arboleda Arango agredió a mano limpia a Mario Alfonso Roldán Marín", únicamente se hace mención expresa al testigo Conrado Villegas Mora.

Divide el haz testimonial entre quienes presenciaron los hechos en su totalidad (Conrado Villegas Mora, Oscar Mario Agudelo Cuartas, Jesús María Herrera Villa, Jesús Adán Rodríguez Atehortúa, Ernesto de Jesús Silva y Horacio de Jesús Villegas Mora) y "los que sólo asistieron al desenlace de la tragedia", para transcribir a continuación los

apartes cardinales de esas declaraciones (fls. 20 y ss.), y concluir: "Todo cuanto hizo, entonces, el occiso, atendiendo única y exclusivamente a la prueba obrante en el proceso, fue *tomar o intentar tomar por la ruana o por el cuello al señor Mario Alfonso Roldán Marín*" (fl. 24, subrayado del original).

"Con sujeción a la prueba recogida —agrega—, lo que ocurrió, pues, señores Magistrados, fue, en síntesis, lo siguiente: El señor Luis Angel Arboleda Arango tomó o intentó tomar por la ruana o por el cuello al señor Mario Alfonso Roldán Marín, el cual se sustrajo a dicha toma o conato de toma y accionó repetidamente un arma de fuego: Aquél le corría y los circunstantes gritaban que no le diera más, pero éste no cesó de disparar hasta cuando el primero cayó" (fls. 25 y 26).

Coligo, entonces, que fue el Tribunal de Medellín el que analizó correctamente la prueba, y señala:

"Hallándose, según lo expuesto, evidentemente ajenos a la reacción supuestamente defensiva del señor Mario Alfonso Roldán Marín, los requisitos de *necesidad y proporcionalidad* connaturales a la causal de justificación que se examina, es irremediable que el honorable Tribunal Superior de Antioquia al declararla plenamente demostrada en el proceso, lo hizo bajo la influencia de un error de hecho, que lo indujo a distorsionar el contenido de la prueba objeto de apreciación y que lo condujo, como consecuencia lógica, a violar indirectamente, por indebida aplicación, el primer inciso del ordinal 4º del artículo 29 del Código Penal, omitiendo así darle cumplida aplicación al artículo 323 ibídem, que resultó, a la postre, violando también en forma indirecta" (subraya de la demanda, fls. 26 y 27).

Pido, pues, que se case el fallo y se dicte el absolucionario de sustitución.

Concepto de la Delegada:

1. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima con respecto a la demanda que la misma no debe prosperar, puesto que en la sentencia recurrida subsiste "un motivo de absolución que no fue desvirtuado en forma alguna por el casacionista"; y refiriéndose al testimonio de Conrado Villegas Mora, dice: "El Tribunal sentenciador, recordando en lo fundamental la porción del testimonio que se ha transscrito por esta Delegada, calificó esta versión de ser imparcial, seria, sincera y objetiva y de corroborar las explicaciones que en su oportunidad brindó el procesado respecto de los hechos investigados. Sin embargo, en forma diversa a como lo plantea el casacionista, dicha declaración no fue interpretada como demostrativa de una causal de justificación del hecho (legítima defensa), sino como la prueba de datos ciertos que indican el actuar del encausado bajo un error esencial de prohibición, tal como quedó consignado en la sentencia ahora recurrida" (fl. 38). Más adelante precisa:

"Surge de lo dicho una doble evidencia: a) El Tribunal no tergiversó el dicho testimonial de Conrado Villegas Mora, porque en lo fundamental respetó lo que él había afirmado (percibido que 'ambos se esculcaban y escuchó el tiroteo', en términos de la sentencia), y b) La conclusión que el juzgador tomó de dicho testimonio no fue la de que el acusado había actuado en legítima defensa de su vida, sino que incurrió en un error de juicio que le hizo ver agresión grave en donde no existía.

"El casacionista falla entonces en el planteamiento del cargo por este aspecto. Escogió él la legítima defensa, cuando en verdad en este punto fundamental de la absolución lo fue la presencia de una causal eximiente de culpabilidad y ella no fue tocada por el demandante" (fl. 39).

Anota la Delegada que el mismo actor admite que "hubo agresión a mano limpia de Arboleda Arango contra el procesado", hecho igualmente aceptado por el Tribunal, lo que significa que en el fallo no se distorsionó la prueba y resulta entonces "inexistente el yerro denunciado" (fl. 40). "Todos los testigos citados por el censor —prosigue la Delegada—, entonces, refieren lo que estimó probado el Tribunal, esto es, que percibieron la materialidad de la acción, que Roldán Marín propinó disparos a su víctima, quien, instantes antes, habían agredido sin arma alguna al procesado y que en ningún momento contradicen explícitamente al encausado cuando éste se refiere a la equivocada percepción que tuvo de que iba a ser agredido con un arma de fuego. Sus contenidos testimoniales, entonces, fueron cabalmente respetados en este punto" (fl. 41).

Para la Delegada, en el proceso no era dable reconocer la legítima defensa, al faltar "las notas de necesidad y proporcionalidad", pero que no obstante ello, "si se pone énfasis en la primera parte de las consideraciones que hace el Tribunal en el fallo, tendría que admitirse que otra de las razones sustento de la absolución lo fue la existencia de un error esencial de prohibición y como respecto de él no hizo ataque alguno el casacionista ni se demostró la incorrección de la sentencia, la prosperidad de la demanda es apenas aparente porque queda incólume el fallo en tanto que la excluyente de culpabilidad también reclama absolución del procesado" (fl. 42, se subraya).

2. En un segundo apartado la Delegada reclama de la Sala la *casación oficiosa* del fallo recurrido, para lo cual comenta primero el principio del debido proceso y la finalidad del procedimiento, señalando que "no se puede, por consiguiente, propender por el mantenimiento de situaciones favorables al procesado, cuando éllas son producto de una indebida aplicación del ordenamiento jurídico o condicionan de tal modo los resultados de las instancias y recursos extraordinarios que imposibilitan materialmente el ejercicio de los derechos de los demás sujetos procesales, pues una tal situación impediría el logro de los propósitos que deben perseguir las autoridades estatales

y consolidaría la injusticia del orden legalmente establecido (sic)", acotando en seguida que, según el artículo 219 del nuevo Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación persigue "la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal" (fl. 43). Precisa en seguida el Delegado:

"Este escrito apunta a sustentar la posición de la Delegada en el caso que ahora se somete a su consideración, pues advierte que la sentencia recurrida quebranta el principio del debido proceso en tanto que su motivación, respecto de la causal de justificación que se invocó como sustento del fallo, es inexistente, y si se la mira en relación con el error esencial de prohibición aunado a la justificante, resulta contradictoria y acusa agravio a los intervenientes en la actuación, como quicra que impone la imposibilidad del entendimiento de los motivos de absolución e impide el planteamiento adecuado de una demanda de casación que persiga la corrección de los errores contenidos en el fallo, lo que impone, por consiguiente, su anulación" (fl. 43).

Señala al efecto que el fallo, indistintamente, menciona "diversas razones incompatibles entre sí", como son el error de prohibición (causal de inculpabilidad) y la defensa justa (causal de justificación). "Para esta Delegada está claro —agrega— que no puede admitirse como fundamento de la absolución el actuar en legítima defensa que se predica del procesado, no solamente porque las pruebas no acreditan una acción de tal naturaleza, sino porque *la misma motivación* revela que las afirmaciones del Tribunal se encuentran en contradicción con *anteriores consideraciones suyas* (la Sala de una vez debe acotar que el Tribunal Superior de Antioquia intervino por vez primera en este proceso cuando dictó el fallo impugnado, pues antes conoció el Tribunal de Medellín) y por ello, su declaración de absolver al procesado por 'cuanto realizó el hecho en legítima defensa', resulta ilegal e inmotivada" (fl. 45, subrayas y paréntesis fuera del texto).

Y concluye el concepto del Ministerio Público:

"Hasta este momento, entonces, se proporcionan en la sentencia dos diversos fundamentos a la absolución proferida: La existencia de una legítima defensa y la presencia de una causal excluyente de culpabilidad por un error esencial sobre uno de los ingredientes de la causal de justificación.

"Su aceptación simultánea frente a unos mismos hechos, hace patente una contradicción, puesto que de aceptarse la existencia de la legítima defensa, debe concluirse que el comportamiento no es antijurídico; si se acoge la segunda motivación, la decisión favorable se torna por estimarse que el conocimiento propio del dolo se hallaba viciado por la presencia de circunstancias especiales que impidieron una adecuada percepción de los hechos.

"Esta motivación, entonces, impone escoger una sola de dos posibilidades como argumento central de la absolución, y ella no puede ser otra que la que explícitamente se consignó por el Tribunal en el párrafo final del fallo, porque si bien el error esencial de prohibición fue citado también en forma expresa, no se dijo que él pudiera fundamentar la absolución correspondiente. Es aquí donde se revela la necesidad de anular la sentencia. Abruptamente el juzgador varió el rumbo de sus consideraciones y abandonó el examen de los requisitos propios de la eximente de culpabilidad, para adentrarse en el terreno de la justificante en sí misma considerada, pero solamente a través de la transcripción de varios párrafos de un libro de autor nacional, y luego, tratando de retomar el camino adocuado, calificó la situación de insoluble para el procesado más que por medio de la violenta reacción (sic), concluyendo, sin ton ni son, que la conducta juzgada se realizó en legítima defensa.

"Desconocer por tanto la jurisdicción el motivo de la sentencia favorable al procesado, e incluso éste, así como los demás sujetos procesales, se quedan en la más absoluta ignorancia acerca de las razones de la absolución pronunciada, y por tanto, debe concluirse que el fallo socava de manera grave el principio del debido proceso que exige que el juzgador dé a conocer, sin ambigüedades, las razones de sus decisiones".

Pide, pues, casar el fallo de segunda instancia a fin de que el Tribunal, de acuerdo con lo conceptuado, enmiende el vicio.

Se considera:

Sobre la nulidad planteada por el Ministerio Público.

Le corresponde a la Sala pronunciarse primero en relación con dicho punto, ya que de prosperar la nulidad pedida por la Tercera Delegada, se invalidaría el fallo impugnado, resultando entonces imperitante el examen de la violación indirecta de la ley, causal de casación que seleccionó el demandante.

Pues bien: Es sabido que son los hechos los que fijan el derrotero al derecho. Cada caso concreto impone sus propias reflexiones jurídicas.

Casi inmediatamente después de que Luis Angel Arboleda Arango recibiera varios disparos y muriera a consecuencia de los mismos, la Inspección Primera Municipal de Policía oyó en declaración a Conrado Villegas Mora (citado en todo el acervo probatorio como presente en los hechos, desde su comienzo hasta su final), quien dijo que Arboleda Arango se bajó del vehículo que él conducía, insultó a Mario Alfonso Roldán Marín y trató de asirlo por el cuello, al tiempo que ambos

(Roldán y Arboleda) "se escuchaban", siendo entonces cuando "se escuchó el tiroteo" y Arboleda cayó.

Después fue oido en indagatoria el autor de dichos disparos, Roldán Marín, quien, sustancialmente, hizo una narración igual a la del mencionado testigo.

Sin duda, pues, que así planteados los hechos, se vislumbran como posibles dos excusas: a) La legítima defensa, causal de justificación prevista en el artículo 29-4 del Código Penal: Esto, particularmente, porque desde su indagatoria el procesado reiteró el temor que le tenía a Arboleda Arango, debido a la gran fuerza física de éste y el peligro que, por ende, comportaría un golpe de su puño. Debe decir desde ahora que esa fama se encuentra avalada en el proceso por profusa prueba testimonial (fis. 26 vto., 66 vto., 114, 115, 116 vto., 127, entre otros). Además, también consta en el expediente que la víctima había ingerido licor y que agredió del modo visto a Roldán Marín, porque éste le había incumplido un contrato o negocio; b) El error de prohibición, causal de incompatibilidad contemplada en el artículo 40-3 del citado código. Ello, porque de acuerdo a lo planteado por el testigo y el procesado, éste habría actuado con el convencimiento de que la víctima se proponía sacar un arma y atacarlo con la misma: Aquí habría una equivocación del acusado sobre los presupuestos objetivos de la causal de justificación.

Siendo ello así, se exhibe explicable que en los tres momentos procesales en que se examinaron los hechos y se resolvió sobre la responsabilidad del procesado (definición de la situación jurídica, calificación del sumario y sentencia), se hayan examinado las dos excusas citadas, que si bien conceptualmente, de manera dogmática, son claramente diferenciables y en últimas devienen excluyentes o incompatibles (pués si el hecho se justifica es porque *realmente* hubo la agresión, y entonces el error del procesado no tendría sobre qué recacer), en los hechos, en el terreno puramente fáctico, ello no puede aseverarse de modo tan tajante como en la teoría, ya que, de todas maneras, para que el error de prohibición aludido tenga fundamento, se requiere que la víctima realice un comportamiento que, *razonablemente*, conduzca al procesado al *convencimiento* de que se encuentra frente a la necesidad de defenderse de una agresión injusta. Resulta inquestionable entonces que el error parte de una *objetividad*, que no de poca magnitud, como que ha de llevar al acusado a convencerse (he ahí su *idoneidad*) de que obra en defensa justa.

Bajo esas premisas y de cara al caso génesis de este proceso, no podría repudiarse de modo absoluto que, además de la *real* agresión de Arboleda Arango (el procesado Roldán Marín dijo que tenía que evitar que aquél lo golpeara), éste hiciera el ademán de "esculcarse el bolsillo".

Así las cosas, en sentir de la Sala, repítese, resulta explicable que a todo lo largo del proceso las dos excusas en comento hayan sido tratadas al tiempo, bien para admitir una y rechazar la otra, ora para repudiarlas ambas (resolución acusatoria de segunda instancia y sentencia de primera instancia), bien para aceptar la existencia de las dos, pero prefiriendo una de ellas por su mayor significación jurídica, *opción esta última acogida en el fallo recurrido por vía extraordinaria*, y que justamente le sirve de base a la Delegada para demandar su nulidad *por carencia de motivación*.

Desde esa particular óptica, que impone este caso específico, es imprescindible retomar, en su parte vertebral, los argumentos del fallo atacado:

"La controversia se circunscribe, como es normal en casos similares, a la antijuridicidad material y a la culpabilidad del autor del hecho típico, elementos sobre los cuales se han formulado las diferentes hipótesis mencionadas arriba.

"El sindicado y todos los testigos presenciales aseguran que Luis Angel Arboleda Arango agredió a mano limpia a Mario Alfonso Roldán Marín. Aquél agrega que el hoy occiso con una mano trataba de cogerlo y con la otra se esculcaba como intentando sacar un arma".

Luego de citar las palabras del testigo Villegas Mora, agrega el Tribunal:

"No es cierto entonces, como se ha dicho en este proceso, que la versión del procesado en el sentido de que el occiso hizo además de sacar algo de sus bolsillos, no tiene respaldo probatorio. Conrado Villegas Mora es un declarante excepcional: Imparcial, serio, sincero, espontáneo, objetivo, observó con la debida atención los hechos y declaró inmediatamente después de ocurridos. Andaba en compañía del occiso y fue quien primero se apresuró a prestarle auxilio, lo que permite descartar en el depONENTE cualquier inclinación a favorecer al sindicado pues por tal aspecto más bien podría tener interés en agravarle su situación.

"Por lo demás, si bien los otros testigos no corroboran la versión del sindicado respecto del referido gesto por parte del occiso, tampoco la desmienten, lo cual significa que está en firme y respaldado al menos por uno de los testimoniantes, el dicho del señor Mario Alfonso.

"De ahí se deduce claramente la *probabilidad* de que el procesado haya creído que Arboleda Arango poseía un arma e intentaba tirarle con ella, configurándose sin lugar a dudas la llamada legítima defensa subjetiva (sic) o error esencial de prohibición que contempla el Código Penal en el artículo 40 ordinal 3º, supuesto que los actos ejecutados por Luis Angel ciertamente daban margen para que Roldán Marín incurriera en tal error.

"Pero debe tenerse en cuenta que ese posible error en que la víctima indujo al sindicado, es sólo respecto a si tenía o no arma. Porque la agresión de palabra y de hecho fue real y evidentemente injusta por lo que el sindicado estaba en legítimo derecho de repelir con los medios que tuviera a su alcance, incluyendo el revólver, pues no puede exigírselo a quien súbitamente es atacado por otro que se ponga a hacer cálculos sobre la proporcionalidad entre la agresión de que es víctima y la reacción defensiva, o a averiguar si su agresor es de buena o mala conducta, pacífico o violento, temible o inofensivo, si está armado o inerme. Para el caso y en el momento concretos, que son los que deben tenerse en cuenta, lo cierto es que el occiso se mostró agresivo, violento, decidido a causarle daño a Mario Alfonso Roldán y, por tanto, peligroso, máxime teniendo en cuenta su corpulencia y fortaleza ampliamente conocidas y apreciadas a simple vista" (fls. 273 y 274, se subraya).

En seguida, el Tribunal hace una larga cita de un libro nacional y concluye: "De acuerdo con lo anterior y vistas las circunstancias en que ocurrieron los hechos, para declarar judicialmente que el señor Mario Alfonso Roldán Marín no obró en legítima defensa o se excedió en ese derecho, habría sido necesario comprobar que tuvo amplia oportunidad de repeler eficientemente el ataque súbito de que fue víctima por parte del señor Luis Ángel Arboleda Arango, haciendo uso de instrumentos menos lesivos que su revólver que, sin embargo, deliberadamente escogió éste. En el proceso no hay prueba de ello y las condiciones de la agresión indican que el hoy occiso no le dio alternativa al procesado. Mal podría afirmarse que debió reaccionar a mano limpia, pues la desventaja frente al musculoso atacante era obvia" (fl. 277).

De este último párrafo del fallo impugnado que acaba de transcribirse, se desprende con claridad que si bien el Tribunal admite la hipótesis de la ausencia de culpabilidad (error de prohibición), a la postre termina por acoger la tesis de la legítima defensa, como expresamente lo consignó al denegar las peticiones del Ministerio Público y la parte civil:

"No proceden, en consecuencia, las pretensiones de la parte civil ni las del Ministerio Público porque el procesado habrá de ser absuelto por cuanto reulló el hecho en legítima defensa" (sin subrayas en el original).

No se advierte, pues, ni la motivación contradictoria del fallo ni tampoco la ausencia de consideraciones para emitirlo, razón por la cual no se declarará la nulidad que sugiere la Delegada.

Existe la posibilidad de que dichas consideraciones sean equivocadas, como opina la Delegada, pero ello desde punto de vista alguno implica que carezca la sentencia de motivación. Si así fuere, toda decisión errónea merecería ser anulada, lo cual resulta inaceptable.

Agradúcese, además, que la Delegada se equivoca al aseverar que la decisión absolutoria también deviene "ilegal e inmotivada", debido a que el sentenciador, "en anteriores consideraciones suyas" (es decir, al revisar los autos de definición de situación jurídica y calificadorio), había rechazado contundentemente ambas excusas, y ahora en el fallo las admite: La equivocación estriba en que esas "intervenciones anteriores" no fueron del Tribunal Superior de Antioquia, el fallador, sino del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. De ahí que por este aspecto, tampoco cabele razón a la Procuraduría. Digase también, que aún en el supuesto de que todas las citadas providencias hubieran sido proferidas por el mismo Juzgado, el solo hecho de cambiar de opinión frente al proceso y en etapas diferentes de éste, no torna inmotivado el fallo, como parece entenderlo la Delegada.

Lo que exhibe la sentencia recurrida es el examen de las dos excusas entre las cuales se venia debatiendo la conducta del justiciable Roldán Marín, desde el comienzo del proceso, pero como ya se anotó, el Tribunal claramente acogió una de ellas, la legítima defensa, cuya existencia bien podía ser controvertida en casación por el actor.

La censura que el demandante dirige al fallo.

Como precisó la Delegada, es cierto que en momento alguno el casacionista demostró una distorsión de la prueba por parte del fallador.

En primer término, digase que no constituye cargo alguno de error de hecho, "el antagonismo" existente entre los Tribunales Superiores de Antioquia y Medellín, con respecto a la situación probatoria que configura el proceso. Que la primera de esas corporaciones haya admitido la legítima defensa y la segurda no, es apenas una disparidad de criterios que, de suyo, no resulta apta para sustentar el cargo aquí propuesto. Recuérdese desde ya que el fallo del Tribunal se encuentra cobijado por la doble presunción de legalidad y acierto, debiendo ser, por ende, respetado, hasta tanto se demuestre que fue fruto de errores insalvables.

En segundo lugar, es claro que el actor desconoce que, como narran los testigos, la víctima se lanzó sobre el procesado, alcanzándolo a coger por el cuello. *Este hecho lo tiene por probado también el Tribunal*, por lo cual no se ve dónde radica la tergiversación de la prueba aducida por el demandante como fundamento del yerro de hecho.

Ahora bien: Si el sentenciador únicamente hizo "mención expresa" al testigo Conrado Villegas Mora (lo que le reprocha el censor), fue para afirmar que éste (*de modo contrario a lo que había sostenido el Tribunal de Medellín*) si corroboraba al procesado en lo que se refiere a "la esculecada" por parte de la víctima, hecho que pudo —según el

fallador— dar lugar a la causal de inculpabilidad ya mencionada, en relación con la cual nada dijo el casacionista.

En ninguna parte del libelo se demuestra que el sentenciador ignoró alguna prueba, que la supuso o que la desfiguró, por ejemplo, haciéndole decir a un testigo algo que no dice.

Lo que se percibe en el escrito de casación, es un disenso del demandante con las conclusiones que extrajo el Tribunal del haz probatorio obrante en el proceso. Para el actor esa prueba descartaba la legítima defensa, criterio justamente contrario al consignado en el fallo. Bien es sabido que cuando se presentan controversias de esta clase, el criterio judicial materializado en el fallo, siempre prevalece sobre el criterio del impugnante.

Por lo dicho, según acotación atinada del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el cargo elevado por el casacionista deviene "inexistente", en el sentido de que no se dio la distorsión de la prueba que arguye.

No prospera, pues, el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Lucengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COHECHO IMPROPIO

En el cohecho impropio el dinero se recibe o se acepta el ofrecimiento, por un acto que el funcionario debe efectuar en el desempeño de sus funciones, pero que debía realizar gratuitamente y sin embargo recibe por él una gratificación a todas luces indebidamente.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve de abril de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 40, abril 29 de 1993.

Vistos:

Mediante providencia del diecisésis de octubre de mil novecientos noventa y dos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia condenó al exjuez Jaime de Jesús Duque Arboleda, a la pena privativa de la libertad de ocho (8) meses de prisión, multa de tres mil pesos \$ 3.000,00 y a la accesoria de pérdida del empleo público oficial, como responsable del delito de cohecho impropio consumado en ejercicio de funciones como juez encargado del Juzgado Promiscuo Municipal de San José de la Montaña. Al sentenciado se le otorgó el beneficio de la condena de ejecución condicional, aunque únicamente en lo relativo a la pena privativa de la libertad.

Contra la decisión del Tribunal, el procesado por intermedio de su apoderado, interpuso y sustentó el recurso de apelación del cual habrá de ocuparse la Sala.

Episodio procesal:

Los hechos que originaron la investigación tuvieron ocurrencia en los últimos días del mes de noviembre de 1990 y vienen comprendidos así en la providencia recurrida:

"...La señora Teresita del Niño Jesús Mesa Arboleda se encontraba preventivamente detenida, por virtud de resolución del Juzgado Promiscuo Municipal de San José de la Montaña dictada en proceso instruido en su perjuicio por un delito de lesiones personales, en la cárcel municipal de esa localidad. Y el domingo 25 de noviembre de 1990 recibió en el reclusorio unas boletas manuscritas por su amante Luis Eduardo Agudelo Arboleda en las cuales le vaticinaba que el miércoles siguiente (noviembre 28) recobraría su libertad porque en visita practicada a dicho despacho judicial había dejado todo dispuesto para ese efecto. Siendo de advertir que unos quince días con antelación, mientras disfrutaba de un permiso, había tenido ocasión de encontrarse en la calle con su amigo Agudelo Arboleda quien le informó que "ya había dado la mitad de la plata a Jaime que le faltaba la otra mitad" y que tan pronto el juez titular terminara sus funciones, "por ahí a los dos o tres días me largaba". El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia designó por encargo al Secretario del Juzgado, señor Jaime de Jesús Duque Arboleda, como Juez Promiscuo Municipal de San José de la Montaña, investidura oficial de la cual tomó posesión el 26 de noviembre de 1990 y efectivamente, como lo había anunciado Agudelo a su amante Teresita del Niño Jesús, el miércoles 28 (dos días después de la posesión), el funcionario judicial procedió a calificar el mérito del sumario adelantado contra la citada mujer y si bien le formuló resolución de acusación, al propio tiempo le otorgó el derecho de excarcelación provisional bajo caución juratoria, la cual se hizo efectiva en la misma fecha. Posteriormente, en noviembre 30 de 1990, la misma Mesa Arboleda elevó queja contra Duque Arboleda ante la Personería Municipal de aquella localidad, y atribuyéndole el cargo de haber recibido dinero de manos de Luis Eduardo Agudelo con la exclusiva finalidad de que decretara su liberación provisional en el aludido proceso penal. Como presunto autor de estos hechos, Duque Arboleda fue legalmente vinculado al proceso mediante indagatoria".

Fundamentos de la sentencia del Tribunal:

El Tribunal Superior de Medellín, hace en su sentencia un juicioso análisis de la prueba aportada a los autos, para concluir de ella, que no obstante la negativa del procesado el exjuez Duque Arboleda y la de Luis Eduardo Agudelo de quien se afirma ofreció dinero al funcionario por la libertad de la señora detenida, la real comisión del hecho típico emerge en forma plena y satisfactoria, así como la responsabilidad penal del funcionario acusado.

Los elementos de convicción por su gran fuerza demostrativa, llevan al Tribunal a establecer como hecho cierto, que Jaime de Jesús Duque aceptó el ofrecimiento de una suma de dinero de manos de Luis Eduardo Agudelo como retribución por la realización de un acto que debía efectuar en ejercicio de sus funciones, como era la califi-

cación del sumario y la libertad provisional otorgada a la sindicada Teresita del Niño Jesús.

Advierte el Tribunal, que no obstante la negativa del juez y del copartícipe del hecho Luis Eduardo Agudelo, sobre la existencia de la conducta típica que se le imputa, es lo cierto, que Agudelo hizo saber personalmente a Teresita que había pagado una suma cierta por su libertad, y que Duque se había comprometido, una vez asumidas las funciones de juez a dejar en libertad a la sindicada, aspecto que ratificó por escrito en comunicaciones que dirigió a la cárcel y que Teresita acompañó a su denuncia.

Por eso, sostiene el juez *a quo*, que "... aquél dato relacionado con el cambio de juez y el encargo del secretario fue una auténtica realidad y no una afirmación brotada de la afirmación de Agudelo, como simplemente lo pretende hacer creer. Obsérvese, como sucedió efectivamente que tres días después de tomar posesión Duque Arboleda del cargo de juez, procedió a calificar el mérito del sumario y a decretar la libertad de Teresita, todo de acuerdo a los anuncios que Agudelo había hecho a la mujer. Ni coincidencia, ni imaginación; es el resultado de las negociaciones condonables que Agudelo y Duque habían celebrado en orden a que tan pronto éste pudiera regentar el despacho judicial, dispusiera la libertad de Teresita".

Y concluye la Corporación, expresando que "... la situación indicaría que en sentir de la Sala reviste excepcional poder probatorio, está edificada sobre las manifestaciones de Teresita, no negadas por Agudelo, mediante las cuales afirma que éste le hizo saber por escrito, que su liberación se produciría el miércoles 28 de noviembre, tan pronto el juez titular, hiciera dejación del cargo y fuera encargado del Despacho el secretario Duque Arboleda. Es que esta información se la suministró a Teresita el domingo 25 de noviembre y efectivamente de acuerdo a lo vaticinado, Duque Arboleda tomó posesión como juez encargado el 26 de noviembre y dos días después —el 28 de noviembre— expidió la calificación del sumario y decretó la libertad provisional de la mujer. Como los hechos sucedieron tal y conforme a los anuncios efectuados por Luis Agudelo a Teresita, no sólo de manera personal, sino también a través de los citados manuscritos, la conclusión obvia es que estos resultados no son fruto del azar, sino de la venta repudiabile de la función pública, pues tanta coincidencia no es admisible...".

De ahí que considerara el Tribunal al juez Duque Arboleda como responsable de un delito de cohecho impropio, pues no profirió decisión prevaricatoria ni contraria a los deberes propios del cargo, sino que realizó un acto jurídico ajustado por cuyo pronunciamiento recibió una suma de dinero por quien tenía interés en el proceso.

Alegaciones del recurrente:

El abogado encargado de la defensa al sustentar el recurso, analiza con su personal enfoque la prueba de cargo para negarle toda fuerza incriminatoria, expresando que no está debidamente comprobada la existencia de negociación para lograr la libertad de la señora sindicada, ni la entrega de dinero con tal fin, por lo cual puede sostener la inexistencia del hecho punible.

Refiriéndose a los medios de prueba que permitieron al juez proferir sentencia condenatoria, sostiene el recurrente que "...no desconozco ... que nazcan serias sospechas sobre la autoría y consumación del ilícito, pero de ahí a la existencia de plena prueba o de indicio que revista excepcional poder probatorio, existe abismal diferencia...".

Y al solicitar a la Corte la revocatoria de la sentencia recurrida, razona así:

"Uno de los elementos esenciales constitutivos de la figura delictiva acá investigada, es aceptar dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria directa o indirecta. Careciendo en forma absoluta dentro del sumario este elemento de prueba que permita establecer su existencia, cómo puede proferirse sentencia condenatoria? Su proceder fue ajustado a derecho y en razón de ello la providencia recibió confirmación del superior inmediato. Todo está dentro del marco de la legalidad y la recta aplicación de la justicia. Para sacarlo de ahí y llevarlo al campo de la punibilidad, sólo hace falta el elemento *dinero recibido*, que es justamente el que carece de prueba en todo el plenario, con fundamento en qué se condenó entonces?...". De ahí que impetre la absolución de su asistido.

Consideraciones de la Corte:

El delito de cohecho impropio —denominado por Carrara—, "baratería" y por el cual viene condenado el exjuez Duque Arboleda, descrito y sancionado en el artículo 142 del C. F. lo integran los siguientes elementos:

- a) Un sujeto activo cualificado, que ostente la calidad de funcionario o empleado público;
- b) Que ese sujeto activo reciba para si o para un tercero dinero o cualquier otra utilidad o acepte promesa remuneratoria directa o indirecta.

No es necesario, que se reciba el dinero; es suficiente, con que se acepte la promesa aunque ésta no se cumpla; ni es indispensable, que el funcionario realice el acto ofrecido. Basta el acuerdo de voluntades encaminado a vender y comprar la justicia;

c) Que la dádiva o la promesa se reciba o se acepte por un acto que el funcionario deba ejecutar en el desempeño de sus funciones;

d) Que el precio o promesa sean indebidos, esto es, que no se deban al empleado o funcionario por estipendios o cualquier otro reconocimiento legal. El monto y la calidad de lo que se da o se ofrece es indiferente.

Cuando quiera que en un caso dado se reúnan estos presupuestos, el hecho es constitutivo de un delito de cohecho y consecuencialmente quien lo comete se hace merecedor al reproche penal.

Se trata de proteger la administración pública, su buen nombre y su prestigio, de actos corruptos de funcionarios o empleados que por una dádiva o una promesa de remuneración futura, venden la función oficial. Se sanciona en este tipo penal de cohecho improPIO la conducta del funcionario que recibe el dinero o acepta la promesa remuneratoria a cambio de cumplir con sus deberes oficiales y a sabiendas de que el beneficio recibido o por recibir, es indebido.

La Sala examinará en consecuencia, si en el proceso los elementos integrantes del tipo penal a que se ha hecho referencia, están señalados convenientemente.

Jairme de Jesús Duque Arboleda secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de San José de la Montaña, fue encargado provisionalmente del Juzgado ante una ausencia temporal del titular del Despacho. Su personalidad asume perfiles desfavorables, pues era irresponsable en el cumplimiento del deber, indelicado y dado al consumo de bebidas embriagantes, aún en horas de trabajo.

La doctora Gloria Ospina Rendón (fl. 173) quien fuera su superior afirma que con ella fue muy irrespetuoso: "...él empezaba aingerir licor a las doce del día cuando salía de la oficina y ya regresaba mal a las dos de la tarde. En cuanto a la responsabilidad mientras yo estaba al pie de la oficina lo hacía bien, trataba de trabajar, pero en mis ausencias me contaban las personas así del pueblo que lo veían embriagado, al reclamarlo se enojaba conmigo...".

Nada supo la funcionaria de comportamientos deshonestos de su secretario.

El doctor Gonzalo Echeverry Arcila, actual titular del Juzgado (fl. 158), cripicza por afirmar que no tiene amistad ni trato con su secretario Duque porque sus principios se lo impiden. Agrega que el comportamiento de su subalterno "deja mucho que desechar" y que buena parte de los procesos que allí se adelantan "sufren del virus de la reserva sumarial", porque el secretario informa a los interesados los resultados de las investigaciones. Así declara el testigo, dado su interés por el mejoramiento de la "deteriorada y despreciada administración de justicia".

Al folio 154 vuelto aparece el testimonio del doctor William García, superior que fue del acusado Duque y a quien no le consta que éste exigiera dinero por la realización de actos propios de sus funciones; pero agrega: "Laboralmente tuve que suspenderlo como dos o tres oportunidades por problemas con el alcohol...".

En la ciudadanía de San José de la Montaña, se tenía en general mal concepto del exjuez Duque y se le consideraba como funcionario anormal.

Belisario Jaramillo Velásquez, personero municipal dice al folio 48 del sumario, refiriéndose al sentenciado: "...en la población se han escuchado varios comentarios acerca de las conductas irregulares que él ha observado como son, el no guardar buena ética profesional, recibir dádivas o mejor dicho dineros por algún procedimiento que se realiza en el Juzgado. En mi despacho han sido formuladas varias quejas por esos comportamientos que acabo de mencionar las cuales han sido enviadas a la Procuraduría Regional...".

Esta venalidad del funcionario era tan conocida en la población, que José Domingo Restrepo (fl. 49 vto.) admite que cuando Luis Eduardo Agudelo lo comentó que quería ayudar a Teresita quien se hallaba detenida, le aconsejó que le ofreciera dinero al exjuez Duque para conseguir la libertad de la sindicada, "...yo conociendo a don Jaime le dije a don Luis Agudelo que le ofreciera a don Jaime que tal vez así la soltarían...", son sus palabras textuales y agrega: "Pues según claro que dicen porque yo no presencie ese caso, se comentó que fueron veinte mil pesos, una misera moneda...".

Y de este funcionario Duque Arboleda, de quien se pregonó un comportamiento contrario a la ley, y a la moral, de actuaciones que dejan mucho que desechar, como lo expresa César Augusto Lopera, alcalde municipal, es a quien Teresa del Niño Jesús acusa de haber recibido dinero por decretar su libertad.

Esta señora bajo la gravedad del juramento, afirma que Luis Eduardo Agudelo quien la pretendía sexualmente le hizo saber en carta dirigida a la prisión, "...que estuviera tranquila, que la libertad mía estaba muy cerca porque Jaime el secretario del Juzgado le había dicho que apenas el juzg se fuera me daba la libertad, porque él le había dado cincuenta mil pesos o sea la mitad y apenas me largara o sea el miércoles, le daba los otros cincuenta mil pesos, porque eran cien mil pesos...en un permiso que me dieron para ir a mi casa me encontré con don Luis en la heladería El Mástil y me comentó que ya le había dado la mitad de la plata y tanto que yo le dije a él que no diera plata que yo no quería salir por plata, que quería una libertad que me la mereciera limpiamente...".

Agrega, que diversas personas entre ellas su propia madre, que se enteraron de lo sucedido por comentarios de Luis Alberto Agudelo,

le reprocharon la manera como había salido de la cárcel, mediante el pago de dinero. Y cuenta que después de dejar la prisión, expresó su inconformidad ante el personero municipal por la libertad de que disfrutaba, que consideraba no merecida, sino obtenida por el dinero que Luis Eduardo entregara al funcionario.

Para corroborar la veracidad de su dicho, presentó Teresa una carta a ella dirigida y suscrita por Luis Eduardo Agudelo, en la cual luego de hacer éste profundas manifestaciones de amor hacia Teresa y formularie reclamos por su indiferencia, le dice:

"... También te cuento que hoy fui al Juzgado antes que el juez se fuera y me dijo que él dejaba todo listo para su libertad, y Jaime me dijo que el miércoles la largaba, que él la llamaba para que firmara unos papeles, espero que hablemos antes de ir a tu casa, él quedó que el miércoles la dejaba libre, no le cuente a nadie...".

Y en realidad, consta en autos que Jaime Duque se encargó del Juzgado el lunes 26 de noviembre, y el miércoles 28 (dos días después) como lo había prometido, calificó el mérito legal del sumario y decretó la libertad de la sindicada.

Luis Eduardo Agudelo en su declaración indagatoria, acepta la autenticidad de la carta, admite que él la escribió y la hizo llegar a Teresa al lugar de su reclusión, pero expresa que el contenido de la misiva no es cierto y que sólo expresó "bobadas", "cosas sin ningún sentido", "una cosa que yo saqué para consolarla a ella".

Niega, que se hubiera entrevistado con el juez Duque, aunque admitió ser amigos y del mismo modo niega que hubiese entregado u ofrecido dinero para comprar la libertad de Teresa.

El exjuez Duque, niega haber obrado por precio o promesa remuneratoria, pero acepta que Luis Eduardo Agudelo lo visitó en el Juzgado para indagar por la situación jurídica de Teresa "...y yo le dije que esperara que había que eso había que resolverle que eso no era de carrera, que eso había que estudiarlo muy bien porque eran unas lesiones muy delicadas y me puse a pensar, ese señor tan viejo, por qué pregunta por esa muchacha...".

Agrega, que en cambio, un hermano de Teresa sí estuvo en su despacho ofreciéndole cien mil pesos por la libertad de su hermana, propuesta que rechazó airadamente ...".

Con estas premisas y dada la fuerza demostrativa de la prueba de cargo ya comentada, es necesario concluir que asiste razón al Tribunal Superior de Antioquia, cuando advierte la existencia de un comportamiento punible, de un acto venal y corrupto realizado por el exjuez Duque en perjuicio de la administración de justicia.

Todo en los autos confluye a establecer que la conducta del funcionario estuvo revestida de ilegalidad, al aceptar dinero por un acto que debía realizar en cumplimiento de su deber legal. Repugna moralmente tal proceder y legalmente resulta delictuoso que con quebrantamiento del principio de la gratuitad se reciba dinero, se acepte promesa remuneratoria por la realización de una actuación procesal que no causa erogación alguna.

Es verdad, como lo afirma el recurrente que no se determinó en el proceso ni se acreditó en forma plena la suma cierta de dinero recibida por el procesado u ofrecida a éste. Tal aspecto resulta irrelevante, porque es lo cierto y así lo pregonó el acervo probatorio, que existió la indebida negociación, sin que interese para la configuración del hecho punible, el monto de lo recibido o el cumplimiento de la promesa remuneratoria.

Asiste igualmente la razón a la defensa, cuando afirma que el acto realizado por el exjuez acusado, no fue arbitrario ni contrario a la ley, porque la libertad de Teresita era la decisión a adoptar en derecho.

Pero olvida el recurrente, que a su asistido no se le juzgó por un cohecho propio que sí demanda un ingrediente subjetivo como es el compromiso del funcionario venal de omitir un acto propio de sus funciones o realizar uno contrario a los deberes oficiales, todo por un precio o promesa remuneratoria.

En el cohecho impropio que es el que ocupa la atención de la Sala, el dinero se recibe o se acepta el ofrecimiento, por un acto que el funcionario deba efectuar en el desempeño de sus funciones, pero que debía realizar gratuitamente y sin embargo recibe por él una gratificación a todos luces indebida, como sucedió en el caso de estudio.

En estas condiciones, puede afirmarse como lo entendió el Tribunal Superior de Antioquia que la responsabilidad penal de Jaime de Jesús Duque Arboleda vino a verse plenamente establecida con los elementos de prueba cuya validez no pone en tela de juicio el recurrente y cuya fuerza de convicción no puede verse desvirtuada con la simple negativa del incriminado.

Surge de lo anterior, que la sentencia recurrida que declaró la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, tiene base suficiente y legal y por tanto debe ser confirmada.

La Sala considera bien graduada la pena principal en ocho meses de prisión y de manera especial la aplicación de la pena accesoria de la pérdida del cargo público u oficial, pues funcionarios de la categoría del acusado, mancillan y deshonran la administración de justicia.

Discrepa si la Sala del otorgamiento del soterrado de la condena de ejecución condicional, pues no puede desconocerse como lo afirma

el propio Tribunal acogiendo el concepto de su Fiscal colaborador "...que para el medio y entorno donde desempeñó sus labores, su posición era destacada y causa gran alarma social la venalidad del funcionario que hace perder la credibilidad en la administración de justicia...".

No obstante lo anterior, por ser el procesado el único recurrente, la sentencia no podrá ser modificada en su porjuicio por impedirlo expresamente el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Se confirmará en consecuencia en su integridad el fallo recurrido.

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,

Confirma en todas sus partes la sentencia recurrida a nombre del procesado Jaime dc Jesús Duque Arboleda, de fecha, origen y naturaleza ampliamente conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Lusenqas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REO AUSENTE / DERECHO DE DEFENSA / NULIDAD

1. Tratándose de sindicados que deben ser citados para ser escuchados en indagatoria, es necesario esperar los informes que se indiquen que ha sido imposible su ubicación, para entonces en tales circunstancias sí proceder a ordenar al respectivo emplazamiento y posterior declaratoria de ausencia; por tanto, primero se deben agotar todos los esfuerzos necesarios para localizar al sindicado, pues proceder de manera distinta sería vulnerante del derecho de defensa. / 2. No debe olvidarse uno de los principios que regulan la declaratoria de las nulidades, denominado de protección, según el cual la parte que con su negligencia, torpeza o su propio querer ha dado lugar a la irregularidad procesal no puede alegarla en su favor para pretender beneficiarse de ella, pretendiendo se declare una nulidad. / 3. El Estado garantiza el derecho de contradicción y de defensa, pero si el interesado es reacio a ejercerlo, no se podría posteriormente imputar como falta o defecto del Estado el que no lo hubiere ejercido.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Cusación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta de abril de mil novecientos noventa y tres.

Magistrados ponentes: Doctores Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda.

Aprobado Acta número 036.

Vistos:

Por sentencia del 23 de agosto de 1991, emanada del Juzgado Noveno Superior de Medellín se condenó a Argemiro Marín Franco a la pena principal de 15 años de prisión como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Manuel José Zapata.

La anterior decisión fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior de Medellín el 25 de octubre del mismo año.

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

Presentada la demanda fue declarada ajustada a las exigencias legales y se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien solicitó se casara el fallo impugnado.

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

Hechos y actuación procesal:

1. Luego de llevar una muy estrecha amistad, entre Argemiro Marín Franco y Manuel José Zapata comenzaron a surgir discrepancias por un litigio de aguas que corrían por los predios de los protagonistas. En varias ocasiones llegaron a las vías de hecho y hubo entrecezamiento de denuncias penales, que culminaron con la muerte de Zapata el 28 de noviembre de 1971 en las horas de la mañana.

2. El proceso penal se abrió por auto del 29 de noviembre de 1971; y a él fueron vinculados Javier Marín Franco y Argemiro Marín Franco. El primero fue indagado el 2 de diciembre de 1971 y cinco días después se decretó su detención preventiva; sin embargo, el 30 de junio del año siguiente se lo sobreseyó temporalmente.

En lo que respecta a Argemiro Marín Franco fue citado el 7 de diciembre de 1971; en su contra se dictó auto de detención el 12 de enero de 1972; el 6 de agosto siguiente se le declaró sindicado ausente; el 8 de noviembre del mismo año nuevamente se ordenó su detención preventiva.

Contra el mismo Argemiro Marín Franco se abrió causa criminal el 28 de enero de 1991, por el delito de homicidio calificado, habiendo sido declarado persona ausente en el juicio mediante auto del 1^o de abril del citado año.

El Tribunal Superior de Medellín confirmó la resolución acusatoria en providencia del 24 de junio de 1991.

El 12 de julio siguiente se realizó la diligencia de audiencia pública y las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia se omitieron el 23 de agosto y el 25 de octubre del mencionado año.

La demanda:

Contiene dos cargos, ambos al amparo de la causal tercera; el primero por la presunta existencia de una violación al derecho de defensa, por haberse adelantado en su mayor parte la investigación sin que se hubiese vinculado legalmente al proceso a Argemiro Marín Franco.

Argumenta así el censor: "El procesado fue vinculado tardíamente al proceso, cuando ya se habían arrimado al mismo numerosos elementos de convicción, que sirvieron para fundamentar la sentencia condenatoria. La prueba basilar se recogió a espaldas del condenado, sin su vinculación legal al proceso, y por ende, sin la presencia del apoderado de oficio. Los principios de publicidad, igualdad, contradicción, tutelares de nuestro ordenamiento procesal, fueron desconocidos en toda su dimensión. No menos ostensible es la irregularidad lesiva del derecho de defensa, de proferir medida precautelativa de detención jurídica, sin la declaratoria de reo ausente y sin la previa designación del apoderado de oficio. En el caso que nos ocupa, no puede hablarse de defensaiciente sino de absoluta falta de defensa, ya que se adelantó toda la instrucción sin que el imputado hubiese sido legalmente vinculado al proceso".

Plantea de manera similar un segundo cargo, también por violación del derecho de defensa, que hace consistir en no haber contado el procesado con un defensor, ni en el momento de resolvérsele la situación jurídica provisional, ni en el momento de la calificación del proceso, sobre la base de que venía siendo representado por el doctor Gabriel Vallejo Ospina a quien se le cortó traslado por cierre de la investigación el 12 de diciembre de 1990 y el proceso se calificó el 26 de enero de 1991, sin que pudiera contar con asistencia jurídica puesto que el abogado que prestaba tales servicios desde el 13 de septiembre de 1972, había fallecido víctima de un homicidio el 16 de agosto de 1988, pero antes venía ejerciendo el cargo de notario, sin que los juzgadores de las instancias hubieran advertido estos hechos y, por tanto, desde el 16 de agosto de 1988 resultó físicamente imposible que pudiera tener defensor.

Termina solicitando se case la sentencia a partir del auto de cierre de la investigación y se decrete la prescripción de la acción penal.

Criterio del Procurador Delegado:

Solicita se case la sentencia con base en las siguientes argumentaciones:

"Si bien se alega una nulidad por violación al derecho de defensa, y el procesado fue vinculado al ser declarado sindicado ausente cuando ya se había recogido parte del material probatorio, no por esto podemos considerar que existe un quebrantamiento al derecho de defensa, por estas razones fundamentales que se exponen: Si bien es cierto algunos procesalistas nacionales sostienen esa tesis, ello ocurre cuando el sujeto indiciado, por vincular, está en condiciones reales de entrar al proceso para ejercer los actos de defensa que le permite el sistema legal del procedimiento. Es decir la 'vinculación tardía' —como la llama Bernal Cuellar— even-

tualmente restringiría las posibilidades de conocer las pruebas de cargo, discutirlas, presentar descargos y pruebas de favor, en una actividad defensiva de garantía de los derechos esenciales del reo. Pero es evidente que ello debe ser valorado con un moderamen especial, de modo tal que se perciba la mengua en la actividad defensiva. Ello, parece a la Delegada, no sucede cuando el procesado es reo ausente, y tiene que ser vinculado en contumacia puesto que en ese caso, no cabe decir de conocer la acusación, ni enterarse de las pruebas de cargo, ni controvertir el acervo de pruebas al menos de manera directa. Si se supone que la vinculación procesal fija (por emplazamiento de contumacia) con la designación de defensor de oficio suple esa actividad de defensa, se puede responder válidamente que ello no será cierto en cuanto el hecho de estar ausente el imputado impedirá desplegar una actividad de defensa suficiente e idónea por ausencia de conocimiento sobre los hechos fundamentales de la imputación, y de los medios de prueba disponibles para rebatir los cargos. Incluso a pesar de que se inició el trámite siendo emplazado, y aunque no se le vinculó en un principio por no haber sido declarado reo ausente, al momento de definirse la situación jurídica se le nombró defensor de oficio quien participó en la práctica de algunas pruebas como la diligencia de confrontación entre Marco Antonio Flórez Sánchez y Javier Marín y presentó alegatos de conclusión al momento del primer cierre de investigación penal.

"Lo fundamental radica en que se corrigió el trámite, el procesado fue vinculado legalmente, el cual nombró defensor que estuvo presto en lo posible a defender sus intereses. Por esta razón no vemos en qué medida se hubiese vulnerado el derecho a la defensa con la tardía vinculación que alega el demandante máxime que los hechos tuvieron ocurrencia el 28 de noviembre de 1971, y el 17 de enero de 1972, ya tenía defensor legalmente posesionado que comenzó a actuar a pesar de que el señor Marín no había sido vinculado legalmente.

"Las razones anteriores nos permiten concluir manifestando que el cargo no puede prosperar.

"Segundo cargo.

"Se alega que se presenta una nulidad por violación al derecho de defensa, teniendo en cuenta que cuando se calificó el mérito del sumario por segunda vez, el defensor ya había muerto, razón por la cual el procesado no contó con apoderado que alegara a su favor.

"En materia penal, la ley ha consagrado dos tipos de defensa, la técnica que es la que realiza el profesional del

derecho que defiende dentro del proceso penal, y la de tipo material que es la que realiza el procesado a lo largo de la investigación y el juicio, que va desde la misma indagatoria, hasta la audiencia pública e incluso la segunda instancia, y en el recurso extraordinario de casación.

"Revisado el proceso en cuestión para determinar si existe violación al derecho de defensa que constituye una de las garantías fundamentales de la persona sometida a proceso, impuesta en la Constitución Nacional —art. 29, párrafo 4º— y desarrollada en la ley procesal vigente, se encuentra lo que seguirá en orden al tema de la defensa del procesado condenado:

"Abierta la investigación penal, al momento de calificarse el sumario por primera vez y percatándose el Juzgado Noveno Superior que el señor Argemiro Marín Franco no había sido vinculado legalmente, ordenó que así se hiciese lo que en efecto ocurrió el 16 de agosto de 1972. No obstante desde el 17 de enero de 1972, se había posesionado como defensor de éste y venía actuando como tal el doctor Gabriel Vallejo Ospina. Posteriormente se cerró la investigación por segunda vez el 12 de diciembre de 1990, y se calificó el sumario el 28 de enero de 1991, llamándose a responder en juicio al señor Argemiro Marín Franco.

"Dentro del expediente se demostró que el doctor Gabriel Vallejo Ospina falleció en la ciudad de Medellín el 17 de agosto de 1988, razón por la cual al momento del cierre de la investigación ya no podía actuar en favor del señor Argemiro Marín Franco.

"La ausencia del defensor en la etapa de calificación del sumario resulta definitiva 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 ofrece otra etapa del proceso, crece la Delegada que el criterio válido 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 general del derecho a defenderse, sino 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 adecúa 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 proceso, que es única e irrepetible en cuanto actividad procesal, se carece de defensa técnica, 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 el 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 precluye 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 accentuado vigor la defensa de carácter técnico.

"En el caso en estudio es claro que el defensor no podía presentar alegatos de conclusión, por cuanto había muerto dos años atrás, por lo que en este caso y en relación con este tópico es flagrante la imposibilidad que tuvo el procesado de ejercer su derecho a la defensa, a partir del auto que declaró cerrada la investigación penal inclusiva, momento en que se corre traslado al defensor técnico para que alegue defensivamente. Esta nulidad a la vez conlleva a que se deba declarar la prescripción de la acción penal, por las razones que a continuación nos permitimos presentar:

"Los hechos tuvieron ocurrencia el día 28 de noviembre de 1971 y de acuerdo con nuestro Código Penal, la acción penal prescribe en un término igual al máximo establecido en la respectiva disposición legal, pero en ningún caso podrá ser superior a 20 años. A la fecha han transcurrido más de 20 años sin que se hubiese proferido resolución de acusación en contra del procesado, por cuanto el pliego de cargos que existía en contra de Argemiro Marín Franco decae al presentarse la nulidad que retrotrae el proceso al cierre de investigación penal correspondiente".

Consideraciones de la Sala:

Para determinar el acierto o desacierto de los cargos conviene recordar que los hechos delictivos tuvieron ocurrencia el 28 de noviembre de 1971; que por auto del 11 de diciembre se ordenó el emplazamiento del ausente, Argemiro Franco Marín, y que el 12 del mismo mes se fijó el correspondiente edicto emplazatorio. Así mismo es de observar que el 12 de enero de 1972 se le dictó auto de detención, y

sin que previamente se lo hubiera declarado persona ausente, se le designó como defensor de oficio al doctor Gabriel Vallejo Ospina.

Por otra parte, el 9 de mayo de 1972 se cerró la investigación y el apoderado de los sindicados solicitó sobreseimiento definitivo para el detenido y temporal para el ausente. En efecto, el 30 de junio de 1972 se sobreseyó temporalmente a Javier Marín Franco y se ordenó vincular en debida forma a Argemiro Marín Franco. En consonancia, por auto del 16 de agosto de 1972 se le declaró persona ausente; y luego, en proveído del 8 de noviembre se decretó su detención preventiva. En tales condiciones el 12 de diciembre de 1990 se cerró la investigación, y el 28 de enero de 1991 el Juzgado Noveno Superior de Medellín dictó resolución de acusación por el delito de homicidio calificado.

De las fechas destacadas con anterioridad se concluye que entre la ocurrencia de los hechos y la designación del defensor de oficio para que representara los intereses del contumaz transcurrieron exactamente 43 días, término que la Sala no considera como una vinculación tardía, con el alcance que plantea el censor, puesto que a partir de ese momento los intereses de Argemiro Marín Franco estuvieron representados por un profesional del derecho. Situación que no se modifica por el hecho de que desde el punto de vista formal se hubieran tenido que subsanar la inicial vinculación del citado procesado.

Ahora bien, en cuanto a ese trámite debe recordarse que en tratándose de una persona que no ha podido ser localizada, es necesario que se agoten las pesquisas adelantadas por las autoridades policivas para lograr su captura y que hayan avisado negativamente sobre los esfuerzos realizados; o tratándose de sindicados que deben ser citados para ser escuchados en indagatoria, es necesario esperar los informes que se indiquen que ha sido imposible su ubicación, para entonces en tales circunstancias sí proceder a ordenar el respectivo emplazamiento y posterior declaratoria de ausencia; por tanto, primero se deben agotar todos los esfuerzos necesarios para localizar al sindicado, pues proceder de manera distinta sería vulnerante del derecho de defensa, en la medida en que la posibilidad de ejercerlo es mayor con la presencia física dentro del proceso; así lo han reiterado el propio legislador, la jurisprudencia y la doctrina. Es por ello que proceder a realizar emplazamiento y a la posterior declaratoria de ausencia sin que previamente se hubieran hecho los esfuerzos de búsqueda además de que quebrantan el debido proceso, vulneraría el derecho de defensa, porque se estaría dando carácter de contumaz a quién posiblemente sí tiene interés en presentarse ante las autoridades para ejercer la defensa material y disponer de los auxilios profesionales pertinentes para garantizar la defensa técnica. Aún en el caso de que el sindicado sea renuente siendo renuente a tal presentación personal ante las autoridades de la justicia, al Estado le corresponde finalmente el deber de garantizar el derecho de defensa, realizando todos los esfuerzos para lograr la captura y que con ella se cumpla una de su múltiples fina-

lidades, la de procurar la presencia física del sindicado en el proceso y de esa manera darle todas las garantías legalmente previstas en relación con la real existencia de una defensa material y técnica.

El hecho de que mientras se adelantan averiguaciones y gestiones para realizar la captura se practiquen pruebas tendientes al descubrimiento de la verdad histórica de los hechos que son motivo de investigación, no puede servir de base para afirmar que se vulnera de esta manera el derecho de contradicción y consecuencialmente el de defensa, porque la rebeldía es un acto voluntario del ciudadano sindicado y él debe responder de las consecuencias de sus propias acciones; y no podría imputarse al Estado, ni a sus funcionarios de instrucción, presuntas violaciones de los derechos y garantías procesales, cuando si ellos no se ejercen es por la propia voluntad del sindicado que con su rebeldía impide el ejercicio pleno en su favor del derecho de contradicción y de defensa.

En relación con ese punto no debe olvidarse uno de los principios que regulan la declaratoria de las nulidades, denominado de protección, según el cual la parte que con su negligencia, torpeza o su propio querer ha dado lugar a la irregularidad procesal no puede luego alegarla en su favor para pretender beneficiarse de ella, pretendiendo se declare una nulidad.

Este principio está debidamente concretado en el aforismo latino "*nemo auditur turpidenem allegans*"; en relación con el cual la doctrina y la jurisprudencia universal ha establecido una única excepción, y es la imposibilidad de alargarlo cuando ello afecta el derecho a la defensa. Con tal argumento podría afirmarse que precisamente este es uno de tales eventos; pero ello no es así, ni puede serlo porque las acotaciones de la jurisprudencia y de la doctrina hacen relación al hecho que el defensor de confianza o el designado por el Estado no cumplen con los deberes profesionales que le impone el ejercicio ético de la abogacía; actitud que impediría al procesado afectado en sus derechos defensivos, alegar la violación de ese derecho sustancial vulnerado por la negligencia e irresponsabilidad profesional de su defensor.

Pero el caso que aquí se plantea es totalmente diverso, porque en palabras más, palabras menos, la pretensión de la nulidad alegada se concretaría en que bastaría que el sindicado decidiera la vía de la renuencia para que el Estado perdiera el derecho de ejercer el derecho constitucional de accionar penalmente a través de la investigación y ello evidentemente no es así.

El Estado garantiza el derecho de contradicción y de defensa, pero si el interesado es reacio a ejercerlo, no se podría posteriormente imputar como falta o defecto al Estado el que no lo hubiere ejercido.

En las condiciones precedentes y tal como lo solicita la Procuraduría Delegada se rechazará el cargo formulado en primer lugar.

Para la mayoría de la Sala, tampoco el segundo cargo está llamado a prosperar según se infiere de las siguientes consideraciones:

No obstante el minucioso recuento procesal que vienen de hacer el actor y el Ministerio Público y que en buen grado sintetiza hasta aquí esta sentencia, de él procede destacar que hasta la fecha en que se acredita ocurrido el fallecimiento del doctor Gabriel Vallejo, su intervención procesal en representación del ausente Argemiro Marín Franco se había previsto mediante auto de enero 12 de 1972 que definió la situación jurídica del imputado antes de declararle formalmente ausente a raíz del cumplimiento cumplido. Su posesión se hizo constar al folio 60 vuelto, y su activo interés en el proceso aparece en diligencia de careo de folios 69 y siguientes, luego en las de folios 74 vuelto, 77 y 78 vuelto y 108, haciendo inclusive concreta solicitud de pruebas en favor de Argemiro al folio 81.

Luego de preferirse por parte del Juzgado la providencia calificatoria del 30 de junio de 1972 en que se hizo notoria la defectuosa vinculación del anotado procesado, disponiéndose su reposición, el Juzgado Municipal de Barbosa, comisionado al efecto declaró formalmente y mediante auto de agosto 16 siguiente la ausencia de Argemiro Marín designándole de nuevo al mismo profesional doctor Vallejo Espina como su defensor, a quien se posesionó el 13 de septiembre del mismo año.

De nuevo se decretó la detención preventiva del procesado y se prosiguió con el recaudo de pruebas hasta el once de mayo de 1973, fecha en que la actuación se interrumpe abruptamente para y sin más explicaciones para reactivarse con el nuevo cierre instructivo del 12 de diciembre de 1990, y el auto de proceder de enero 28 de 1991.

Según de lo anotado puede verse, ninguna actuación distinta a esa clausura de la investigación vino a quedar en la acusada situación de desamparo técnico, como tampoco de allí en adelante se observa desatención profesional para el procesado, pues sin que Argemiro Marín se hiciese presente a recibir notificación personal del pliego acusatorio, su cumplimiento se produjo como aparece al folio 185 del primer cuaderno declarándose formalmente su rebeldia el 1º de abril de 1991, designándose y posesionándose como su defensor de oficio al abogado Carlos Mario Palacio quien recibió notificación del auto de proceder el día 23 del mismo mes —fl. 195—, entrando a contar desde allí con amplia posibilidad de impugnar tanto ante el a quo como ante el Tribunal la pieza procesal calificatoria mediante la proposición de las razones que sobre el mérito del sumario su fallecido colega no hubiera podido expresar, pese a lo cual se guardó silencio, consintiéndose como consecuencia el pliego acusatorio.

En firmar esa decisión, el acusado designó un nuevo defensor de su confianza, quien desplegó amplia actividad plantando la nulidad de la actuación, solicitando la cesación de procedimiento por prescripción e interponiendo recurso contra la decisión que contestó adversamente este segundo peritamiento, oportunidad que le sirvió para replantearle al Tribunal la invalidación de lo actuado.

Fracasado en este esfuerzo, intervino acusosamente dentro de la audiencia pública, e impuesto del fallo adverso lo recurrió en segunda instancia, trayéndose por último la causa ante la Corte mediante la interposición del extraordinario recurso de casación.

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 cuáles fueron las pruebas omitidas en detrimento del procesado, o cuáles aquellas que contrariando sus derechos se acopiaron, ni de explicar por qué la posibilidad de conocer e impugnar el auto acusatorio no suplía la ausencia del fallecido abogado en las alegaciones precalificadorias, lo cierto es que las garantías constitucionales todas de ser oido, 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 a Argemiro Marín.

Eludiendo este debate y su demostración, se dice entonces que el verdadero derecho del procesado radicaba como aparece ahora en la actual Carta Constitucional —art. 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.

Contrariamente a lo argumentado por el censor, ha tenido ya ocasión la Sala de afirmar en precedencia que son los parámetros fijados en la Constitución vigente a la fecha del proceso los que resultan aplicables para regir la actuación, de modo que si en la Carta anterior no aparecía la exigencia del ahora inciso cuarto del artículo 29 superior, la ocasional inactividad o ausencia del defensor en el sumario no puede trascender *a posteriori* en invalidación de lo actuado a partir de ese instaurar episodio de abandono.

Así por ejemplo se sostuvo con ponencia del Magistrado doctor Dílimo Pérez Velánóta que la garantía de la defensa técnica debía:

“...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 consagrarse el debido proceso, no señalaba en qué consistía éste, dejando tal cometido a la ley procesal. Esta 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 del C. de 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 proscrita 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 omite '*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 convertir 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; estas 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 si 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' (Magistrado

ponente doctor Edgar Saavedra Rojas, sentencia de octubre 29 de 1986, G. J. número CLXXXV, número 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 pre establecido y con sujeción al alcance interpretativo que del mismo había señalado la jurisprudencia de la Corte" (Sentencia de noviembre 18 de 1992).

Lo anterior compagina con amplitud respecto de la advertencia que en Sala Plena hizo la Corte con motivo de un pronunciamiento en sede de control constitucional —julio 25 de 1991, Magistrado ponente doctor Pedro Escobar Trujillo— al afirmar que la pretensión de aplicar la nueva Carta a situaciones superadas o cumplidas bajo la Constitución anterior ocasionaría 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 el caso de "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...". Por ello destacó que "... 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*'".

También y dentro del mismo orden de ideas sostuvo la Sala en decisión de diciembre 15 de 1992 con ponencia del Magistrado Juan Manuel Torres Fresneda y refiriendo a caso que viene a guardar amplio paralelismo con el presente, que pretender el regreso a la etapa precalificatoria, so pretexto de otorgar amplias garantías que en trámite subsiguiente fueron redivivas como sucedió aquí con la amplia posibilidad otorgada para impugnar la decisión calificatoria, resulta imposible de auspiciar por parte de la Sala, pues

“... lejos de reconocerlo igualdad al procesado para el ejercicio de su defensa técnica ya amplia y debidamente satisfecha, se estaría abriendo camino a un verdadero desequilibrio, concediéndole 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 pleno de completa ‘igualdad’ (Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2)”.

Las razones abundan, pues, para desestimar la nulidad pedida, y ello conduce a que el segundo cargo no prospere.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, 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.

Cópíese, notifíquese devuélvase y címplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, con aclaración de voto; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, con salvamento de voto; Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA (ACLARACION DE VOTO)

La exigencia constitucional no puede tomarse en el sentido de que la falta de defensor —(por muerte del abogado o renuncia al poder etc.)— durante un tiempo en el cual no se realiza ninguna actuación, genera automáticamente nulidad; y si en ese lapso se practican diligencias, es necesario evaluar la trascendencia de las mismas con relación al respeto debido al derecho de defensa.

Con el debido respeto, me permito explicar que he votado la ponencia porque considero que ninguno de los cargos formulados amerita su prosperidad. Sin embargo, como en ella se transcribe una decisión anterior de fecha noviembre 18 de 1992, respecto de la cual salvé voto, es preciso que aclare que sigo teniendo el criterio expuesto en esa oportunidad y que para este caso, que es sustancialmente diferente, se había podido prescindir de esa referencia, ya que en mi opinión no tiene nada que ver con el tránsito de normas constitucionales, ni con la práctica de pruebas.

La exigencia constitucional no puede tomarse en el sentido de que la falta de defensor —(por muerte del abogado o renuncia al poder etc.)— durante un tiempo en el cual no se realiza ninguna actuación, genera automáticamente nulidad; y si en ese lapso se practican diligencias, es necesario evaluar la trascendencia de la misma con relación al respeto debido al derecho a la defensa, punto este que es fundamental para estar de acuerdo en la solución dada al presente asunto.

Fecha *ut supra*.

Ricardo Calvete Rangel, Magistrado.

**CALIFICACION (SALVAMIENTO DE VOTO)
/ DEBIDO PROCESO (SALVAMIENTO DE VOTO)
/ NULIDAD (SALVAMIENTO DE VOTO)**

Considero la calificación del proceso como una de las etapas determinantes, por ser allí donde se decide si se formulan o no cargos; es el momento en el cual las argumentaciones planteadas por los sujetos procesales pueden resultar trascendentales para determinar el criterio del juzgador. / El derecho de defensa es una de aquellas garantías que no puede ser convalidada, ni siquiera por el consentimiento del propio interesado, puesto que se trata de un derecho que ha de garantizarse aún contra la propia voluntad del procesado. / El numeral primero del artículo 308 del C. de P. P., viene a consagrarse otro de los presupuestos que regulan la declaratoria de las nulidades, el denominado principio de la instrumentalidad de las formas que dispone: "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", según el cual es doble cometer que así el acto hubiese cumplido la finalidad para la cual fue creado por el legislador, será imperiosa la declaratoria de nulidad. / "La ausencia del defensor en la etapa de la calificación del sumario resulta definitorio del tema relativo a la defensa técnica del procesado, como que si bien se ha dicho que la defensa debe ser integral".

Tal como lo propuso ante la Sala, el segundo cargo de nulidad que en este caso formuló el impugnante ha debido prosperar por cuanto, en mi sentir, se violó el derecho de defensa. En consecuencia reitero los planteamientos plasmados en el proyecto de fallo que había elaborado y que no obtuvieron el respaldo necesario para convertirse en decisión.

La censura parte del supuesto de que antes del cierre de investigación, el defensor del procesado había fallecido; hecho que está suficientemente demostrado porque la clausura del sumario se decretó el 12 de diciembre de 1990 y la calificación se operó el 28 de enero de 1991, habiéndose establecido que el defensor falleció el 17 de agosto de 1988.

Considero la calificación del proceso como una de las etapas determinantes, por ser allí donde se decide si se formulan o no cargos; es el momento en el cual las argumentaciones planteadas por los sujetos procesales pueden resultar trascendentales para determinar el criterio del juzgador. En ello se evidencia la especial importancia que tienen las partes dentro de la actuación penal como colaboradores de la justicia, porque cada uno desde la perspectiva de sus particulares intereses, puede colaborar con el juez, brindándole argumentaciones, de pronto no previstas con antelación, que por su fuerza y concordancia con la realidad legislativa y procesal, lleven al funcionario a compartir las.

Es absolutamente cierto que, en muchos casos, por estrategia profesional, el defensor resuelve no alogar, considerando que se dan los elementos para que se profiera una resolución de acusación, con el propósito de reservar sus argumentos para el momento de la sentencia; pero que ello ocurra en este tipo de hipótesis o en otras no quiere decir que la judicatura deba convalidar la ausencia de defensa en un asunto en particular, porque la determinación de si en esa oportunidad es importante alegar o no, o si es aconsejable reservarse para etapas posteriores del proceso es una decisión que sólo el defensor en cada caso concreto puede tomar; porque si la convalidación de la nulidad surgida de la afectación del derecho a la defensa correspondiera a los funcionarios es evidente que este fundamental derecho constitucional habría desaparecido.

Bien se sabe que se trata de una de aquellas garantías que no puede ser convalidada, ni siquiera por el consentimiento del propio interesado, puesto que se trata de un derecho que ha de garantizarse aún contra la propia voluntad del procesado.

Además, es un principio legal expreso en nuestra normatividad, al que ya se aludió en el texto de la providencia con relación al otro cargo, porque en el numeral 4 del artículo 308 del C. de P. P. se establece que: "Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales"; y si tenemos en cuenta que el artículo 29 de la Carta garantiza el derecho a la defensa durante la investigación y el juicio, es claro concluir que se trata de una de aquellas omisiones que las partes no pueden convalidar.

Pero no solamente por dicho principio podemos llegar a esta conclusión, sino también por el regulado en el numeral primero del artículo antes citado que viene a consagrar otro de los presupuestos que regulan la declaratoria de las nulidades, el denominado principio de la instrumentabilidad de las formas que dispone: "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", según el cual es dable concluir que así el acto hubiese cumplido la finalidad

para la cual fue creado por el legislador, será imperiosa la declaratoria de nulidad.

Es exactamente la hipótesis ante la cual nos encontramos en este momento, porque están demostradas sin lugar a dudas la ausencia física del defensor del procesado desde varios años antes de que la investigación fuese cerrada; lapso que, sin embargo, no amerita otro tipo de consideración porque la verdad, mientras él transcurrió, el proceso estuvo perfectamente paralizado y por tanto, como no se practicaron pruebas ni se realizaron diligencias, los intereses del procesado no se vieron afectados. No obstante, aquella carencia de defensor producida por el precedente fallecimiento de éste, si es relevante en el momento en que se cierra la investigación.

Por ello comarto el criterio expresado por el Procurador Delegado cuando sostiene: "La ausencia del defensor en la etapa de calificación del sumario resulta definitorio 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 válido es el que ha sostenido la Sala de Casación afirmando el concepto de que la defensa debe ser unitaria y continua".

El hecho de que el nuevo defensor hubiera tenido la posibilidad de recurrir el auto calificatorio, no subsana el vicio que con efecto de invalidación se presentó en un fragmento trascendental del proceso, por cuanto se trata de uno de los momentos en que con mayor intensidad se expresa el derecho de defensa; y mal se puede afirmar que éste no se conculcó en ausencia de un profesional que por lo menos pudiera decidir si estimaba oportuno o conveniente presentar un alegato de conclusión.

Bajo este patrón conceptual es mi opinión que el proceso está afectado de nulidad por violación del derecho de defensa y por ello se ha debido casar el fallo impugnado y retrotraer la actuación al auto que cerró la investigación.

En estos términos y con el mayor respeto por la decisión adoptada por la Sala, dejo constancia de mi disentimiento.

Edgar Saavedra Rojas, Magistrado.

Fecha ut supra.

DEMANDA DE CASACION / FLAGRANCIA
/ POLICIA JUDICIAL / VERSION LIBRE

Tratándose del error de derecho por falso juicio de legalidad, es necesario citar las normas procesales presuntamente infringidas, indicando en forma clara y precisa en qué consistió la violación. / El numeral 7º del artículo 334 del Decreto 050 de 1987, autorizaba a la Policía para recibirla versión libre y espontánea, sin el apremio del juramento, a los presuntos autores o participes de un hecho, capturados en flagrancia. / El artículo 338 del decreto mencionado, ordenaba que las diligencias practicadas por la Policía Judicial fueran apreciadas de acuerdo con el sistema establecido para su aducción y crítica.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., tres de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel.

Aprobado Acta número 040, abril 29 de 1993.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Orlando Riveros González y sustentado por su defensora, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual impuso al recurrente y a otros coautores 48 meses de prisión como responsables del delito de hurto calificado y agravado.

I. Hechos y actuación procesal:

Aproximadamente a las ocho (8) de la noche del día primero (1^o) de agosto de 1990, ingresaron a una panadería ubicada en la calle 7^a número 2A-80 del Municipio de Madrid (Cundinamarca), un grupo de seis jóvenes, quienes después de consumir algunas gaseosas sacaron a relucir armas de fuego con las cuales encañonaron al señor Carlos Enrique Roa García y a su anciana madre, procediendo luego a apo-

derarse de dinero en efectivo, una colección de billetes y monedas, cerca de tres mil dólares, un revólver y otros bienes de su propiedad.

Cometido el ilícito todos los sujetos huyeron del lugar, pero minutos después fue capturado el menor Wilder Ordóñez Bolaños por los celadores de la hacienda Casablanca, a quien le encontraron la suma de ciento treinta y tres mil quinientos pesos (\$ 133.500,00) y un revólver marca Llama Mágnum 357 con diecisiete cartuchos para el mismo. Este individuo aportó datos que permitieron la captura de Pedro Ignacio Aldana Torres y Orlando Riveros González, así como la identificación de otro de los coautores de nombre Pedro Pablo Garzón Quevedo.

El Juzgado Setenta y Dos de Instrucción Criminal abrió la investigación y ordenó recepcionar la indagatoria de Pedro Ignacio Aldana. A Wilder Ordóñez, por acreditarse su condición de menor de edad, lo dejó a disposición del Juzgado de Menores. En la providencia en que resolvió la situación jurídica de Aldana Torres con auto de detención, dispuso la indagatoria de Orlando Riveros González, quien por su condición de agente de la Policía había sido inicialmente puesto a órdenes del jefe de la SIJIN. Su situación jurídica también fue resuelta con detención preventiva.

Ante la imposibilidad de lograr la captura de Pedro Garzón, fue vinculado mediante declaratoria de persona ausente, decisión tomada en auto de 18 de octubre de 1990.

Perfeccionada la investigación y agotado el trámite previo, el instructor calificó el mérito del sumario profiriendo resolución acusatoria por el delito de hurto calificado y agravado contra los tres sujetos procesados, señalándolos como coautores. En el mismo procedimiento ordena compulsar copias para continuar la averiguación respecto de los demás participes no identificados.

El Tribunal Superior confirmó el auto enjuiciatorio al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Riveros González.

La etapa del juicio la adelantó el Juzgado Primero Penal del Circuito, y una vez surtidas las diligencias procesales correspondientes, profirió sentencia condenatoria contra los encausados, imponiéndoles pena de prisión por cuarenta y ocho (48) meses, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. También les impuso la obligación de pagar la suma de cinco millones setenta y dos mil seiscientos treinta y tres pesos (\$ 5.072.733,00) por concepto de perjuicios causados con la infracción.

Apelado el fallo, el Tribunal le impidió confirmación.

II. La demanda:

La defensora invoca la causal primera de casación, violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, "originado en el falso

juicio de legalidad de las pruebas obrantes en el proceso y que fueron la base de la sentencia condenatoria de segundo grado, por cuanto las mismas fueron aportadas al proceso contrariando las normas legales que reglamentan su incorporación, lo que es lo mismo, violó la legalidad de la prueba".

A continuación plantea cuatro cargos así:

1º El fallador incurrió en el error aducido al valorar en la sentencia de segundo grado la versión de Wilder Ordóñez Bolaños, olvidando que las manifestaciones del menor fueron hechas sin la gravedad del juramento, como aparece en el texto de la diligencia.

Afirma que para que ese relato tenga validez como prueba testimonial se necesita el juramento, por lo tanto no es posible reconocerle valor probatorio.

2º Se incurrió en error plantando al valorar la versión de Pedro Ignacio Aldana Torres, en razón a que se recibió sin el apremio del juramento, tal como puede verse en los folios 23 y 24 del cuaderno inicial cuya parte pertinente transcribe la libelista.

3º Hubo error al valorar el sentenciador de segunda instancia el informe policial obrante a folios 7 y 8 del primer cuaderno, pues creyó en su falso juicio que reunía los requisitos necesarios para considerarlo como prueba, "... pasando por alto que en él no se encuentra la certificación juramentada exigida por las normas procedimentales para los casos en que el cuerpo técnico de la Policía Judicial puede iniciar y practicar algunas diligencias para la investigación preliminar".

Sostiene la impugnante, que el informe policial tiene la calidad de testimonio y como tal se debe apreciar, siempre que reúna los requisitos de ley, entre los cuales se encuentra el juramento. Como no fueron citados a declarar los policiales que aparecen firmando dicho informe, no se le puede dar ningún valor probatorio.

4º Finalmente, se comete el mismo error señalado en los puntos anteriores al valorar la diligencia de reconocimiento que aparece a folios 27 y 28 del cuaderno del Juzgado, pues no se tomó juramento a las personas que realizaron el reconocimiento, y el procesado no estuvo asistido por un abogado. Además, la illa se integró con cuatro personas ajenas a los hechos y dos de los procesados.

La petición es que se case la sentencia y se absuelva a Orlando Riveros González.

III. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, con fundamento en las siguientes razones:

Estima que en la demanda en estudio no se respetaron las exigencias de técnica propias del motivo aducido, ya que no se concretó el contenido de las disposiciones legales presuntamente infringidas, ni en qué forma o con qué alcance se contrarió la previsión legal.

De haber procedido el libelista de acuerdo con las reglas que gobernan el recurso, "hubiera advertido que en lo que denominó como primero y segundo cargo hace explícita referencia a versiones libres y espontáneas que se recibieron a dos de los acusados de haber tomado parte en el ilícito y que, por ello, no era pertinente recibirles juramento alguno".

La alegación, a juicio del Ministerio Público, ha debido tener otro contenido y referirse más bien a si en este evento se presentaron las circunstancias previstas en el numeral 7º del artículo 334 del Código de Procedimiento Penal.

Los cargos no se demostraron ni se comprobó su trascendencia, por lo tanto el ataque es incompleto y antitécnico, lo que impide a la Corte entrar a estudiarlos en virtud del principio de limitación.

En el tercer reproche se afirma que el informe policial debe tener una certificación jurada y que este tipo de prueba tiene "la calidad de testimonio", sin explicar el por qué de esa extraña afirmación y qué importancia tiene para la validez de la prueba la emisión de la mencionada certificación. Tampoco se demostró qué efecto produjo en la sentencia la consideración de esta prueba denunciada como irregularmente aportada, y sólo al final del libelo se dice en forma genérica que los errores condujeron a que el Tribunal desconociera el contenido del artículo 247 del estatuto procesal.

En la cuarta censura incurre la actora en las mismas falencias, consistentes en la falta de demostración y afirmaciones generales desligadas de los propósitos exigibles en sede de casación. Ni siquiera se hace alusión al contenido de la sentencia, de modo que cómo se pueden demostrar yerros del fallador si se tiene en cuenta las consideraciones hechas en la decisión.

Finalmente, el Procurador Delegado advierte que de la observación de las sentencias de primera y segunda instancias, se infiere que los fundamentos de la condena no se restringen a los medios de convicción atacados en la demanda por falso juicio de legalidad, pues por ejemplo, las pesquisas llevaron a la recuperación de una parte del botín, las declaraciones de las víctimas del delito fueron acogidas y la coartada de Riveros González se desvirtuó por sus propias versiones y las afirmaciones del dueño y el administrador del billar en donde aseguró que se encontraba la noche de los hechos.

Por lo anterior, concluye la Delegada, aún en el evento de que la demandante tuviera razón en las críticas formuladas, subsisten suficientes pruebas que avalan la sentencia.

IV. Consideraciones de la Sala:

Es evidente que lo asiste razón al Procurador Delegado cuando señala que la demanda no cumplió con los requisitos técnicos propios del motivo aducido, pues tratándose del error de derecho por falso juicio de legalidad, es necesario citar las normas procesales presuntamente infringidas, indicando en forma clara y precisa en qué consistió la violación, no como aparece en el libelo, en donde se menciona de manera general casi todo el Código Penal y buena parte del de procedimiento actualmente vigente, que no fue el que se aplicó en ese entonces.

Al no apoyarse en las normas que rígieron cada actuación procesal, el desarrollo de las censuras se queda en una alegación carente de sustento legal, como veremos a continuación.

Cargos primero y segundo: En estos reproches la casacionista sostiene que hubo error por haber apreciado en la sentencia las versiones de Wilder Ordóñez Bolaños y Pedro Ignacio Aldana Torres, ambos implicados en los hechos, las cuales fueron rendidas sin juramento ante la Policía Judicial.

El numeral 7º del artículo 334 del Decreto 050 de 1987, estatuto vigente en ese momento, autorizaba a la Policía para recibirle versión libre y espontánea, sin el apremio del juramento, a los presuntos autores o participes de un hecho, capturados en flagrancia, de manera que no se entiende el por qué de la inconformidad de la censura, ni ello lo explica en su breve sustentación.

De otra parte, el artículo 338 del Decreto mencionado, ordenaba que las diligencias practicadas por la Policía Judicial fueran apreciadas de acuerdo con el sistema establecido para su aducción y crítica, obligación que correctamente atendió el sentenciador. El capturado relató en compañía de quienes cometió el ilícito y su versión fue acogida por el sentenciador como lo indicaba la más elemental sana crítica, sin que para ello se necesitara que fuera bajo juramento, pues el hecho de no haberla tomado no impedía que no fuera apreciada como versión libre y espontánea.

Cargo tercero: La queja recae sobre la valoración que supuestamente hizo el fallador de un informe policial aportado sin la certificación juramentada que exigen las normas procesales, las cuales obran en los folios 7 y 8.

Examinando el expediente, se observa en dichos folios el oficio número 385, en donde textualmente dice: "Asunto: Dejando a disposición dos aprehendidos y diligencias adelantadas". Su contenido consiste en la información de los nombres y datos sobre la identidad de los capturados, así como la relación de los elementos hallados en su

poder, entre los cuales hay una buena parte de los bienes hurtados al señor Carlos Enrique Roa.

Este documento es simplemente un oficio con el cual se da cumplimiento a la obligación de poner las personas detenidas y las cosas incautadas a disposición de la autoridad competente, suscrito por el jefe de la Policía Judicial SIJIN Mosquera y con el visto bueno del comandante del Distrito Central, funcionarios que se limitan a realizar el trámite pertinente, de manera que carece por completo de acogida y de razón práctica, que se pretenda que también debe ser una gestión hecha bajo la gravedad del juramento. Todavía más absurdo es la hipótesis de que el juez no asumiera su obligación con la excusa de que en el escrito no dice que es bajo la gravedad del juramento que se dejan sindicados y objetos a sus órdenes.

Apreciado el contenido del oficio se encuentra la explicación del por qué la demandante ni siquiera intentó demostrar qué importancia tenía que no fuera una certificación jurada, ni en qué consistió su valoración y cuál la trascendencia del pretendido error, vacíos que sumados a lo dicho anteriormente determinan la desestimación del cargo.

Cargo cuarto: La crítica a la diligencia de reconocimiento que se practicó en la Estación de Policía es fundada, en cuanto realmente no se cumplió con las exigencias del artículo 390 del anterior procedimiento penal. La fila la integraron cuatro personas ajenas al delito y dos de los acusados, y además no estuvieron asistidos por un abogado.

Fero la defensora se queda a mitad de camino en la sustentación del cargo, pues se limita a presentar la falla sin concretar si esa prueba fue tenida en cuenta en la sentencia, si su importancia para la decisión condenatoria fue tal que al suprimirla el fallo queda sin sustento probatorio etc.

Aunque no son fallas que la Corte puede subsanar porque equivale a terminar de hacer la demanda, labor que el principio de limitación prohíbe, es oportuno destacar, que en realidad, si la censura se hubiera propuesto cumpliendo con las exigencias mencionadas, probablemente, hubiera desistido de formular el reproche, porque habría advertido que se trataba de un error intrascendente. Veamos por qué:

La sentencia de segunda instancia no hace ninguna mención de esa diligencia de reconocimiento de manera que no puede afirmarse que fue uno de los pilares de la condena. Por su parte, el juez de primera instancia, luego de analizar el contundente caudal probatorio existente, agrega que además Riveros González también fue identificado por los ofendidos como una de las personas que perpetraron el hurto, afirmación que revela que no fue el reconocimiento ni la única ni más importante prueba de cargo.

En su contra se tuvo en cuenta lo siguiente: El menor Wilder Ordóñez Bolaños, apenas se produjo su captura, informó a las autoridades que en el hurto participaron seis personas, entre ellas Pedro Ignacio Aldana y Orlando Riveros González. Con estos datos, la Policía fue a la casa de Aldana Torres y allí encontró al acusado y una buena parte del botín sustraído de la panadería. La versión de este sujeto coincide con la del primer detenido en todos sus detalles, incluida la afirmación de que uno de los autores fue el policía Riveros González, quien además aportó las armas.

Ante la demostración de que el relato de Wilder es estrictamente cierto, pues la recuperación de algunos objetos hurtados no deja la menor duda; y además ante la corroboración hecha en todos los puntos por Pedro Ignacio Aldana, sería absurdo que el juez no hubiera creido en estas versiones. Y si a esto se le adiciona que la explicación dada por Riveros González se probó que no correspondía a la verdad, pues el día de los hechos no trabajó porque estaba de franquicia, ni estuvo jugando billar en las horas de la noche como se infiere de los testimonios del dueño y del administrador del establecimiento, resulta explicable que el Tribunal no hubiera tenido en cuenta el reconocimiento cuestionado como falso, y que el Juzgado apenas hubiera hecho una mención tangencial de él, pues con la evidencia recaudada su consideración era innecesaria.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Juan Manuel Torres Fresnedo, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Curreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

**DERECHO DE DEFENSA / DEMANDA DE CASACION
/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / ERROR DE
DERECHO / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD
/ TESTIMONIO**

1. Los abogados pueden cometer errores e incurrir en omisiones que afecten los intereses de sus poderdantes, sin que por ello pueda afirmarse válidamente que se ha violado algún derecho procesal. / Tampoco es un argumento válido para fundamentar la ausencia absoluta de defensa técnica la no interposición de recursos en el trámite de las instancias, ya que esa es una opción que queda a juicio de la parte afectada, por la decisión, quien según el análisis que haga resolverá si recurre o no, siendo precisamente esta determinación ejecución de la estrategia defensiva. / 2. Sobre la simple hipótesis que no consultan la realidad procesal, no puede edificarse eficazmente un motivo de casación. / 3. La sentencia de segunda instancia aunque no esté ejecutoriada tiene carácter definitivo y está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, que sólo puede quebrarse con la demostración de un error in iudicando o in procedendo. / 4. Reconocerle entidad de prueba a lo que jurídicamente no la tiene por vicios en su recaudación o aducción evidentemente constituye un error de derecho por falso juicio de legalidad. / Las dos formas del error de derecho (falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción), son excluyentes, no pueden ser planteadas simultáneamente respecto de una misma prueba. Si se parte del supuesto de que la prueba es inexistente porque se recauda sin los requisitos señalados por la ley, mal puede plantearse con respecto a la misma un falso juicio de convicción a causa de su indejida valoración. / 5. El afán defensivo no puede llevar al abogado al terremoto de la inversión de los valores, ni al planteamiento de tesis que dejan mucho que desechar sobre su verdadera competencia y la capacidad para captar la realidad y valoración jurídica. / 6. Resulta desatinado atacar la prueba testimonial que tuvo en cuenta el fallador para proferir la sentencia de condena, prestando a demostrar ilegalidades en su aducción

porque ello implica según la formulación y desarrollo del cargo que a estos medios probatorios totalmente diferentes al reconocimiento en fila de personas se les está exigiendo los mismos ritos que la ley exige para este último medio probatorio.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cuatro de mayo de mil novcientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 040, abril 29 de 1993.

Vistos:

Procede la Corte a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Luis Fernando Rodríguez Restrepo*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad en la cual impuso al ahora recurrente la pena de diez (10) años de prisión como cómplice de los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

I. Hechos:

El veintiuno de diciembre de mil novcientos noventa, a eso de las siete y media de la noche, dos individuos ingresaron al establecimiento denominado "Saras Center" de la ciudad de Medellín y allí despojaron al propietario del mismo de la suma de \$ 90.000,00, causándole la muerte a *Paulo Legarda Medina* —agente del DAS— apoderándose de su revólver de dotación con el que quiso oponerse a las pretensiones de aquellos, y ocasionándole graves lesiones a *Oscar Arturo Legarda Medina* hermano del anterior.

Luego, los dos sujetos salieron del establecimiento de masajes y abordaron un taxi en donde otros dos individuos se encontraban esperándolos, en el cual emprendieron la huida.

Unos policiales que se hallaban de servicio en el sector, al escuchar los disparos y haber recibido solicitud de ayuda por parte del dueño del establecimiento, salieron en persecución del vehículo de servicio público, al cual perdieron de vista. Sin embargo, un ciudadano no identificado suministró información a los perseguidores en el sentido de que uno de los ocupantes se había apeado del taxi abordando un bus de servicio urbano, automotor del cual, luego de ser detenida su marcha, e identificado por las ropas que vestía, hicieron descender a *Luis Fernando Rodríguez Restrepo* a quien sin demora presentaron

ante el afectado con el delito de hurto y el que lo reconoció como uno de los individuos que esperaban dentro del taxi a los otros asaltantes.

II. Actuación procesal:

El asunto pasó a conocimiento del Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Penal Militar, despacho que estimó que pese a la calidad de agente de la Policía Nacional del retenido, los hechos no eran de su competencia por no haberse cometido en razón del servicio y remitió las diligencias al Juzgado de Instrucción Criminal —Reparto—, habiéndolas asumido el Veintitrés de dicha especialidad, que declaró abierta la correspondiente investigación penal.

Durante la etapa investigativa se recibieron los testimonios de los presenciales de los hechos, los que no fueron concordantes en todos los aspectos, ya que hubo discrepancias fundamentalmente en cuanto a las primeras actuaciones que se desarrollaron dentro del establecimiento de masajes. El lesionado Oscar Arturo Legarda, manifestó que habían sido invitados al establecimiento por el dueño de este, que hacia las siete y media de la noche, llegaron los dos sujetos ante lo cual el propietario "le hizo señas a mi hermano de que se alistara". Iván Ramírez, dueño del establecimiento, al igual que otros declarantes, manifestaron que los delincuentes desde un principio tomaron la actitud deliberada de cometer un delito de hurto, habiendo sido enfrentados por los hermanos Legarda que se hallaban en el lugar.

También declararon los agentes de la Policía que participaron en la persecución de los delincuentes fugitivos, respecto de los hechos que personalmente llegaron a su conocimiento.

Los policiales condujeron al capturado Rodríguez Restrepo ante la presencia de los testigos, lo que no obscuró para que posteriormente se realizara diligencia de reconocimiento en fila de personas por parte del ofendido Jorge Iván Ramírez López.

El acusado fue escuchado en indagatoria, oportunidad en la cual designó defensor, quien lo asistió una vez se hizo presente, diligencia que se inició con apoderado de oficio ante el retraso del contractual.

El Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal de Medellín dictó auto de detención sin beneficio de libertad contra el indagado Rodríguez Restrepo, por el delito de hurto calificado. En la misma providencia ordenó expedir copias, para que por separado, se investigara lo relacionado con los delitos de homicidio, lesiones personales y hurto "perpetrado en cabeza de Paulo Emilio y Oscar Arturo Legarda Medina y Jorge Iván Ramírez López"; de igual manera, dispuso, que el procedimiento a seguir era el abreviado, en razón al estado de flagrancia en que fuera capturado Rodríguez Restrepo.

Posteriormente, se remitieron las diligencias al Juzgado Cuarenta y Uno Penal Municipal, al considerar que el delito de hurto no superaba la cuantía de \$ 90.000.60, competencia que fue discutida por el despacho en mención, con fundamento en que los hechos que atentaban contra la propiedad se encuentran intimamente ligados con los delitos de homicidio y lesiones personales; en consecuencia propuso colisión negativa de competencias al Juzgado instructor.

Trabada la colisión, fue dirimida por el Tribunal Superior de Medellín, que designó el conocimiento del asunto al Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal de esa ciudad.

A raíz del anterior pronunciamiento, se ampliaron tanto la injurada del acusado como algunos testimonios, con el fin de cobijar íntegramente la investigación de los hechos materia del proceso.

Cerrada la investigación, el 23 de abril de 1991 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Luis Fernando Rodríguez Restrepo como probable autor de los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y hurto.

El procesado se negó a firmar la notificación del auto calificatorio aduciendo que el día anterior —como en efecto ocurrió— se le había comunicado su libertad por vencimiento de términos y que por ello estimaba inadecuado que al día siguiente se dictara en su contra la decisión mencionada que por fuerza implicaba la no concesión del beneficio antes reconocido. Informada de ello la juez, procedió a hacer la notificación al defensor del procesado.

Pasó el proceso a conocimiento del Juzgado Primero Superior de Medellín despacho que abrió el juicio a pruebas, habiendo hecho uso de tal derecho el defensor del acusado, cuya solicitud fue desatendida por el juez por no ajustarse a las exigencias del artículo 491 del C. de P. P. Empero, el funcionario oficiosamente ordenó la práctica de algunas diligencias.

Practicadas algunas pruebas, se celebró la audiencia pública y luego se dictó sentencia el 21 de agosto de 1991, mediante la cual se condenó al procesado Rodríguez Restrepo a la pena principal de diez años de prisión como cómplice de los delitos que motivaron su enjuiciamiento; se le impuso la obligación de pagar indemnización por los perjuicios morales y materiales causados, y la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal. Se ordenó remitir las copias del proceso a las autoridades competentes para que continuaran la investigación respecto de los demás partícipes del delito.

La notificación de la sentencia no se pudo realizar al agente del Ministerio Público correspondiente porque se declaró impedido manifestación que hizo ante el juez de la causa, quien en auto de sep-

tiembre 2 de 1991, aceptó las razones de su colaborador y lo separó del trámite, ordenando la notificación al Fiscal Segundo del Tribunal.

El procesado apeló la sentencia y el Tribunal Superior de Medellín, con fecha octubre 7 de 1991 pese a determinar que la condena a debido proferirse en contra del acusado en calidad de coautor de los delitos, confirmó la pena que se había impuesto tomándolo como cómplice, al entender que el artículo 31 de la Constitución Nacional prohíbe la reforma peyorativa en la segunda instancia para el condenado apelante único.

III. La demanda:

La defensora en extensa demanda plantea cuatro cargos, dos por nulidad, otro por infracción directa y el último por violación indirecta de la ley sustancial.

Primer cargo:

La censora acusa la sentencia de haberse proferido en juicio viciado de nulidad, por violación del derecho de defensa —artículo 305 numeral 3º del C. de P. P.—.

El fundamento central lo radica en la "ausencia absoluta de defensa técnica" del procesado, pues en sentir de la libelista el defensor que asumió tal labor "abandonó a su propia suerte a su defendido y al proceso".

En la demostración del cargo hace los siguientes planteamientos:

1. El defensor compareció al proceso con tarjeta provisional expedida por el Tribunal Superior de Valledupar y dentro de la actuación no se constató si se hallaba vigente.

2. No se ajustó el apoderado a los parámetros que el ejercicio de la defensa técnica exige al profesional que se encarga de asumirla, porque:

a) Reaccionó tarde, y en la audiencia pública al estudiar de fondo el proceso encontró ausencia total de defensa "que sin el más mínimo decoro profesional llamó falta de prueba para pedir la absolución por esta razón de su defendido". Transcribe la impugnante una larga parte de la intervención del defensor;

b) De las pruebas que se duele el defensor que no fueron recogidas, debe entenderse que su obligación era proveer al despacho de estos medios probatorios desde el momento de la indagatoria, al no hacerlo se enfrentó a una audiencia pública desprovisto de los medios defensivos idóneos y produjo "por su inefficacia" el resultado de condena;

c) El defensor, después de haber analizado el proceso en la audiencia, no presentó oportunamente la apelación de la sentencia, recurso que interpuso el propio imputado en ejercicio de su defensa material;

d) Estima que la "actuación procesal del defensor es lastimosa, pues no se ocupó de pedir las pruebas que desde la indagatoria planteó el procesado y que eran suficientes para esclarecer las dudas colegidas por él en la vista pública porque desde el principio, desde las declaraciones de Oscar Arturo Legarda Medina y Mónica Aleida Mazo Varela se plantea una hipótesis 'hermosa' para defender al indagado, cual era que el agente del DAS tenía el arma en la mano y la sacó desde el momento en que el dueño del Saras Center los hizo señas cuando subían los dos individuos, que llegaron tan normal que parecían dos clientes...". La actuación del apoderado se limitó a solicitar seis meses después la libertad de su defendido por la inercia procesal, luego extemporáneamente pide se cambie la caución prendería por juratoria; cuando pidió la evacuación de pruebas le fue negada por falta de motivación y no apeló de la decisión, y al dejar sin pruebas a su defendido llegó a la vista pública a improvisar una defensa, y "pedir la libertad por lo más obvio la falta de pruebas";

e) El defensor no estuvo presente en las diligencias de ampliación de denuncia, tampoco en las declaraciones de testigos para preguntar y esclarecer aspectos fundamentales de los hechos; tampoco se preocupó porque las pruebas que se debían practicar en la etapa del juicio se cumplieran;

f) La valoración del funcionario instructor respecto de algunas pruebas tuvo lugar por la desidia del apoderado, pues en la resolución de acusación se desestimó el testimonio de Aleida por haberse presentado a declarar dos meses después, por lo que se estimó que había sido preparada por el acusado y no se apreció en lo más mínimo este testimonio;

g) El sindicado, al momento de su indagatoria, no solamente dio explicación sobre los actos que cumplió el día de los hechos, sino que también planteó la enemistad profunda que existía con el sargento Guillermo León Puerla Patiño, la que no fue corroborada y que bien hubiera permitido eliminar la incidencia del más importante testimonio de cargo, lo que sucedió por culpa del defensor. "Esta omisión de conducta defensiva es imperdonable y si hubiera actuado en forma diligente y cuidadosa como un buen defensor facilitando la recepción de todas estas pruebas otra sería la suerte del condenado";

h) Al procesado se le decretó medida de aseguramiento exclusivamente por el delito de hurto, y en tal ocasión el defensor ha podido lograr la desvinculación procesal de su asistido a través de la indemnización;

- i) No apeló de la resolución de acusación;
- j) La denuncia formulada ante la Policía Metropolitana no le mereció la más absoluta preocupación al defensor, cuando "lo más seguro" es que su texto fue influido, e incluso redactado por el sargento, además los términos en que está concebida, en nada coincide con los declarantes Oscar Arturo Legarda y Mónica Alcida Mazo, pero esto no inmutó al defensor para solicitar careo;
- k) De los hechos procesales surgían dos hipótesis; Una la que planteaba la denuncia que fue la única investigada y fallada. Otra la justificación por legítima defensa "que no vio el defensor sino a la hora de la vista pública";
- l) La censora enumeró una serie de pruebas que era oportuno solicitar para el esclarecimiento de los hechos, expresando lo que podría obtenerse como posible resultado de ellas.

Luego de señalar las actividades que debe cumplir "un buen defensor", aduce que la desplegada por el apoderado en este asunto más bien parece de aquellas "de oficio".

Expresa que "la presencia de la defensa material en la apelación de la sentencia de primer grado, con todo y sustentación en manuscrito, y en la interposición del recurso extraordinario de casación muestra fehacientemente la ausencia de defensa técnica del condenado".

Sostiene que las pruebas saltan de bulto desde el mismo momento de la indagatoria y ni el Juez instructor, ni el fallador tuvieron la más mínima diligencia en recepcionarlas como era su deber. "La falta de la prueba de balística es imperdonable pero nadie la avizoró, ni la solicitó".

Finaliza este cargo transcribiendo un pronunciamiento de la Corte, para concluir que "el defensor pudiendo aprovechar las posibilidades probatorias abundantísimas que tenía a su disposición para demostrar su inocencia las desaprovechó inexplicablemente, y dejó condenar fatalmente a su pupilo".

Agrega adcmás que la falta de defensa técnica la constituye: "No haber solicitado que se le dicra el debido proceso al impedimento impetrado por el Fiscal Primero Superior".

Segundo cargo:

Nulidad por violación del debido proceso —art. 305 numeral 2º del C. de P. P.—, al incurrirse en las siguientes irregularidades sustanciales:

1. Falta de investigación integral:

Dice la censora, que desde el primer momento de la actuación se plantearon dos hipótesis en torno a los hechos: La esbozada por qui-

nes declararon ante las autoridades de policía sólo dos horas después de ocurridos, que apunta a comprobar la legítima defensa y la inocencia absoluta del aquí condenado. Y otra, la que se instruyó, la del sargento que manipuló al dueño del centro de masajes, a los empleados del mismo, a los agentes de Policía de la operación, sus subalternos y además enemigo personal del condenado, que significó la sentencia que ahora se impugna, con graves vacíos y deficiencias instructivas. La tesis inicial fue descartada sin fundamento por el instructor, quien desechó inexplicablemente las versiones rendidas por Aleida Mayo Varela y por la víctima del intento de homicidio.

Es deber del instructor "investigar las hipótesis que plantea el *iter criminis*, máxime en el caso cuya sentencia censura porque conduce a dos resultados diferentes: La primera absolución, la segunda condena". Como no se hizo así, se violó el principio rector que ordena investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado.

Estima la demandante que existen aspectos que no fueron definidos a través de material probatorio, como son la culpabilidad del procesado, y el arma de la cual provenían los impactos, "porque en el relato se precisó que había sendas armas de fuego, una, la del DAS o de dotación y otra la del segundo sujeto que ingresó al centro".

Con el señalamiento de las dudas que en su sentir dejan las pruebas recaudadas y de unos posibles errores cometidos por el sentenciador en la valoración de las mismas, destaca la impugnante que solamente por razones de rutina judicial se explica que se hayan descuidado situaciones importantes dentro de la investigación, las cuales enumeró con comentarios acerca de la posibilidad de resolución en algunas de ellas.

Finalmente concluye que:

"El Tribunal en vez de ahondar en este escabroso proceso por su tenebroso encusamiento, *confirma* absoluta y rotundamente el fallo de primera instancia, sin aportar absolutamente nada ni a los cargos, menos aún a los descargos y en esta forma procedió a aumentar la perplejidad del encusamiento al dar por cierto hechos que aún el juzgador de primera instancia dio por dudosos.

"Se condena a diez años al encartado, mediante este pronunciamiento basado en solo dos declaraciones o más bien una la del sargento porque la otra fue prefabricada por éste y no se debe ser muy audaz para descubrir la motivación que tuvo para comportarse así, o por la enemistad que dijo el agente, o por un deseo irrefrenable de protagonismo que es el síndrome de quien tiene poder".

2. Violación del trámite procesal del impedimento:

La inconformidad de la censora radica en dos aspectos: No haberse declarado oportunamente el Fiscal Primero Superior, y haberse rituado el impedimento sin sujeción a las normas procesales para este tipo de actuaciones.

Estima la libelista, que al reemplazarse el Fiscal Primero por el Fiscal Segundo, se violó flagrantemente el derecho de defensa, porque esta decisión debía tomársela el Tribunal Superior y no de plano la jueza.

En su opinión, la intención del Fiscal Primero era aplazar y sin embargo el Fiscal Segundo sin pena ni gloria firma el acta y no interpone el recurso de apelación que tuvo que ejercitarse el mismo acusado.

Invoca el artículo 106 del C. de P. P., como norma que se ha debido aplicar en la tramitación del impedimento manifestado por el Fiscal Primero, para decir que la Juez Primera Superior debió enviar el expediente a la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, para que determinara la trascendencia de la motivación del impedimento y admitiera o rechazara el mismo.

Concluye que al no obrar así, se violó doblemente el derecho de defensa, "pues si actuó el Fiscal existiendo una causal de impedimento queda al descubierto que no ejerció su función con libertad e imparcialidad requeridos; y al serle aceptadas las razones del impedimento o separación, el juez no era el competente...".

3. Errónea calificación.

Inicia el ataque aduciendo "inexistencia de adecuación tipica", por parte de juez instructor. Luego se refiere a los delitos por los cuales se produjo la condena, para decir que el procesado no estaba en condiciones de cometer tales infracciones.

Dice que el tipo penal sólo contempla el comportamiento del autor material, y luego expresa textualmente:

"Como personas diferentes a éste, el autor material, pueden estar involucradas dentro del proceso delictivo, el dispositivo o amplificador de la complicidad permite la aplicación de las consecuencias punitivas o sancionadas a personas que sin haber realizado la conducta típica hayan participado en alguna forma de su comisión".

Afirma que la "determinación" que se presenta en el caso de autos se tipificó de "empresa criminal" o asociación delictiva, que requiere una comunicación entre determinador y determinado.

En el caso de la referencia se tiene que entre el culpable recurrente y los "autores directos del hecho" no existió ninguna relación de acuerdo o convenio previos, respecto de los delitos de homicidio, tentativa de homicidio, como tampoco del hurto agravado, "por cuanto al parecer se trata de un tipo de delito diferente".

Para la censora, los hechos demuestran "una defraudación patriomial" y de conformidad con los testigos de primera mano, de una tentativa de hurto cuya consumación no se logró por la agresión apresurada del agente del DAS, que en ejercicio ilegal de las propias razones intentó defender a la víctima del delito.

Así las cosas, según la demandante "debe concluirse que la conducta que se atribuye al procesado representaba en el momento en que se cometió y en el momento en que se calificó el mérito del suuario, un delito, hurto con justificación en la legítima defensa", por lo que se incurrió en un vicio de nulidad por errónea calificación.

Según la demandante, la realidad procesal demuestra que el occiso exhibió el arma para repeler el hurto, y obligó a los sujetos a defender su vida, valor más importante que el patrimonio, razón por la cual la resolución de acusación ha debido reflejar esta realidad y escoger la hipótesis del homicidio "con justificación o legítima defensa desechando la alternativa de homicidio violento sin circunstancia modificadora de la impugnación" que metodológicamente es contrapuesto al primero y no puede subsistir.

Como no se acudió al mecanismo previsto en el artículo 501 del C. de P. P. para variar la calificación provisinal criticada, se concluye en la nulidad del procedimiento alegable en sede de casación para que la Corte, aún de oficio case la sentencia, pues el vicio es ostensible y se aprecia "al rompe".

Finalmente solicita que se case la sentencia "desde el auto de proceder para que haya una plena garantía de demostrar por medios probatorios idóneos independientes y no manipulados la precisa adecuación de la causa al tipo penal determinado por los hechos en forma real y concreta".

Cargo tercero:

Acusa la sentencia de violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del numeral 4º del artículo 29 del Código Penal, que consagra la justificación del hecho por legítima defensa.

La "noticia criminis" que dio el lesionado Oscar Arturo Legarda expresa en forma rotunda una legítima defensa, luego era deber del fallador declarar tal justificación al haber sido corroborada por una testigo el mismo día de los hechos.

Continúa diciendo la censora que nunca es justificable que el agredido responda con una agresión mayor o excesiva, esta debe ser proporcionada, si los sujetos iban al parecer a exigir un dinero, hecho que no se logró demostrar scríamente, le correspondía al sujeto pasivo acudir a las autoridades en busca de protección, no preparar una emboscada para acorralar a los sujetos que atentaban contra su patri-

monio, no podía hacerse justicia por su propia mano, contratar un agente "con licencia para matar" para que lo defendiera a escondidas de sus superiores con el arma de dotación oficial.

La imprudencia del administrador prohibida por el agente del DAS produjo los resultados inesperados para todos, "pero por esta misma razón quien coloca en circunstancias de inferioridad a otro, assaltándolo sorpresivamente, exhibiendo un arma, cuando lo que se esperaba es que le entregue un dinero, se expone a que el victimario se torne en víctima y desencadena el estatuto que aquí no aplicó el fallador y que se pide a la honorable Corte estime en toda su magnitud, como causal de justificación del hecho, por escabroso que sea".

Pide a la Sala, quebrar el fallo censurado por la no aplicación de la norma invocada en este cargo.

Cuarto cargo:

Acude la impugnante a la violación indirecta de la ley sustancial derivada de "la apreciación de una prueba legalmente producida, en la sentencia censurada contra Luis Fernando Rodríguez Restrepo, ilegalmente producida".

a) Dice al respecto que el reconocimiento del condenado se produjo ilegalmente con error de derecho o *in iudicando* (arts. 389, 390, 391 del C. de P. P.).

Destaca que el procesado, luego de capturado, fue llevado hasta el lugar de los hechos, exhibiéndolo ante todas las personas curiosas que allí había y "se dijo que era uno de los cómplices de lo allí acaecido. Lo mismo se dijo al administrador y se le reveló el nombre de Luis Fernando Rodríguez Restrepo, para que Jorge Iván Ramírez López, el dueño del establecimiento formulara la denuncia directamente contra él. O sea que el sargento le hizo el sumario, el juicio y la condena que aquí se impugna en esta actuación abusiva".

Era inequívoco, indubitable que Jorge Iván Ramírez, luego del procedimiento ilegal del sargento, señalara a Rodríguez Restrepo "como la persona que fue cómplice de los hechos punibles".

Fue así como se vició el presupuesto básico de la diligencia de reconocimiento, puesto que ante tal actitud no era posible que el testigo recurriera a sus propias vivencias para la identificación del participante del hecho, sino que estaba predeterminado a hacerlo, comprobándose de esta forma "toda la misescena que prefabricó el sargento con sus agentes y con el mismo administrador del establecimiento".

Luego de referirse al contenido del artículo 391 del C. de P. P. y lo pertinente de una jurisprudencia de la Corte de 1984, insiste la liberalista en lo ilegal del reconocimiento a través de fotografías, que se

produjo después de la captura del incriminado cuando el sargento puso de presente a los testigos el relato del aprehendido que aparecía en su carné de policía y califica de "simulacro" el reconocimiento realizado posteriormente por el Juzgado instructor.

b) "El fallador en la sentencia no aplicó el principio de que la duda se resuelve en favor del reo".

Dice la actora que existe una gran duda que surgió desde el principio, pues según las declaraciones iniciales todo parecía indicar que "los atracadores se vieron compelidos a defenderse al ser confrontados por un agente del DAS, armado..." .

"Si existía la posibilidad de este causal de justificación, no tiene explicación alguna por qué en la sentencia se violó este elemento jurídico, este principio fundamental del Derecho Penal y excluyó, sin motivo alguno el *in dubio pro reo*".

"Campesa pues una enorme duda si existió la legítima defensa como puede al que sindicaron de cómplice pagar por los hechos punibles que se le imputan. Esta duda y cualquiera otra que existiera en el proceso le asigna la ley, valor de plena prueba en favor del reo, o *pro reo* y por lo tanto le adscribe una consecuencia jurídica específica en favor del sujeto de la condena que recurre en *casación* para que se quiebre la sentencia que lo condenó a 10 años de prisión sin beneficio de libertad".

Solicita que se infirme el fallo por falta de aplicación del principio invocado.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Sala no casar la sentencia, por las razones que a continuación se sintetizan.

Primer cargo:

1. El hecho de que no se haya constatado dentro del proceso la vigencia de la tarjeta provisional del defensor, no es constitutivo de nulidad, ni puede erigirse en condicionante de una falta de defensa técnica, por lo siguiente:

Basta poner de presente el artículo 25 del Decreto 196 de 1971 para descartar la prosperidad del cargo, disposición que no puede oponerse a lo previsto en el artículo 29 de la C. N. Sin embargo, no es este el caso que aquí se presenta, porque en la diligencia de indagatoria del procesado el funcionario dejó constancia de que el defensor portaba "(Licencia Provisional del Tribunal Superior de Valledupar) que lo acredita como abogado en ejercicio de la profesión", lo que permite concluir que el apoderado llenaba las condiciones para su actuación

dentro del proceso, a términos del artículo 18 del citado decreto, la licencia provisional equivale a la tarjeta profesional, luego no existe irregularidad en este punto.

Absurdo resulta, exigir corroboración de la vigencia de la autorización oficial para el desempeño de la profesión en cada una de las actuaciones en que interviene el abogado, pues el régimen del ejercicio de la abogacía hace presumir la vigencia, salvo que a través de boletines oficiales se haya comunicado la suspensión o la revocatoria de la inscripción.

2. Las actuaciones cumplidas por el defensor.

Los aspectos relativos a la defensa en materia penal, no están sometidos a reglas o parámetros fijos que impongan al abogado que asume tales funciones, la necesaria observancia de lineamientos de conducta inalterables. Ello implica la imposibilidad de juzgar, con pretensiones de acierto, la validez de una determinada forma de defensa y su mayor consistencia frente a otros posibles medios de acción, que planteados a posteriori, quizás podrían haber arrojado resultados más favorables a los obtenidos.

Observa el Ministerio Público que el defensor ciertamente no tomó parte en todas las actuaciones dentro de trámite del proceso, sin que ello implique causal de nulidad, pues en las diligencias en que su intervención era obligatoria, siempre asistió.

La Delegada hace una relación de todos los actos procesales ejecutados por el apoderado, con el fin de resaltar que si bien a los ojos de la recurrente la actividad del profesional del derecho que asistió a su prohijado en las instancias no fue la más adecuada, sí fue una intervención que demuestra que el defensor estuvo siempre a la expectativa de las resultas del proceso, sin haberlo abandonado, como se sugiere, sino más bien como una estrategia de defensa que finalmente no alcanzó los resultados pretendidos.

La intervención del defensor en la audiencia pública, indica la forma en que asumió la defensa; una aparente desidia en la labor defensiva, procurando que se produjeran profundos vacíos probatorios con miras a sustentar la falta de pruebas suficientes para fundamentar una sentencia de condena, opción válida, que no produjo los resultados ante la cuidadosa labor del sentenciador, que auscultando mucho más profundamente los diversos medios de convicción allegados a plenario, concluyó en la sentencia de condena por encontrar demostrados suficientemente los extremos que la determinan.

Concluye que la llamada "ausencia total de defensa técnica" no es tal sino por la diferente visión de la demandante que examinando el proceso a posteriori, considera que otras habían podido ser, y con mejor éxito, las actividades desarrolladas para la defensa, argumentos

a los que hábilmente mezcla hipótesis no comprobadas, alternativas que podrían ser o no ser, supuestos axiomas de defensa que, frente al caso fallado, pueden resultar diáfanos para quien se haya formado un preconcepto de la actuación o no conozca sobre los hechos circunstancias no reveladas por el expediente.

Las pruebas que extrañó el defensor en la audiencia pública, habían podido ser practicadas a petición suya y seguramente con resultados precisos —que no por ello determinantes necesariamente de un contenido diferente a la sentencia—, pero tal situación no revela ausencia total de defensa técnica, pues tan válido es afirmar ahora este postulado, como sostener que tal estrategia defensiva fue justamente esa: Procurar que la actuación estuviera desprovista de pruebas para asegurar —o al menos perseguir— una absolución sobre la base del principio del *in dubio pro reo*.

Nadie niega que existían otras posibilidades concretas de defensa. Aceptar que unos mecanismos son más adecuados que otros, que un ejercicio es más eficaz que otro hipotético representaría el desborde total de los límites de recurso de casación y de los fines mismos del derecho, pues en cada oportunidad en que el recurrente o la Corte no se hallan de acuerdo con las estrategias del defensor, se tendría que anular lo actuado en procura de unos inciertos resultados de dudosa justicia que se ajustaran a un procedimiento defensivo estricto y enmarcado por las preferencias de acción de quien así procediera.

Con la misma autoridad que la demandante predica una defensa "lastimosa", otro observador imparcial puede catalogarla de "brillante" en razón a los propósitos perseguidos. Objetivamente analizada la cuestión, resulta aceptable la no participación activa de defensor en todas las fases del proceso, precisamente para invocar después reales o supuestos estados de duda que surjan del análisis del material probatorio; procurando así un resultado final acorde con la función.

Respecto de la técnica de la demanda, señala que allí se entremezclan argumentos que sustentan la petición de nulidad, con postulados y proposiciones que nada tienen que ver con el tema central de debate en el cargo, pues responden a apreciaciones y conjeturas que hace la demandante acerca de las posibilidades de evaluación probatoria y sus resultados finales en el fallo, los cuales representan escondidos ataques a los medios de convicción cuyo ámbito de alegación se encuentra en la causal primera, cuerpo segundo, que no pueden ser objeto de estudio por ser extraños al tema debatido.

Luego de transcribir un aparte de la demanda, para demostrar la falta de técnica de la misma, concluye que con este proceder, termina la libelista dando al traste con sus pretensiones, pues a la improsperidad de la causa por la invalidez de sus planteamientos anulatorios, se suman dentro del mismo cargo ataques incompatibles contra la sentencia, presentados además sin claros fundamentos; otros argu-

mentos planteados, hacen pensar que también se pretende la invalidación del fallo por distintos vicios de procedimiento que buscan dejar la duda en el aire, para que la Corte entre a examinar detalladamente posibles o presuntos vicios que no tienen respaldo alguno en las actas procesales, en las cuales no existe constancia alguna de que se hayan vulnerado los derechos del acusado en su injurada. Así las cosas, el ataque no puede prosperar.

Segundo cargo:

- a) Violación del debido proceso por falta de investigación integral.

Luego de referirse a los argumentos de la demanda en relación con esta censura, el colaborador fiscal hace las siguientes observaciones:

En la búsqueda de la verdad, no puedo el investigador obedecer a especulaciones o versiones acomodadas de los hechos y que persigan quizás como mecanismo de evadir responsabilidades, distraer su atención para impedirle al logro de sus finalidades. Cada una de las versiones y circunstancias han de ser examinadas con criterios de racionalidad que permitan dirigir la actividad escudriñadora adecuadamente.

La vulneración del principio de la investigación integral en este asunto, no aparece sino en las proposiciones de la demanda construidas sobre argumentos que se apartan de la realidad procesal. La libelista parte de la base de que los testimonios de Oscar Arturo Legarda y Mónica Aleida Mazo dan cuenta de la realidad de los hechos y que sus narraciones presentan motivos para concluir que posiblemente la conducta se desarrolló como un acto de legítima defensa, sin embargo, tal contenido testimonial permite rebatir los asertos de la impugnante por las siguientes razones:

En verdad los presupuestos fácticos de la legítima defensa se relatan en el testimonio de la testigo citada por la demandante, sólo que, lejos de lo afirmado por la censora tales condicionantes de la causal de justificación se presentan en relación con la conducta del occiso y de su hermano, quienes reaccionaron ante el ataque de que fueron víctimas por los atracadores. Nada se dice en relación con una posible conducta defensiva de ellos, pues los advenedizos agredieron injustamente a los trabajadores, al dueño y a las personas que se hallaban en el centro de masajes asaltado, con el propósito de apoderarse de los bienes muebles que portaban. Se resalta que en posterior afirmación la testigo relata que su amigo Paolo fue despojado de su revólver y a su patrono del dinero que tenía.

La claridad en las aseveraciones de la testigo, hecha por tierra las pretensiones de la libelista de que existían dos hipótesis investigativas igualmente válidas. Su alegación no pasa de ser una especulación frente a los hechos investigados que pretende desviar la atención de la

Sala en busca de una simulación que si bien se entiende dentro de los lineamientos generales de los esfuerzos defensivos, no consulta la realidad procesal. Ninguna violación al principio de investigación integral se vislumbra.

Para poner en evidencia lo irreal de la alegación repárese el contenido de la versión del lesionado Oscar Arturo Legarda. Allí se describe ciertamente una situación que podría calificarse de contradictoria en algunos puntos con la declaración de Mónica Aleida; sin embargo, son coincidentes en lo sustancial: Los intrusos fueron quienes agredieron a los hermanos Legarda, pues así uno de ellos en verdad hubiera alistado su revólver antes de ser agredido, lo cierto es que no blandió el arma hasta cuando los agresores comenzaron su actuar delictivo y su intento se vio prontamente frustrado al someterse sin resistencia a las órdenes de quietud que le impartió uno de los asaltantes.

A tal punto llegó la pasividad del occiso, que fueron los agresores quienes pretendieron despojarlo de su arma sin darle tiempo a que la accionara o, cuando menos, a que los intimidara con ella; luego, aprovechando su superioridad circunstancial, los mismos victimarios dispararon contra Paulo Emilio Legarda y posteriormente contra su hermano.

No se ve en este relato, que se presente como línea válida de la investigación la presunta existencia de un actuar en legítima defensa por parte de los homicidas, pues fueron ellos quienes injustamente vulneraron bienes jurídicos ajenos suscitando la reacción defensiva de sus víctimas, que pese a su intento, llevaron la peor parte en estos acontecimientos.

Si la objetividad de las narraciones no permiten dar credibilidad alguna a la tesis expuesta por la libelista, lógico resulta concluir que no se violó el principio de la investigación integral como se pretende. Todos los vacíos probatorios enunciados en la demanda, responden a la propuesta de la legítima defensa; varios de tales medios de convicción conducirían a la comprobación de hechos intrascendentes o imposibles de probar dadas las circunstancias en que se presentaron los hechos, y algunos otros son simples interrogantes que se han debido proponer a los absolvientes de interrogatorios, bajo el supuesto de que los hechos en verdad hubieran ocurrido como se plantea en la demanda. Por tanto, el cargo no debe prosperar.

b) La falta de declaración oportuna del impedimento del Fiscal y su irregular tramitación.

El criterio de oportunidad que no desarrolló la libelista carece de sentido, porque durante las fases del proceso anterior a la sentencia, el agente del Ministerio Público fue persona distinta a la que al momento de la notificación del fallo se declaró impedida para intervenir en la

actuación, luego el titular de la oficina solamente podría hacerlo en tal oportunidad.

La libelista señaló como precepto vulnerado el artículo 106 del C. de P. P., sin advertir que el impedimento fue manifestado por el agente del Ministerio Público, y que por tanto, el trámite para su aceptación o rechazo no era el contemplado en la norma en cita, sino en el artículo 115 del Decreto 050 de 1987 que fija el procedimiento a seguir cuando se declaran impedidos funcionarios diversos del juzg, los que han de poner de presente al director del proceso los motivos impeditivos para que éste los califique y tome las medidas consiguientes. Del examen de la norma se concluye en lo adecuado del trámite. El ataque no debe prosperar.

c) La errónea calificación.

Este es el eje central de la acusación, lo demás son precisiones que hace la libelista en torno a cómo debe ser un recto enjuiciamiento y los requisitos que se han de agotar en la oportunidad de su pronunciamiento; más que argumentos tendientes a la demostración de lo equivocado de la calificación del proceso, son señalamientos de técnica procesal que recomienda aplicar en casos como el que es materia de sus lucubraciones.

La libelista no dio cumplimiento a las reglas de técnica del recurso, pues pese a su inicial proposición de que el sumario fue mal calificado por haberse deducido en la providencia correspondiente, un grado de participación en el delito que no acepta para su poderdante, abandonó su propósito y se dedicó a hacer afirmaciones generales sin demostrar el por qué de su inconformidad con la calificación del sumario.

La censora no analizó, como ha debido hacerlo, las razones expuestas por el instructor en la providencia en que supuestamente se cometió el error, para ochar por tierra cada una de las valoraciones que condujeron al juez a predicar la participación de Rodríguez Restrepo en los delitos investigados, partiendo de la base de que se estimó por el juzgador adecuadamente probada la empresa criminal de la que participó el condenado en la delincuencia investigada y que, si bien no detalló plenamente los planes del actuar delictivo, ni asumió las consecuencias delictivas que surgieron del desarrollo fáctico propio del hurto inicialmente programado y para el cual se utilizarían, como en efecto se hizo, armas de fuego dentro de circunstancias que fácilmente permiten vislumbrar ex ante la muy alta posibilidad de que del ilícito inicialmente previsto surjan nuevos comportamientos delictivos que se asumen como consecuencia de la propia responsabilidad.

La demandante pensó equivocadamente, que con la sola afirmación de que en el momento procesal otro era el delito que cabía imputar a su patrocinado, quedaba relevada de cualquier otro análisis que fundamentara su petición, y así, incluso con basilares errores en su ale-

gación, como aquél de que el comportamiento constituye un hurto en legítima defensa, suscribió una serie de argumentos que no comprueban el yerro del juzgador.

La vacilación en la alegación demuestra la validez de los asertos de la Delegada, puesto que luego de la anterior calificación por la que propugna la censora, varía su proposición, al aceptar la existencia de un delito contra la vida, sólo que discrepa en cuanto a las circunstancias de su ocurrencia, lo que antes no había compartido. Por otra parte pretende precisar que la errónea calificación se derivó no del tipo subjetivo, sino del objetivo, en planteamiento que resulta contrario con lo anteriormente esbozado y que impide a la Corte entrar a estudiar a fondo el ataque. En consecuencia el cargo no puede prosperar.

Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del numeral 4º del artículo 29 del C. P.

Desde el principio de lo que podría ser el desarrollo del ataque, la libelista cuestiona la validez de los hechos que estimó probados el Tribunal, pues parte de la base de que el juzgador no consideró que Oscar Arturo Legarda expresa fehacientemente y en forma rotunda una legítima defensa.

Si los presupuestos de la alegación fueran coincidentes con la sentencia, como no lo son, obviamente que tendría que examinarse con mayor detenimiento el ataque formulado contra la sentencia, pero, ante eventualidades como ésta, basta recordar lo afirmado insistenteamente por doctrina y jurisprudencia en torno a la causal primera, cuerpo primero: Su alegación exige, como presupuesto lógico insustituible, que se acepten los hechos como fueron estimados por el fallador.

Que la vía fue mal escogida, y que en gracia de discusión se habría podido acusar el fallo de vulneración indirecta de la ley sustancial sobre este aspecto, lo revelan las afirmaciones de la demanda y el Tribunal, que en su orden transcribe el Ministerio Público, para señalar que de ello resulta claro que existe una enorme discrepancia entre los hechos aceptados por la libelista y los declarados probados por el Tribunal, pues éste jamás consideró como probada la hipótesis de la legítima defensa y por ello no aplicó la norma reclamada; aquella insiste en que los hechos acontecieron en defensa de la vida de los victimarios, mas no da razones atendibles para ello.

Por falta de técnica no debe prosperar el cargo.

Cuarto cargo: Violación indirecta de la ley sustancial por vicio de legalidad en la valoración probatoria.

El Ministerio Público conceptúa que le asiste razón a la impugnante en la denuncia que hace, pues en verdad el policial que participó de la captura del acusado puso en acción un procedimiento arbitrario

—no reglado— para el reconocimiento primigenio del procesado y pudo con ello dirigir en alguna medida las acusaciones que se hicieron en contra del hoy sentenciado. Sin embargo, preciso es anotar que los falladores de instancia, no basaron sus decisiones de condena en esta única y exclusiva prueba, y que por otra parte, el denunciante había también visto al culpado durante los momentos en que permaneció frente a su establecimiento procurando la ayuda de los policiales mientras adentro, en el centro de masajes se acababan de protagonizar los hechos de sangre que costaron la vida al agente del DAS.

Las anteriores situaciones, impiden la prosperidad de la censura, porque la demanda no se ocupó de analizar todo el material probatorio restante para procurar derribar la fuerza de las conclusiones hechas en la sentencia por lo que el ataque quedó a mitad del camino al no haberse destruido la validez de las deducciones que sirvieron de fundamento a la condena. Además no se analizó qué trascendencia tenía el hecho de que el dueño de Saras Center hubiera visto al imputado y cuál sería la situación de la prueba frente al posterior reconocimiento del acusado.

Si se excluye de la sentencia la prueba irregularmente practicada, se conservarán como medios de formación del juicio de responsabilidad la testificación del denunciante a quien cabría, siguiendo los términos de la demanda, hacer una nueva crítica para tratar de derivar la validez de su testimonio, la versión jurada del sargento Puerta Patiño, de quien no podía pretenderse la invalidez o falta de fuerza probatoria de su testimonio por el indebido reconocimiento (aunque si otras censuras podrían plantearse de aceptarse como válidas varias de las múltiples aseveraciones de la demanda); y la mala justificación del acusado, pruebas estas que fueron apreciadas por el juzgador en contra del condenado. Estas pruebas no fueron tocadas en forma alguna por la libelista, y al no ser desvirtuadas, avalan la decisión impugnada, aunque se suprima la anormal diligencia de reconocimiento.

El ataque fue incompleto. Los errores por falso juicio de legalidad existieron más nada se obtuvo con su señalamiento.

La duda que pretende revivir en esta sede la libelista, es el producto de su particular visión de los hechos y de su parcial apreciación de las pruebas recaudadas; no fue situación reconocida en las instancias, ni es condición que se haya logrado demostrar con el libelo.

Como sucedió con el cargo anterior, la demandante no concreta pedimento alguno al final de su ataque, sin explicar cuál debe ser entonces el sentido de la sentencia de reemplazo. Esta falta aunque no es grave, se suma a las anteriormente destacadas —falta de precisión en el cargo, ausencia de demostración de la trascendencia de los yerros— para imponer la desestimación de lo alegado. Por consiguiente el cargo no debe prosperar.

V. Consideraciones de la Corte:

Primer cargo: Violación del derecho de defensa.

La demandante presenta como motivo central de nulidad del proceso la "ausencia absoluta de defensa técnica" del acusado, la que hace consistir en varias situaciones a las cuales se responde así:

1º Para la censura el defensor que asistió al procesado en las instancias, se identificó con tarjeta provisional de la que no se constató su vigencia dentro del proceso.

Según la constancia que dejó el funcionario en la diligencia de indagatoria de Luis Fernando Rodríguez Restrepo, el defensor portaba "tarjeta profesional número 576 (Licencia Provisional del Tribunal Superior de Valledupar) que lo acredita como abogado y en ejercicio de la profesión".

El artículo 18 del Decreto 196 de 1971 dice:

"Los Tribunales expedirán licencia provisional a los abogados que se inscriban a partir de la vigencia de este decreto, mientras el Ministerio de Justicia les entrega la correspondiente tarjeta profesional".

De lo antes transscrito se colige, que el defensor designado por el procesado llenaba las condiciones para actuar en el proceso, pues estaba habilitado para ello. Como acertadamente lo afirma el Procurador, la licencia provisional equivale a la tarjeta profesional, sólo que aquella tiene calidad de tal hasta tanto se dote al abogado del documento oficial expedido por el Ministerio de Justicia.

Exigir que se constate la vigencia de la licencia provisional resulta un absurdo, porque como lo señala el Ministerio Público, el régimen del ejercicio de la abogacía hace presumir la vigencia, salvo que a través de boletines oficiales se haya comunicado la suspensión o la revocatoria de la inscripción.

La censora incurre en un error, pues al parecer confunde la licencia provisional que portaba el defensor, con la licencia temporal que se otorga hasta por dos años improrrogables al abogado que no ha obtenido el título respectivo, en la cual es necesario indicar la fecha de su caducidad (arts. 31 y 32 del Decreto 196 de 1971), pues de otra manera no resulta explicable que se acuda a la no constatación de la vigencia de tal documento como condicionante de una falta de defensa técnica.

En conclusión, no le asiste razón a la demandante en esta censura, pues no existe ninguna irregularidad.

2º Las actuaciones cumplidas por el defensor.

Que el defensor no hubiera tomado parte en todas las actuaciones que se llevaron a cabo dentro del trámite procesal no conduce a una declaratoria de nulidad, pues de ninguna manera constituye violación del derecho del acusado a defenderse, ya que en las diligencias en que su intervención era obligatoria de acuerdo con la ley, siempre estuvo presente para asistir a su patrocinado.

El Ministerio Público, en manifestaciones que responden a una atendible realidad procesal, advierte que las intervenciones del defensor de Rodríguez Restrepo demuestran que siempre estuvo atento al desenvolvimiento del proceso, pues oportunamente hizo su aparición cada vez que lo estimó prudente o necesario, sin haberlo abandonado a su suerte como se afirma, sino más bien como una estrategia de defensa que finalmente no alcanzó los resultados pretendidos.

A este respecto es importante tener en cuenta la relación de los actos procesales ejecutados por el apoderado así: Estuvo presente durante la indagatoria, solicitó copias de la actuación y firmó la diligencia de reserva respectiva, asistió a su representado en la diligencia de fila de personas, se notificó oportunamente del auto que resolvió la situación jurídica, intervino en posterior ampliación de indagatoria, fue informado telefónicamente del primer cierre de la investigación, oportunamente impetró la excarcelación del procesado por vencimiento del término para calificar lo que le valió obtener una resolución favorable a su pretensión. Se notificó en forma personal de la resolución acusatoria y el mismo día pidió la sustitución de la caución prendaria por juratoria.

En el Juzgado de conocimiento recibió notificación personal del auto que abrió el juicio a prueba y presentó una solicitud para que se practicaran algunas diligencias, la que fue rechazada mediante auto interlocutorio que no impugnó, pese a haberle sido notificado personalmente. Se notificó en igual forma del auto que puso a disposición de las partes una experticia médica legal aportada en la fase del juicio y de la providencia que señaló fecha y hora para la práctica de la audiencia pública de juzgamiento. Intervino como defensor en la vista pública con argumentos atinentes a la historia procesal y la situación particular de su asistido, lo que revela su seguimiento de la actuación y el ejercicio de una actividad profesional. Proferida la sentencia, recibió notificación personal del fallo de primer grado, procediendo a interponer el recurso de apelación.

No se puede desconocer la real participación del defensor, para decir que ésta no se dio o se produjo de manera reprochable, porque otras habían podido ser y con mejor éxito, las actividades a desarrollar para el objetivo de la defensa, pues la garantía no llega hasta el extremo de comprender también su acertado ejercicio, ya que los abogados pueden cometer errores e incurrir en omisiones que afecten los inte-

reses de sus poderdantes, sin que por ello pueda afirmarse válidamente que se ha violado algún derecho procesal. Una cosa es que a juicio de un defensor se hubiera podido hacer una intervención más activa en algunas diligencias y presentado más peticiones de las que realizó su antecesor, o que no se comparta la estrategia asumida por éste, y otra que no haya existido defensa técnica.

Coincide la Sala con la apreciación del Procurador en cuanto a que el proceder de defensor respondió a una particular manera de ejercer el derecho de defensa, pues aprovechando lo que en su criterio constitúa una deficiencia probatoria, en la audiencia pública de juzgamiento alegó como fundamento central de su solicitud de absolución, la carencia de pruebas necesarias para la sentencia condenatoria, opción válida dentro del ejercicio de la profesión de abogado, que no produjo los resultados esperados ante la cuidadosa labor del sentenciador, que analizando profundamente los diversos medios de convicción allegados a los autos, concluyó en la por encontrar demostrados suficientemente los requisitos exigidos.

Pero así se tomara la defensa ejercida como discutible por existir otras posibilidades para concretarla, tampoco por esto devendría la nulidad del trámite con base en la alegación. Tiene razón la Delegada cuando dice que si bien las pruebas extrañadas por el defensor en la audiencia pública, "habían podido ser practicadas a petición suya y seguramente con resultados precisos —que no por ello determinantes necesariamente de un contenido diferente de la sentencia—, tal situación no revela en modo alguno ausencia total de técnica, pues tan válido es afirmar ahora este postulado, como sostener que tal estrategia defensiva fue justamente esa: Procurar que la actuación estuviera desprovista de pruebas para asegurar —o al menos perseguir— una absolución sobre la base del principio universal del *in dubio pro reo*".

Se critica sin ningún fundamento atendible, que el defensor no hubiera aprovechado el momento en que se dictó al procesado medida de aseguramiento por el delito de hurto, para indemnizar y agilizar la desvinculación del mismo al proceso, olvidando que para entonces las pruebas existentes en el proceso revocaban sin duda alguna la existencia de un delito de homicidio, luego nada podía garantizar que tal mecanismo procurara los pretendidos resultados.

Tampoco es un argumento válido para fundamentar la ausencia absoluta de defensa técnica la no interposición de recursos en el trámite de las instancias, ya que esa es una opción que queda a juicio de la parte afectada por la decisión, quien según el análisis que haga resolverá si recurre o no, siendo precisamente esta determinación ejecución de la estrategia defensiva.

De otro lado, debe observarse que en la sustentación se entremezclan los argumentos que sustentan la petición de nulidad del proceso, con postulados y proposiciones que responden a simples apreciaciones y conjecturas que hace la demandante respecto a la evaluación probatoria y sus resultados finales en el fallo, los cuales representan camuflados ataques a los medios de convicción que sólo pueden hacerse al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, los cuales no pueden ser objeto de estudio en este cargo, por ser extraños al tema central del debate.

Son suficientes las razones anteriormente dadas para que se concluya que el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo:

a) Violación del debido proceso por falta de investigación integral.

Es perfectamente atinada la observación del Ministerio Público, en el sentido de que la vulneración en esto asunto del principio de la investigación integral, no aparece más que en las actuales proposiciones de la demanda, construidas sobre argumentaciones que se apartan de la realidad procesal.

La censora parte de la base de que los testimonios de Oscar Arturo Legarda Medina y Mónica Aleida Mazo Varcla dan cuenta de la realidad de los hechos y que sus narraciones presentan motivos suficientes para concluir que posiblemente la conducta se desarrolló como un acto de legítima defensa, hipótesis que no fue investigada, pues solamente se instruyó la tesis del sargento que "manipuló" al denunciante, y a los testigos, incluidos sus subalternos.

Basta examinar el contenido de los testimonios aludidos, para concluir, que nada dicen en relación con una posible conducta defensiva de los asaltantes, luego no estaba obligado el instructor a escudriñar sobre hipótesis inexistentes o que no tenían respaldo procesal.

Mónica Aleida Mazo en su primera versión, narra que se encontraba sentada con Paulo y Oscar con Martha, el patrono se asomó por el balcón y vio los clientes que iban a entrar, les dijo a ellas "pilas que llegaron dos clientes"; Paulo le dijo a ella "ya les resultó trabajo a ustedes ya nos vamos a quedar solos". Sostiene la testigo que se iba a parar cuando los clientes entraron a la Sala, "Paolo (sic) vio que algo raro iba a pasar" porque uno de los dos clientes se les arrimó y dijo que se quedaran quietos que no fueran a hacer nada, el sujeto bajito que estaba como trabado se arrimó a Paolo y a Oscar y "nos dijo que quietos y apenas Paolo (sic) vio que nos iban a atracar", tomó un revólver y el moronito cogió de la mano a Paolo (sic) con el ánimo de quitarle el arma y se hizo un disparo al aire, ella salió corriendo y el sujeto se iba a devolver para matarla, pero logró introdu-

cirse en una Sala. En posterior afirmación relata que su amigo Paulo fue despojado del revólver y su patrono del dinero que tenía.

Oscar Arturo Legarda, narra los hechos diciendo, que el dueño del negocio era amigo de él y de su hermano "Paulo Emilio Legarda que los había llamado por teléfono para que se tomaran unos tragos en el centro de masajes. Estaban tranquilos ahí, cuando a eso de las siete y media de la noche, Jorge Iván como que miró que llegó alguien, le hizo señas a mi hermano de que se alistara, le dijo algo, entonces mi hermano llegó y alcanzó a escucharle, entonces cogió el revólver que él tenía y lo tenía en la mano, y estábamos sentados... llegaron dos tipos ahí, cuando el uno vio que mi hermano movió la mano, se vino para donde mi hermano y le dijo quieto quieto... estaba llamando al otro tipo que estaba hablando con el dueño del negocio, cómplice pues de él, cuando el tipo le decía a mi hermano quieto quieto, se abalanzó a mi hermano a quitarle el revólver", ellos forcejearon y se les fue un tiro contra la pared, apenas sintió el tiro se vino el otro sujeto que estaba armado, entre los dos querían quitarle el arma a su hermano y le estaban apuntando a la cabeza, estaban forcejeando cuando llegó el otro tipo "cogió el revólver y le pegó un tiro a mi hermano me le iba a abalanzar a quitarle el arma, entonces también sacó y pum me pegó un tiro en el estómago".

Respecto a estos testimonios se tiene que no son concordantes en algunos aspectos, sin embargo coinciden en lo sustancial: Los intrusos fueron los que agredieron a los hermanos Legarda, pues aún en el evento de que en verdad Paulo hubiera alistado su revólver antes de ser agredido, lo cierto es que no intentó utilizarlo sino cuando los agresores comenzaron su actuar delictivo, notese cómo inicialmente se sometió sin resistencia a las órdenes de quietud que lo impidió uno de los asaltantes, su pasividad llegó hasta el punto de que fueron sus agresores quienes pretendieron despojarlo del arma sin darle tiempo a reaccionar, y aprovechando su superioridad circunstancial los victimarios dispararon contra Paulo Emilio Legarda y posteriormente contra su hermano.

Así las cosas, resulta improcedente la nulidad planteada en este caso, ya que sobre simples hipótesis que no consultan la realidad procesal, no puede edificarse eficazmente un motivo de casación.

Los vacíos probatorios que enunció la demandante, responden a la propuesta que ella misma fundamentó —la acción realizada en legítima defensa—, que como se vio no tiene respaldo en las declaraciones que invoca. Entonces, algunos de los medios de convicción que se han debido evacuar frente a la hipótesis que se plantea, conducirían a la comprobación de hechos intrascendentes o imposibles de probar dadas las circunstancias en que se presentaron los hechos; otros son simples interrogantes que se han debido proponer a los absolvientes de interrogatorios, bajo el supuesto de que en verdad los hechos hubieran ocurrido como se plantea en la demanda.

El cargo carece de fundamento y por eso será desestimado.

b) La falta de declaración oportuna del impedimento del Fiscal y su irregular tramitación.

La libelista no demuestra la existencia de ningún error, se limita a criticar la oportunidad en que el Fiscal se declaró impedido, sin efectuar una revisión al expediente, pues de haberlo hecho, se hubiera percatado de que durante las fases del proceso anteriores a la sentencia, actuó como Ministerio Público el Delegado de la Personería y posteriormente el fiscal encargado doctor Aristóbulo Giraldo Ramírez, personas distintas a la que se declaró impedida para intervenir en la actuación al momento de la notificación del fallo, lo que quiere decir, que el titular de la oficina doctor Ovidio Zapata Pulgarín, únicamente podía declararse impedido cuando lo hizo, luego carece de sentido el reproche.

En estas condiciones, es contraria a la verdad procesal la afirmación que hace la censora, en el sentido de que se violó el derecho de defensa, porque si el Fiscal actuó existiendo una causal de impedimento queda al descubierto que no ejerció su función con libertad e imparcialidad requeridos.

De otra parte es importante destacar, que la libelista incurre en un grave error al sustentar la infracción a las formas propias del juicio invocando el contenido del artículo 196 del Código de Procedimiento Penal, como el que se ha debido aplicar en la tramitación del impedimento y que señala que tal determinación corresponde a la Sala de Decisión Penal de los Tribunales, sin tener en cuenta que tal declaración fue manifestada por —Agente del Ministerio Público—, luego la norma que fijaba el procedimiento a seguir en este caso era el artículo 115 del Decreto 050 de 1987 que dice:

"Impedimento o recusación de otros funcionarios: Las causales de impedimento y las sanciones, son aplicables al agente del Ministerio Público y los secretarios de los Juzgados y Tribunales, quienes pondrán en conocimiento del magistrado o juez correspondiente el impedimento que exista..."

Del contenido de la norma transcrita se concluye que el trámite del impedimento manifestado por el Fiscal Primero fue el adecuado, en consecuencia el reproche se desestimará.

c) La errónea calificación.

El señor Procurador hace una acertada crítica a la fundamentación del cargo, para concluir con sobrada razón que la libelista no dio cumplimiento a las reglas técnicas de este extraordinario recurso, lo que impidió a la Corte entrar en el fondo del ataque.

La inicial posición de la impugnante radica en que el sumario fue mal calificado por haberse deducido en la providencia correspondiente un grado de participación que no acepta para su podordiente, sin embargo, abandona su propósito y se dedica a hacer afirmaciones generales, sin demostrar como ha debido hacerlo, el por qué de su inconformidad con la calificación del sumario.

La censora no entró a analizar las razones expuestas por el funcionario instructor en la providencia en que supuestamente se cometió el error, para atacar las valoraciones que condujeron al juez a predicar la participación de Rodríguez Restrepo en los delitos materia de investigación, partiendo como es obvio, de la base de que se estimó por el juzgador adecuadamente probada la empresa criminal de la que participó el condenado, pues si bien no detalló él plenamente los planes del actuar delictivo, sí asumió las consecuencias delictivas que surgieran del desarrollo fáctico propio de hurto inicialmente programado para el cual efectivamente se hizo uso de arma de fuego, circunstancia que fácilmente permite vislumbrar la muy alta posibilidad de que del ilícito inicialmente previsto surjan nuevos comportamientos delictivos que se asumen como consecuencia de la propia responsabilidad.

La actora se limita a afirmar que en el momento procesal otro era el delito que cabía imputar a su patrocinado, absteniéndose de efectuar un análisis que fundamentara su pretensión, y acude a argumentos que en ningún momento comprueban el yerro del juzgador. El ataque es tan poco afortunado, que incluso se refiere a que el comportamiento constituye "hurto con justificación en la legítima defensa", causal que por lógica es imposible de considerar en un delito contra el patrimonio económico.

Incurre la casacionista en una evidente contradicción que deja sin piso el ataque formulado a la sentencia, puesto que inicialmente afirma que: "El sujeto que inicia o persigue un hurto, y se ve enfrentado a defender su vida porque lo esperan con arma de fuero (sic) para repero, no está ante el homicidio y las lesiones personales sino ante un tipo diferente...". Luego sostiene que "...se debió proveer suficientemente para calificar el tipo exacto que se adecua a los hechos que plantocaban dos hipótesis y es imposible metodológicamente que haya homicidio violento sin circunstancia modificatoria de la imputación y haya homicidio con justificación o legítima defensa y eso tenía que dirimirlo la investigación...". Es indudable que aquí la libelista varía su posición, pues en esta oportunidad acepta la existencia de un delito contra la vida que antes había rechazado, sólo que discrepa en cuanto a las circunstancias de su ocurrencia.

Las consideraciones anteriores son suficientes para desestimar el cargo.

Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del numeral 4º del artículo 29 del Código Penal.

Como el cargo fue formulado por violación directa, no es procedente cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia, ni la valoración de las pruebas. Esto equivale a decir que el demandante acepta los hechos que el fallador considera ocurridos, y se ocupa de impugnar únicamente la selección o la interpretación de las normas.

En el caso en estudio, la demandante cuestiona la validez de los hechos que estimó probados el Tribunal, pues parte de la base —que no consideró el fallador— de que Oscar Arturo Legarda “expresa fehacientemente y en forma (sic) rotunda una legítima defensa”.

La falta de técnica en la presentación del cargo se evidencia en el siguiente aparte de la demanda:

“Si los dos sujetos que entraron al centro de masajes, como se desprende de la prueba. Si fueron obligados a defenderse, si fueron repelidos violentamente, porque el solo exhibir arma de fuego intimida y pone en guardia todo el instituto (sic) defensivo que tiene el ser humano, si existía noticia de las circunstancias por versiones de personas que no tenían por qué (sic) targiversar, ni mentir.

“Si en Colombia esta circunstancia de justificación ha imperado, se ha hecho respetar, la han aplicado los Tribunales y Juzgados, es inexplicable pucs, por qué razón el fallador no precisó esta justificativa y la aplicó”.

El Tribunal jamás consideró como probada hipótesis alguna de legítima defensa y por ello no aplicó la norma ahora reclamada, conforme se evidencia de las siguientes afirmaciones de la sentencia:

“En tales condiciones y como quiera que el susodicho procesado se allanó libre y conscientemente a los resultados probables que pudiera lograr aquella empresa criminal, y no subsistiendo en su favor causales de justificación o de inculpabilidad —arts. 29 y 40 del C. Penal— para ampararle válidamente, imperativo resulta para la Sala convalidar íntegramente el juicio de reproche que se le dedujo por aquel concurso de punibles, puesto que en tratándose de apelante único, es por mandato del artículo 31 de la Constitución Nacional que el *ad quem* no puede agravarle la pena impuesta”.

Razón le asiste al Ministerio Público cuando afirma que existe una enorme discrepancia entre los hechos aceptados por la libelista y los declarados probados por el Tribunal.

La Corte se encuentra ante un alegato de instancia, en el cual la demandante plantea argumentos fuera de la técnica propia del recurso, insiste en que los hechos acontecieron en defensa de la vida de los

victimarios, con razones que no son atendibles porque no demuestran la existencia de ningún error, y a lo que conducen es a destacar que la actora simplemente sostiene una conclusión diferente a la del juzgador, producto de una particular visión de los hechos, olvidando que la sentencia de segunda instancia, aunque no está ejecutoriada tiene carácter definitivo y está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, que sólo puede quebrarse con la demostración de un error *in iudicando o in procedendo*.

El reproche será desestimado.

Cuarto cargo: Violación indirecta de la ley sustancial.

1º La censura consiste en que se incurrió en error de derecho por haberse utilizado "*un medio probatorio, el reconocimiento del condenado, ilegalmente producido*".

Reconocerle entidad de prueba a lo que jurídicamente no la tiene por vicios en su recaudación o aducción evidentemente constituye un error de derecho por falso juicio de legalidad.

No obstante, en la impugnación que se resuelve ese tipo de error no tuvo ocurrencia; basta con leer el acta respectiva del reconocimiento en fila de personas practicado por el instructor el 20 de diciembre de 1990, para observar que se hizo conforme a los ritos que señala el artículo 390 del Código de Procedimiento Penal aplicable, cuyo texto se limita a transcribir la recurrente pero sin plantear ningún argumento encaminado a demostrar que haya existido error alguno en la producción de la prueba.

La inconformidad de la recurrente la circunscribe a que dadas las circunstancias previas a la práctica de la diligencia, José Iván Ramírez López no podía evitar señalar a Luis Fernando Rodríguez "como la persona que fue cómplice de los hechos punibles", toda vez que éste, luego de su captura fue llevado por el sargento al lugar de los hechos mostrando su foto y presentándolo al denunciante "ni siquiera como sospechoso sino como 'cómplice', dándole su nombre para que fuera a colocar el denuncio contra él mismo, luego era inequívoco, indubitable" que aquél lo reconocería. El sargento Puerta Patiño "fue infidente en su gestión, manipuló esta prueba, había información de ello en el proceso, previa al simulacro de reconocimiento", sin embargo, el juez de segundo grado le dio "plena credibilidad a este medio probatorio para la identidad del condenado".

Es evidente que el cuestionamiento de la libelista apunta directamente a la credibilidad del reconocimiento, a su indebida valoración probatoria, reproche que no pertenece al ámbito del error de derecho por falso juicio de legalidad a cuyo amparo presentó el cargo, sino al error de derecho por falso juicio de convicción.

Al respecto, debe tenerse muy en cuenta que las dos formas del error de derecho son excluyentes, no pueden ser planteadas simultáneamente respecto de una misma prueba. Si se parte del supuesto de que la prueba es inexistente porque se recauda sin los requisitos señalados por la ley, mal puede plantearse con respecto a la misma un falso juicio de convicción a causa de su indebida valoración.

A la evidente contradicción en que incurre la impugnante, se suma que la demanda no es correcta en cuanto a la precisión del error de derecho que aduce y su trascendencia, por lo que es necesario hacer las siguientes observaciones:

En el desarrollo del cargo, la censora recuerda el contenido del artículo 391 del Código de Procedimiento Penal y lo pertinente de un pronunciamiento de la Corte del año de 1984. Además trata de demostrar una discordancia entre los testimonios del administrador del centro de masajes y del sargento Puerta Patiño para hacer una crítica a la sentencia impugnada y finalmente concluye:

"También debe observarse que el carné si era un reconocimiento fotográfico turbión es una prueba ilegalmente producida, pues el reconocimiento fotográfico sigue la técnica del artículo 391 del C. de P. P.".

"Por tanto cómo es posible tener en cuenta para reconocer al ejecutado (sujeto activo) de tan delicado asunto penal como es el homicidio agravado, la tentativa agravada y el hurto, con esta forma tan irregular de reconocer al presunto 'cómplice' conculado por este medio probatorio y las únicas declaraciones del sargento y del dueño del establecimiento...".

Al respecto se recuerda a la demandante que el reconocimiento en fila de personas no fue el único medio para identificar al implicado, hasta el punto de que bien podía no haberse practicado esa diligencia, por existir previamente prueba testimonial que señalaba al capturado como uno de los participes de los hechos investigados.

De otro lado, resulta desatinado atacar la prueba testimonial que tuvo en cuenta el fallador para proferir la sentencia de condena, pretendiendo demostrar ilegalidades en su aducción porque ello implica según la formulación y desarrollo del cargo que a estos medios probatorios totalmente diferentes al reconocimiento en fila de personas se les está exigiendo los mismos ritos que la ley exige para este último medio probatorio.

Estos desaciertos, indefectiblemente hacen fracasar el reproche.

2º Dentro de este mismo cargo, la casacionista plantea la vulneración del principio del *in dubio pro reo*, porque según su parecer, las

declaraciones iniciales, "dejan una sensación definitiva y concreta de que los atracadores se vieron compelidos a defenderse al ser confrontados por los agentes del DAS", luego si existía la posibilidad de esta causal de justificación, no hay explicación alguna para que la sentencia violara este principio fundamental del derecho, excluyéndolo sin motivo alguno.

La sensación de que los atracadores se vieron obligados a defenderse, sólo puede existir en la opinión de la libelista, que cree que rechazar a unos delincuentes armados que pretenden cometer un hurto, constituye injusta agresión. Es increíble que la defensora llegue hasta el extremo de considerar legítimo y justificado el comportamiento homicida de los asaltantes y también que critique como indebida la reacción de las víctimas, como si estar preparado para defenderse fuera una falta grave, en la medida en que obstaculiza los ilícitos propósitos de los compinches de su representado.

El afán defensivo no puede llevar al abogado al terreno de la inversión de los valores, ni al planteamiento de tesis que dejan mucho que desear sobre su verdadera competencia y la capacidad para captar la realidad y su valoración jurídica.

Ante argumentación tan ilógica, obviamente no podía llegar a la precisión que el cargo requiere, mucho menos a su demostración, y ni siquiera concretar petición alguna, razones de más para su desestimación.

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.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Veldsquez, Didimo Pérez Fernández, Edgardo Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

TERMINO

Los términos no son simples mojones que se colocan en el proceso para diferenciar monumentos de importancia para la cuestión que se decide. Ellos constituyen una garantía efectiva para los sujetos procesales en la medida que le permiten a cada cual un lapso determinado para conocer las decisiones judiciales y poder interponer los recursos necesarios en salvaguarda de sus intereses. Son, por tanto, una herramienta indispensable para resguardar los derechos fundamentales, alma y nervio del proceso mismo. / No es justo que al recurrente se le descuenten cuatro (4) días, de los treinta (30) que la ley le asigna, pues ello indica que su tiempo para estudiar el proceso y elaborar el escrito para fundamentar su recurso, queda reducido a veinticinco días. / Si un tropiezo como es el negarle al recurrente la oportunidad de temer en su poder el proceso, durante todo el tiempo preceptuado por la normatividad, no avala la ampliación de un término, tampoco puede servir para restringirlo. / Si al expediente se le negó el acceso por unos días, el término no podía empezar a correr, pues se estaría desconociendo el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 41.

Vistos:

Decide la Sala sobre la petición de nulidad hecha por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien, por tal motivo, se abstuvo de conceptuar sobre la demanda de casación presentada en este proceso.

Antecedentes:

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992), confirmó la sentencia de primera instancia. En tiempo, el defensor de los condenados *Ramiro Vergara y Stella Melo*, interpuso el recurso de casación. El treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), un informe secretarial señala que la sentencia quedó en firme el día anterior. El cinco (5) de octubre siguiente, la Colegiatura concedió la impugnación presentada, ordenando correr tránsito por treinta días al recurrente para que presente la demanda de rigor. El quince (15) de octubre se notificó personalmente al agente del Ministerio Público y el dieciséis, por escrito. El mismo quince (15) aparece un poder de Ramiro Vergara a una profesional del derecho para que interponga el citado recurso extraordinario. El diecinueve (19), esta vez en compañía de Stella Melo, repite los términos del poder. El veinte (20) el Tribunal solicita constancia sobre la presentación personal de los dos memoriales. Dos días después, una empleada de la Secretaría de la Corporación, aclara lo pertinente, reconociéndose el mismo día a la abogada como representante judicial de los encartados.

El veintiséis (26) de octubre aparece una constancia secretarial que señala —a partir de la fecha— el comienzo de los treinta (30) días para la sustentación del recurso, venciendo el nueve (9) de diciembre a las seis (6) de la tarde. La demanda aparece presentada el siete (7) de diciembre.

La petición:

Advierte el señor Procurador Delegado la existencia de una irregularidad sustancial que vicia de nulidad la actuación surgida a partir del auto que declaró presentada en tiempo la demanda de casación, pese a su extemporaneidad. Al efecto, hace las respectivas cuentas indicando como equivocado el veintiséis de octubre como inicio del término de sustentación. El auto admisorio del recurso —indica— cumplió su notificación por escrito el dieciséis de octubre y, teniendo en cuenta la existencia de dos días inhábiles (sábado y domingo) más tres de ejecutoria, es a partir del veintidós de octubre que se inicia la cuenta de los treinta días hábiles para presentar la demanda de casación. Por tanto, el plazo se terminó el cuatro de diciembre y no el siete como equivocadamente lo entendió la Secretaría, con una extensión arbitraria de los términos.

Como sustento de sus argumentos, la Delegada cita pronunciamientos recientes de la Sala en los que se destaca el carácter de orden público que le asiste a los términos legales y, por ende, su invariabilidad por motivos de seguridad jurídica, sin que puedan sujetarse a las ampliaciones o restricciones que sobre ellos dispongan los funcionarios o convengan las partes.

En consecuencia, solicita de esta Corporación se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que declaró presentado en tiempo el escrito sustentatorio del recurso y, por ende, se declare desierta dicha impugnación.

La Corte:

1. Los términos no son simples mojones que se colocan en el proceso para diferenciar momentos de importancia para la cuestión que se decide. Ellos constituyen una garantía eficaz para los sujetos procesales en la medida que le permiten a cada cual un lapso determinado para conocer las decisiones judiciales y poder interponer los recursos necesarios en salvaguarda de sus intereses. Son, por tanto, una herramienta indispensable para resguardar los derechos fundamentales, alma y nervio del proceso mismo.

2. Como quiera que de los lapsos que contienen dependen la actividad de las partes, únicamente las normas que los contemplan son sus regentes. Es la seguridad jurídica la razón primordial. No pueden, por tanto, estar sujetos a interpretaciones o acomodamientos, ni por los funcionarios o empleados que los trajinan, ni por los intervenientes procesales, salvo que la misma disposición lo permita. El evento de la renuncia a ellos por quien ha ejercido con premura su derecho, es un claro ejemplo.

3. En el asunto en comento, el libelista orientó su actividad profesional siguiendo el conteo realizado por la Secretaría del Tribunal de Santa Fe de Bogotá, presentando dentro del término signado por la Colegiatura, el escrito sustentatorio del recurso de casación impetrado. Es indudable que estuvo atento a los datos que le proporcionó la Corporación, considerándolos correctos por provenir de quien había dictado la sentencia. Fue riguroso en el cumplimiento de su deber y se pretexto de un requisito formal aplicado erróneamente por la administración de justicia, no puede negársele hoy el derecho a ser escuchado en esta Sede.

4. En el caso de la especie, como lo anota la Delegada, el término para presentar la demanda de casación empezó a correr el veintidós (22) de octubre, venciendo el cuatro (4) de diciembre. Sin embargo, el secretario del Tribunal decidió que sólo hasta el veintiséis (26) de octubre se daba inicio al término en comento. Por consiguiente, sólo a partir de ese día —erróneamente señalado— el recurrente tuvo la oportunidad de tener a su disposición el expediente para el estudio previo a la elaboración del libelo.

5. La falencia del empleado es ostensible; no obstante, no es justo, que al recurrente se le descuenten cuatro (4) días, de los treinta (30) que la ley le asigna, pues ello indica que su tiempo para estudiar el

proceso y elaborar el escrito para fundamentar su recurso, quedó reducido a veintiséis (26) días.

La actuación secretarial, por consiguiente, no se circunscribe al error aritmético señalado en precedencia; de igual manera, le negó al recurrente la oportunidad de tener en su poder el proceso, durante todo el tiempo preceptuado por la normatividad. Así las cosas, si un tropiezo de esta naturaleza no avala la ampliación de un término, tampoco puede servir para restringirlo. Por tal motivo, la petición del Ministerio Público es inconducente, pues atenderla equivaldría a prohijar esta irregularidad. Es decir, si al expediente se le negó el acceso por unos días, el término no podía empazcar a correr, pues se estaría desconociendo el derecho de defensa. Se dispone, por consiguiente, la devolución del expediente al Despacho del Procurador Delegado para que emita el concepto de ley.

6. Este pronunciamiento da ocasión a que se ordene la expedición de copias con destino a las autoridades disciplinarias a fin de que realicen la investigación correspondiente sobre la posible responsabilidad que pueda caberles a los empleados y funcionarios que hicieron posible la distorsión de los términos judiciales, en este proceso.

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

Resuelve:

1. *No decretar* la nulidad solicitada por el señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal y, en su lugar, *disponer* el envío del proceso a su Despacho para que emita el concepto de rigor.

2. *Ordenar* la compulsación de copias con destino a las autoridades competentes a fin de que se investigue disciplinariamente a los funcionarios y empleados que provocaron el conteo erróneo de los términos, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Gornica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / CASACION OFICIOSA
/ NULIDAD

Es verdad que el nuevo Código de Procedimiento Penal permite la formulación de cargos excluyentes, pero cuando esto se hace 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 tener la necesaria claridad y precisión, sobre la verdadera inconformidad del recurrente. / La mezcla en el mismo cargo de las dos modalidades de violación —directa e indirecta— y la conclusión en la nulidad impetrada, impiden un pronunciamiento de fondo, porque la Sala no tiene facultades para seleccionar entre diversos reproches contradictorios alegados en forma conjunta, ni para corregir la demanda. / El estudio oficioso de la nulidad únicamente procede cuando para la Sala sea ostensible que se ha incurrido en una irregularidad.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 41.

Vistos:

Procede la Corte a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Edgar Eberto Camejo Segura*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Octavo Superior de la misma ciudad, en virtud de la cual se condenó al aquí recurrente por los delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de armas, a la pena principal de sesenta y un (61) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, adicionándola en el sentido de declarar que el procesado "no es merecedor de subrogados penales".

Hechos:

Fueron resumidos así por el Tribunal Superior:

"La noche del 31 de diciembre de 1990 se produjo una colisión entre dos vehículos de servicio público en la Avenida Caracas con calle 31 sur de esta ciudad capital, a consecuencia de la cual los dos conductores, José Deuvilio Lozano y Edgar Eberto Camelo Segura, se enfrentaron en acalorada discusión acerca de quien debía responder por los daños causados. Como pasados unos minutos no había un arreglo, descendió del taxi conducido por el primero el pasajero Benigno Rubiano Buitrago, quien intercedió en favor de Lozano, intervención que no agrado a Camelo, quien procedió entonces a esgrimir su revólver calibre 38 largo propiedad de su hermano Henry Camelo, con salvoconducto caducado, accionándolo por una vez hacia la humanidad de Rubiano y causándole heridas en el brazo izquierdo así como en la región torácica izquierda. Luego de lo anterior, el conductor Camelo se alejó con sus propios pasajeros, siendo casualmente retenido esa misma noche en alrededores del CAI de Santa Lucía, por aviso de uno de los hijos del herido".

Actuación procesal:

La Policía Judicial —Unidad Investigativa Restrepo— puso a disposición de los Jueces Penales Municipales de esta ciudad capital al retenido Edgar Eberto Camelo Segura, así como también el revólver Smith Wesson número TD 76282.

El Juzgado Cincuenta y Uno Penal Municipal abrió la correspondiente investigación en auto de enero 2 de 1991. Luego de haber recepcionado los testimonios de Benigno Alberto Rubiano Lopera, Bertha Librada Lopera de Rubiano, Benigno Rubiano Buitrago y oido en indagatoria a Edgar Eberto Camelo Segura, el Juzgado consideró que se estaba en presencia de un delito de homicidio en grado de tentativa, por cuanto los hechos investigados daban cuenta de actos idóneos encaminados inequivocadamente a dar muerte, "pero que por circunstancias ajenas a su voluntad no se consumó", optando por la remisión de las diligencias a los Jueces de Instrucción Criminal —Reparto—.

Correspondió el proceso al Juzgado Veintiocho de Instrucción Criminal, despacho que con las pruebas recopiladas incluido el dictamen médico legal que determinó una incapacidad provisional de treinta y dos (32) días para Benigno Rubiano, resolvió la situación jurídica del procesado, mediante auto de enero 9 de 1991, imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el "punible de homicidio en grado de tentativa".

Apelado el auto por el defensor del procesado, el Tribunal Superior confirmó la medida haciéndola extensiva, además, por el "delito de *porte ilegal de armas*", al considerar de acuerdo con la Fiscalía, que la investigación se había ocupado también de tal ilícito, y los medios probatorios permitían atribuir dicho punible al procesado.

Se trajeron al proceso las declaraciones de Justino Hernández Rojas, Edward Sánchez Mejía, Luis Alejandro Cruz Sanabria, Antonio María Rodríguez Sepúlveda, César Augusto Rubiano Lopera, Henry Camelo Segura y Paulina Beltrán de Jaimes. Igualmente fue escuchado Camelo Segura en ampliación de indagatoria.

El 7 de mayo de 1991 se calificó el sumario con resolución de acusación contra Edgar Eberto Camelo Segura por los delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de armas.

El Juzgado Octavo Superior adelantó la etapa del juicio y celebrada la audiencia pública, el 15 de agosto de 1991 profirió sentencia condenatoria de conformidad con el pliego de cargos, la que fue confirmada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 24 de octubre del mismo año, al desatar el recurso de apelación oportunamente interpuesto.

Contra la sentencia del Tribunal, tanto el procesado como su defensor, interpusieron el recurso extraordinario de casación.

La demanda:

El libelista invoca la causal primera, cuerpo primero, del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989. Acusa la sentencia de haber "vulnerado por vía directa" la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 323 y 23 del Código Penal —tentativa de homicidio— "a una situación de hecho que no es en estricto sentido, la prevista por el supuesto fáctico de dicha disposición", excluyendo a su vez los artículos 332 inciso 2º y 60 de la misma codificación.

En el desarrollo del único cargo que formula, sostiene el demandante que en la escogencia de la norma, la sentencia ha olvidado "que la determinación del interés jurídico protegido por las normas que reglamentan el delito de homicidio... tiene importancia no sólo como un estudio político criminal, sino también para saber frente a determinada acción" cuando se está fuera de su contexto, o dentro de él.

Aduce que en determinados casos, la dirección de la conducta es lo único que permite al juzgador decidir cuándo se encuentra frente a un delito de homicidio tentado, o a "unas simples lesiones personales en estado de ira".

El demandante sugiere a la Corte algunas conclusiones a las que bien podría llegar, si "reexamina" algunas situaciones del contexto

fáctico del proceso con base en las cuales, se excluye cualquier "intención de matar" en Camelo Sugura y en cambio surge la tipificación de "unas lesiones personales en estado de ira".

En la fundamentación del cargo, precisa que el ataque lo formula por "violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida", al adecuar la conducta en el tipo de homicidio en el grado de tentativa, cuando con "*mayor riqueza descriptiva*" su ubicación correcta habría sido bajo la imputación de lesiones personales. "Para la sentencia de condena, el detenido estaba excluido para siempre de todo principio de *favorabilidad*".

Sostiene el censor que la sentencia proferida por el Tribunal "ha confundido lastimosamente el dolo de homicidio con el dolo de lesiones escogiendo normas de contenido restrictivo... siempre con detrimento del procesado para que no tuviera derecho al subrogado penal o *condena de ejecución condicional*".

Afirma que el proceso de adecuación fue errado. "La escogencia de la norma atinente a la dirección de conducta o comportamiento de mi cliente no podía tomarse de manera arbitraria sin tener en cuenta la prueba de los elementos del tipo, pues esto implica, siguiendo al tratadista Bernal Cuellar, que la consecuencia jurídica de tal determinación sería la *nulidad* por violación de las formas propias del juicio".

En el capítulo que titula "normas violadas y concepto de la violación", el censor nuevamente señala, que el juzgador al escoger los artículos 323 y 22 del Código Penal, por tratarse de "disposiciones de carácter restrictivo", dejó de lado aquellas de "mayor riqueza descriptiva", como son los artículos 332 y 60 del mismo estatuto, a sabiendas de que con ello su cliente perdía los beneficios del artículo 73 del C. P.

A continuación delimita los requisitos que fija la ley para el reconocimiento del estado de ira por grave e injusta provocación, para seguir confrontándolos con la sentencia y precisar así las razones que habían llevado al juzgador a desconocerla.

Considera el defensor que la sentencia no motivó y en forma reprochable dio por existentes los elementos del tipo o de la tentativa; es decir: "Deliberadamente le ha dicho al procesado que los elementos del tipo... aparecían en el expediente", por lo que estima procedente enumerarlos, para luego plantear los siguientes interrogantes: "Cree la honorable Corte en la idoneidad de la conducta de mi cliente en orden a asesinar un chupa? Si los tiros no se produjeron en forma repetitiva... en cabeza de quien cabe que la intención inequívoca de matar estaba probada...? A un metro de distancia... mi cliente no estaba en disponibilidad de escoger... entre matar o disparar para espantar al agresivo chupa...? No escogió precisamente el brazo para herir...?".

La exposición del libelista se dirige luego a resaltar el por qué fueron aplicados indebidamente los artículos 22 y 323 del C. P. En su criterio el referido dispositivo amplificador surge en su dinámica frente a la adecuación típica, dirigido primordialmente por la "idoneidad de los actos" realizados, esto es frente a la conducta desarrollada en el caso particular y no frente a los medios empleados para cumplirla; por ello acude a una cita del profesor Bacigalupo, según la cual "cuando dispara a alguien con una pistola, la presión sobre el gatillo sólo fundamenta o acredita la existencia de un simple suceso material: La causalidad... porque el dolo no está en mi dedo... sino en mi cabeza...".

El casacionista sostiene que en este caso no puede afirmarse que el resultado "muerte" no se hubiera producido por circunstancias ajenas a la voluntad del procesado, pues la verdad del hecho juzgado evidencia que estuvo ausente tal "factor externo" que interrumpiera el desenlace fatal, lo que en su sentir, comporta mayor certidumbre, si se reparara en el hecho de que Camelo Segura había actuado con "dolo de impetu", siéndole imputable exclusivamente el resultado que realmente se haya producido ya que este determinaría "el verdadero propósito del agente o procesado".

Concluye el censor, que la sentencia de condena de manera caprichosa y arbitraria escogió los artículos 323 y 22 del C. P. en detrimento de elementales principios sobre dirección de conducta o comportamiento "que naturalmente afectan las formas propias del juicio".

Por lo anterior, solicita a la Corte que se "declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la misma resolución de acusación", pues interpretando la opinión que sobre el particular sostiene el profesor Bernal Cuellar en su obra, y según la cual si bien el error en el proceso de adecuación típica debe atacarse en casación con base en la causal primera, en su criterio, "esta no sería la solución, porque al utilizarla la Corte estaría dictando una sentencia que no está en consonancia con la acusación", por lo que bajo el auspicio del principio de la "favorabilidad", considera acertada la petición final de que se case la sentencia y se declare la nulidad.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Sala no casar la sentencia, por las siguientes razones que a continuación se sintetizan:

El demandante para desarrollar el ataque, parte de un resumen de los hechos debatidos en las instancias que confronta con su personalísimo criterio, opuesto evidentemente al que sirvió de sustento a los juzgadores para la decisión que impugna.

Siendo la demanda de casación una unidad sistemática y coherente, repele al interior de ella, una exposición factual caprichosa, como sucede en este caso, cuando la fundamentación de la causal escogida conlleva implícitamente para el libelista, el deber de acatar la estimación de las pruebas y las conclusiones que a partir de tal justiprecio ha elaborado el fallador.

El señor Procurador se apoya en jurisprudencia de la Corte de octubre 19 de 1990, por ser esta la situación que concurre en el libelo en cuestión, pues desde el inicio de la demanda el censor aprovecha la oportunidad para ir adelantando sus planteamientos de fondo, oponiéndose a los que posteriormente guían el ataque, creando una real confusión, ya que la demanda de casación no puede ser un medio para exponer deshilvanada e incoherentemente afirmaciones defensivas valiéndose para ello de una formal separación de títulos.

Al respecto hace las siguientes observaciones: Luego de señalar la sentencia impugnada, en la segunda página del libelo empieza el demandante relacionando la prueba allegada y cuestionando su legalidad, o en otros eventos su valor probatorio, sentando concretos criterios sobre su posterior alegación, la cual resulta enfocada por vías distintas a las que correspondieran a tales supuestos.

Con el epígrafe de "proceso cuya casación se persigue", inicia refiriéndose al testimonio del hijo de la víctima, de quien afirma que "le mintió a la justicia cuando bajo la gravedad del juramento dice que tranquilamente (el procesado) se había subido por el separador habiendo emprendido la fuga hacia el sur", pues no se encontraba "presente en el lugar o sitio de la tragedia", es decir, el censor empieza radicalmente desconociendo la apreciación probatoria que le dio el Tribunal a este básico testimonio de cargo. En la misma parte introductoria, cambia el rumbo y la premisa que sienta se refiere a un presunto "error inexcusable en la calificación", pues censura la tentativa de homicidio para afirmar el delito de lesiones personales. Luego precisa que acude ante la Corte "convencido de que se han atropellado o conculcado derechos y garantías de defensa con la errada adecuación típica del comportamiento".

En el capítulo siguiente, el libelista continúa criticando la valoración probatoria, aseverando que "no obstante lo anterior y en un acto sin precedentes de injusticia ... todas las providencias judiciales se dedicaron a ridiculizar el texto de las deponencias con el deliberado propósito de exaltar la fraudulenta versión del ofendido acolitada por la de su propia familia y agrega: La dulce paloma —a fl. 17 de Benigno Buitrago el herido— falsifica la verdad...".

El demandante sigue apartándose de la apreciación testimonial del juzgador al referirse al hijo del herido, de quien dice se trata de un "bien montado falso testimonio".

En forma inesperada, luego de criticar el método de valoración aplicado por el Tribunal por no haberse trasladado "hacia las circunstancias vividas" por los protagonistas en conflicto, colige que estas afirmaciones tienden a demostrar la diminutiva, que según parece se refiere a la ira y a renglón seguido afirma la falta de dolo homicida.

El Procurador, luego de referirse concretamente a la formulación del cargo, señala que integrados, la vía escogida para el ataque con los supuestos de cuestionamiento probatorio expuestos por el impugnante en el "*resumen de la actuación procesal o pruebas de soporte*", que forman parte inescindible del libelo, imperativo es colegir que sienta unas bases no correspondientes a la causal invocada, pues en punto a la causal primera imposibilitado está el censor de cuestionar la valoración probatoria concluida por el juzgador y menos respecto a la testimonial por carencia de un sistema tarifario legal para su apreciación.

Agrega, que aún admitiendo, en vía de discusión que los acápitos iniciales estuvieran desvinculados del cargo propiamente dicho, es evidente que en su desarrollo se continúa con la falta de técnica que exige este extraordinario recurso. En un confuso discurrir se detiene a criticar y fijar su propio criterio valorativo sobre el testimonio de la víctima, separándose abiertamente del que le dieron los juzgadores de instancia, dedicándose ininterrumpidamente a entremezclar en su argumentación transcripciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la técnica casacional aplicable a la violación directa de la ley sustancial, que curiosamente va desconociendo a lo largo de la demanda.

En la presunta demostración del cargo, confunde la violación directa con la indirecta que introduce todas las modalidades del error de hecho adicionadas con las de derecho por falso juicio de convicción y como si esto fuera poco, clama por la aplicación de principio de favorabilidad en la escogencia de la norma típica y la aplicación de subrogado de la libertad condicional, enfatizando que el Tribunal no reconoció las lesiones personales en estado de ira, precisamente para negarle el derecho del artículo 72 del C. P.

El desaguisado es ostensible en el libelo, y crea verdadera desazón el hecho de que el casacionista, a pesar de acudir a la vía directa por aplicación indebida de los artículos 323 y 22 del C. P. y falta de aplicación de los artículos 332 inciso 2º y 60 *ídem*, culmine solicitando que se "declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la misma resolución de acusación... lo que naturalmente conllevala (sic) libertad del detenido".

No se compadece, el camino escogido para quebrar el fallo, que necesariamente amerita la posibilidad de enmienda por parte de la Corte en la sentencia de reemplazo, con la declaración de nulidad que invoca simultáneamente.

El impugnante en el "petitum", con total ausencia de técnica se ocupa primordialmente de elaborar lo que podría denominarse una "demanda paralela" a la originalmente concebida, en la que su pretensión se dirige, sin ninguna independencia expositiva aparentando ser la conclusión de su planteamiento inicial, a que se declare la nulidad, petición que contradice abiertamente la naturaleza de las consecuencias jurídicas que se imponen para la vía escogida.

Dicha ambigüedad, impide desentrañar el verdadero alcance y efectos perseguidos por el actor, creando incertidumbre a cerca de la dirección que el casacionista ha dado a su escrito, con absoluta ausencia de "claridad y precisión" que la ley exige para él, dejando incierto el camino que deberá seguir la Corte en la solución del mismo.

Agrega textualmente la Delegada:

"Y si bien el cuestionamiento se hace por errónea calificación del delito, no puede admitirse que por vía de la nulidad, la petición de invalidez pueda servir como vía para evadir las exigencias técnicas de las otras causales ni suplir la falta de tarifa legal para la valoración de la prueba testimonial, como sucede en este caso, ya que siendo la libre apreciación probatoria la que rige nuestro sistema procesal penal, el censor estaría imponiendo su propia apreciación a la del juzgador, que como es sabido está amparada por las presunciones de legalidad y certeza".

El demandante acudiendo a típica demostración de los errores de derecho, por falso juicio de convicción y de hecho respecto de la prueba testimonial, considera haber demostrado que el delito imputable a su defendido es el de lesiones personales y con este supuesto cambia la vía propuesta para impetrar la nulidad por errónea calificación del delito, lo cual es una hábil forma de evadir las exigencias técnicas del recurso, pues con el método utilizado no ha quedado demostrada la premisa, ya que la crítica a la valoración probatoria del Tribunal, específicamente en relación con el testimonio que es el punto a que se contrae el libelo, no es atacable en casación para oponer la apreciación judicial a la del censor por la ya referida carencia de tarifa legal.

En criterio de la Delegada, la demanda es carente de claridad y precisión y la entremezcla de causales mimetizada con la nulidad impetrada hace que no pueda estudiarse de fondo, pues, como lo ha reiterado la Corte, la nulidad es tan exigente en su técnica como las demás causales y su estudio oficioso sólo procede cuando se vaya a decretar y no para negar la técnica mal planteada, ya que si así fuese, lo que es objeto del rechazo resultaría admitido. Tampoco podría acudirse a la posibilidad que concede el nuevo Código de Procedimiento Penal para que se puedan proponer cargos contradictorios, toda vez

que este proceder exige que se haga en capítulos diferentes y en forma subsidiaria, cosa que no sucede en este caso.

Consideraciones de la Sala:

Las protuberantes transgresiones de orden técnico que registra la demanda, ciertamente como es advertido por el Procurador Delegado, hacen ineficaz la censura en ella contenida, determinando el fracaso del recurso.

Como bien lo anota el Ministerio Público, se encuentra la Corte ante un alegato de instancia carente de lógica y coherencia en su estructura y desarrollo, en el cual se exponen deshilvanada e incoherentemente afirmaciones defensivas que corresponden a diferentes vías —violación directa e indirecta de la ley sustancial y nulidad— creando una real confusión que impide desentrañar el verdadero alcance y efectos perseguidos por el actor.

Es verdad que el nuevo Código de Procedimiento Penal permite la formulación de cargos excluyentes, pero cuando esto se hace 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 tener la necesaria claridad y precisión sobre la verdadera inconformidad del recurrente.

En la demanda que se revisa, se plantea un solo cargo, en el que salta a la vista la incongruencia existente entre los planteamientos del censor, la causal invocada y la solicitud que para concluir se eleva a la Corte.

Acusa el impugnante violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 323 y 22 del Código Penal —tentativa de homicidio— y falta de aplicación de los artículos 332 inciso segundo y 60 de la misma codificación —lesiones personales en estado de ira—.

La técnica de este extraordinario recurso exige que cuando se ataca la sentencia por violación directa de la ley sustancial, no se pueden controvertir las pruebas ni los hechos declarados probados, es decir, se parte de la base de que el fundamento fáctico del fallo fue bien apreciado por el sentenciador. La inconformidad debe limitarse a cuestionar la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de la ley sustancial.

El libelista con total desconocimiento de este principio de orden técnico, desde la parte introductiva de la demanda aprovecha la oportunidad para realizar una verdadera crítica probatoria, sentando criterios opuestos a los que sirvieron de plataforma a los juzgadores de instancia para sustentar y proferir la decisión objeto del recurso.

En el desarrollo del cargo, se detiene a criticar la valoración probatoria para oponer su personal criterio al del Tribunal. Sostiene que si la Corte "reexamina" algunas situaciones, bien podría llegar a conclusiones contrarias a las que pregonan la equivocada sentencia de condena, "excluyendo cualquier principio o intención de matar". En sentir del casacionista, Carmelo Segura para espantar al agente de tránsito que súbitamente apareció en la escena de la negociación "ofendiendo" a su defendido, "coge su arma y dispara al brazo izquierdo tal como aparece en las sumarias a menos de un metro de distancia, significando con ello que inequívocamente sólo quería herir el mencionado brazo".

Al respecto, el Tribunal se pronunció así:

"Examinados estos planteamientos defensivos, fácilmente se aprecia que no resultan en manera alguna convincentes. La primera afirmación que se hizo de disparo hacia el brazo izquierdo exclusivamente, no deja de llamar la atención, pues en ningún momento ha dicho el implicado Camilo que fuera un experto en estas materias como para poder escoger en fracciones de segundo con absoluta precisión y seguridad el blanco de sus disparos, máxime si se sabe que se estaba en medio de aclaramiento por daños al vehículo conducido y que era de noche y no con excelente iluminación artificial en el sector donde se producía la discusión. Además, si cuando se hace el disparo se asegura que iba la mano izquierda hacia el cinto, donde debería encontrarse también un arma de fuego, es innegable que el brazo izquierdo no estaba separado del cuerpo sino pegado al mismo. Por tanto, la tan reiterada afirmación defensiva, no deja de ser un sofisma; la única realidad es que se disparó al cuerpo y, más concretamente hacia el tronco".

Razón le asiste al Ministerio Público cuando señala que en la pregunta demostración del cargo, el censor confunde la violación directa con la indirecta, y como si fuese poco, clama por la aplicación del principio de favorabilidad en la escongencia de la norma típica y la aplicación del artículo 72 del Código Penal, referente al subrogado de la libertad condicional, enfatizando en que el Tribunal no reconoció las lesiones personales en estado de ira, imputándole al procesado el delito de tentativa de homicidio precisamente para negarle este derecho; alegación completamente extraña a la violación directa de la ley sustancial que invoca.

Pero la falta de técnica en la formulación del cargo se hace más ostensible, cuando apartándose radicalmente de la vía de impugnación a la que acude —violación directa de la ley sustancial—, culmina solicitando que se "declare" la nulidad de todo lo actuado a partir de la misma resolución de acusación...".

Es perfectamente atinada la observación del Procurador Delegado, en el sentido de que no se compadece el camino escogido para quitar el fallo, que amerita necesariamente la posibilidad de enmienda por parte de la Corte en la sentencia de reemplazo, con la declaración de nulidad que se invoca simultáneamente. La petición contradice abiertamente la naturaleza de las consecuencias jurídicas que se imponen a partir de la vía de ataque.

Coincide la Sala con la apreciación del colaborador Fiscal en cuanto a que en el "petitum", el impugnante se ocupa de elaborar lo que podría denominarse una "demanda paralela" a la originalmente concebida, en la que su pretensión se dirige ahora, sin ninguna independencia expositiva y apartándose de conclusión de su planteamiento inicial, a que se declare la nulidad "como quiera que nos encontramos frente a monumentales errores sobre la adecuación típica del comportamiento que naturalmente afecta las formas propias del juicio".

El actor controvierte los hechos, para imponer su personal apreciación de los mismos, así pretende demostrar que el delito imputable a su defendido es el de lesiones personales, y con este supuesto cambia la vía propuesta para solicitar la nulidad por errónea calificación del delito.

La mezcla en el mismo cargo de las dos modalidades de violación —directa e indirecta— y la conclusión en la nulidad impetrada, impiden un pronunciamiento de fondo, porque la Sala no tiene facultades para seleccionar entre diversos reproches contradictorios alegados en forma conjunta, ni para corregir la demanda.

El estudio oficioso de la nulidad únicamente procede cuando para la Sala sea ostensible que se ha incurrido en una irregularidad, evento que no se presenta en este caso, en donde la calificación dada por el juez es correcta, ya que los elementos de juicio para sustentarla resultan suficientes.

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.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Cullele Rangel, Jorge Carreño Lvongas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Dispone el artículo 225 del nuevo Código de Procedimiento Penal que la demanda de casación deberá contener: "La causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas". Ese texto es reproducción exacta del artículo 224-3 del anterior Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 41.

Rosolverá la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada a nombre del procesado *Alejo Orlando Solano Correa.*

Antecedentes:

1. Los hechos materia del proceso se encuentran resumidos así en el fallo de primer grado (fl. 350-1):

"La presente sumaria fue iniciada por la denuncia presentada por Felipe Ariza Rodríguez, donde da cuenta de una serie de hechos protagonizados por Alejo Solano Correa, en su calidad de Alcalde Municipal de Pueblo Viejo, entre los cuales se señalan la celebración de contratos con personas inexistentes para favorecer a un tercero, familiar de él; en este caso se suscribió un contrato de prestación de servicios docentes con Rafael de los Reyes Arias para que prestara ese servicio público de enseñanza en el Corregimiento de Palo Prieto, comprensión municipal de Pueblo Viejo. Así mismo el denunciante informa que Rafael de los Reyes Arias no existe y que los sueldos producto del contrato fueron cobrados por José Luis Correa Barceló, familiar del Alcalde Municipal Alejo Solano Correa".

2. Así, el mencionado Solano Correa fue acusado por los delitos de falsedad ideológica, peculado por apropiación y celebración indebida de contratos, resolución de acusación conforme a la cual fue condenado por el Juzgado Tercero Superior de Santa Marta, según providencia de 23 de octubre de 1991 (fls. 350 y ss.). Se le impuso a Solano Correa pena de prisión de 52 meses.

Apelada esa sentencia por el defensor del procesado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante la suya de 9 de marzo de dicho año, la confirmó enteramente (fls. 10 y ss.-2).

Ese fallo fue recurrido en casación por el citado sujeto procesal.

La demanda:

Bajo el rubro de "causales invocadas", el actor comienza citando el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal y señalando que el contrato con Reyes Arias fue elaborado por el secretario de la Alcaldía, el exprocesado Martín Obispo Linero, a quien por tanto no se le debe dar ninguna credibilidad al respecto (fl. 30-2).

Luego dice que el quejoso, exsecretario de la Tesorería de Pueblo Viejo, debería estar también procesado en este asunto.

Afirma que el procesado denunció los hechos tan pronto se percató "de las irregularidades" (fl. 31) y que no está probado que Correa Barceló haya retirado los cheques correspondientes. Agrega que su defendido ha sido condenado con "pruebas parcializadas" (fl. 32), ocurriendo verdaderamente que "fue engañado en su buena fe" por Obispo Linero. Se queja de que el funcionario no buscó "la determinación de la verdad real" (fl. 32), y que así las pruebas que "favorecían a mi defendido, quedaron sin apreciar" (fl. cit.).

Hace luego algunas consideraciones suyas y de la doctrina respecto del delito de falsedad ideológica, para terminar pidiendo al Tribunal que "admita" la demanda (fl. 33).

Se considera:

En cuanto a los requisitos *formales* de la demanda de casación, dispone el artículo 225 del nuevo Código de Procedimiento Penal que ese libelo deberá contener: "La causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas". Ese texto es reproducción exacta del artículo 224-3 del anterior Código de Procedimiento Penal.

Se percibe pronto que en este caso el casacionista no se tomó el trabajo de leer esa exigencia legal. En efecto, no dice por parte alguna la causal que propone para derribar el fallo, ni tampoco en parte alguna del libelo menciona las disposiciones que estima violadas.

Se encara pues, ni más ni menos, un simple alegato de instancia, del todo libre y sin ninguno de los rigores técnicos que exige el recurso extraordinario de casación.

Pero es que ni luego de una lectura detenida del libelo puede saber la Corte cuál es en concreto el reparo que el actor dirige al fallo, hasta el punto que al terminar la demanda no solicita nada específicamente, aparte de que la misma sea admitida.

En fin, esta Sala se queda sin poder determinar si el actor combate toda la delincuencia que se le imputó al procesado Solano Correa, o apenas una parte de ella, es decir si ataca el concurso de delitos objeto de la sentencia impugnada, o sólo uno de esos punibles.

Tampoco logra el casacionista demostrar a esta Sala que el Tribunal cometió errores ostensibles en el fallo, bien en la interpretación de la ley (violación directa), ora en la apreciación de la prueba (violación indirecta). Por lo demás, es bien sabido que el fallo viene cobijado de la doble presunción de legalidad y acierto.

O sea que ni por lo que enuncia ni por lo que desarrolla, la demanda es clara ni precisa: Ya se sabe que en casación (salvo la nulidad y el enfrentamiento de la violación de las garantías fundamentales), es el actor quien le fija el derrotero a la Corte, y que, en general, ésta no puede ir más allá ni salirse de lo que se le pide, en virtud del principio de limitación que rige este recurso.

Entonces, como a esta Sala le está vedado reemplazar al actor, tomar su lugar y adivinar o suponer lo que pide en casación, quedale francamente imposible decidir.

Así las cosas, procederá del dicho modo, inadmitiendo el libelo y declarando desierta la impugnación.

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

Resuelve:

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Alejo Orlando Solano Correa. Consecuencialmente, se declara desierto el recurso.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Culcote Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Ante la desaparición de las normas procesales que señalaban determinado valor probatorio a algunos medios de prueba (sistema de tarifa legal), hoy no es posible aducir errores de derecho provenientes de un falso juicio de convicción sino en el improbable caso de que el juzgador le diera a la prueba un valor que el legislador no le asignó. / Lo que es dable es aducir error de hecho en la apreciación de la prueba, bien porque se inventó o supuso algo, bien porque se ignoró total o parcialmente un medio de convicción, era porque se tergiversó su sentido objetivo, haciéndole decir a la prueba lo que ésta no dice, o demostrar que el juzgador se apartó de las normas de la sana crítica.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 41.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 20 de febrero de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a *Alvaro Gálvez Puerta* a 10 años de prisión, por el delito de homicidio.

Antecedentes:

1. Aproximadamente a las 4 de la tarde del 31 de diciembre de 1987, César Augusto Guzmán Hernández y William Germán Guzmán caminaban juntos por la avenida "callecaliente" de la ciudad del Guamo (Departamento del Tolima), cuando se encontraron con los hermanos Alvaro y Ernesto Gálvez Puerta, quienes charlaban en la fuente de soda "Picapiedra", ubicada en la carrera 11 número 9-18 de esa población. César Augusto (conocido de los hermanos Gálvez) discutió con Ernesto, mas en ese momento llegó al lugar otro hermano de éste, de nombre Arturo, que "calmó los ánimos". Luego de un rato, los primeros se fueron.

César Augusto y William regresaron al mencionado lugar alrededor de las 6 de la tarde y se sentaron a la mesa que los hermanos Alvaro y Ernesto compartían con Vilma Caballero Murillo (compañera de este último), Yamile Isabel Pacheco (novia de Alvaro) y con Milton Yesid Zapata Grajales, agente de la Policía y amigo de los hermanos Gálvez, pues, para ese entonces, ya Arturo se había marchado.

Después de tomarse unos tragos y de haber arribado de nuevo Arturo al lugar, Alvaro se abalanzó de pronto hacia César Augusto, que estaba embriagado, haciéndolo blanco de varios disparos de pistola, a consecuencia de los cuales falleció poco después en el hospital San Antonio de esa localidad.

Alvaro (quien fue juzgado en ausencia) huyó del sitio de los hechos, luego de sacarle a la víctima un revólver que cargaba, arma que pasó a Vilma y que después fue entregada a la Policía, en donde Arturo rindió "exposición libre y espontánea", en la cual dijo que una cuñada de César Augusto le contó que éste iba a matar a Ernesto, y que por ello se dirigió al "Picapiedra", donde vio a César Augusto con un revólver en la mano, amontonándose luego la gente y sonando varios disparos. Dedució, pues, que se trató de una legítima defensa (fls. 2 y 3-1).

El Juzgado 33 de Instrucción Criminal radicado en esa población recibió el caso y oyó en declaración al comandante de Policía Luis Enrique París Dueñas, quien dijo que la gente comentaba que la muerte había ocurrido por "venganzas personales" (fl. 5).

La denuncia la formuló un hermano de la víctima, Arnulfo Guzmán Hernández; quien no estaba presente en el sitio de los hechos, pero quien afirmó que "por información de los testigos" supo que Arturo Gálvez le pasó a Alvaro la pistola y lo dijo "mátelo" (fls. 6 y 14).

La Policía puso a disposición un revólver calibre 38 largo, "decomisado" a la víctima (fl. 1).

2. El Juzgado citado abrió investigación (fl. 17) y practicó inspección judicial en el sitio de los hechos, en cuyo interior "no se apreció ninguna huella de violencia", aparte de unos "raspones" señalados como bastante antiguos (fl. 33).

Los ya nombrados acompañantes de Alvaro Gálvez coincidieron en sostener que éste disparó en defensa de su hermano Ernesto (fls. 36, 42, 83 y 115). Carlos Pulgarín Lara, conocido de Alvaro Gálvez y quien estaba en otra mesa, dijo que César Augusto "pegó el brinco hacia atrás" cuando fue a disparar (fl. 110). Todos afirman que César Augusto estaba de pie cuando recibió los disparos.

Una hermana de los Gálvez (Lilián —fl. 124 vto.) y su esposo (fl. 122 vto.), afirmaron que por boca de María Josefa Castro, cuñada

del occiso, supieron que éste había manifestado su intención de matar a Ernesto, pero la citada desmiente estas aseveraciones (fls. 59 y ss.).

En la necropsia se lee que los proyectiles tuvieron una trayectoria de arriba hacia abajo (fls. 52 y 53).

William Germán Guzmán Guzmán (fls. 61 y 136) es quien afirma que Arturo le dio una pistola a Alvaro y le dijo que matara a César Augusto, lo cual éste cumplió de inmediato, quitándole luego el arma al occiso y dándosela a Vilma Caballero. Agrega que Alvaro le disparó a César Augusto, estando éste sentado, "de arriba para abajo" (fl. 63).

Capturado Arturo Gálvez se le escuchó en indagatoria, en la cual negó las imputaciones que se le hacían, diciendo que la víctima, de pie, apuntaba con el arma, que después de los disparos cayó entre el andén y la calle, y que él incluso lo llevó al hospital (a César Augusto) en su camioneta. Añade que a él también le dijo María Josefa Castro, que aquél iba a matar a su hermano Ernesto (fls. 76 y ss.).

3. El Juzgado dictó auto de detención contra Arturo Gálvez como "coautor intelectual" del homicidio (fls. 90 y ss.), providencia que apelada por el defensor fue revocada por el Tribunal que decretó la libertad del detenido (fls. 191 y ss.). Consideró el Tribunal que resultaba altamente dudoso que Guzmán Guzmán hubiera visto y sobre todo oido lo de la entrega del arma a Alvaro, acompañada con la palabra "mátalo".

Se declaró persona ausente a Alvaro Gálvez y se definió su situación jurídica con auto de detención por homicidio (fls. 123 y ss.).

Cerrada la investigación, el Juzgado 29 de Instrucción Criminal (a donde había pasado el expediente), la calificó mediante auto de 8 de agosto de 1988 (fls. 366 y ss.), dictando resolución acusatoria respecto de Alvaro Gálvez Puerta por homicidio simple y cesando procedimiento en cuanto a su hermano Arturo. Estimó el Juzgado que, como dicen el acta de levantamiento y la necropsia, los disparos fueron hechos desde una posición superior, y que, por tanto, es "imposible" que Alvaro haya hecho los disparos estando sentado. Da igualmente por verdad, que el occiso cuando recibió los disparos no tenía en la mano arma ninguna. En fin, critica los testimonios a favor del procesado (por parentesco), y le da credibilidad a Guzmán Guzmán, resaltando también el hecho de que Alvaro huyó del lugar. En cuanto a Arturo, concluyó que no había tenido participación ninguna.

Apelado el enjuiciamiento por el defensor de Gálvez Puerta, el Tribunal, de acuerdo con su Fiscal Segundo, confirmó la providencia. "Si examinamos con detenimiento el protocolo de necropsia —dedujo el Tribunal—, tenemos que concluir sin temor a equivocarnos que William ha dicho la verdad cuando narra que César Augusto recibió

los disparos hallándose sentado e igualmente que Arturo disparó contra él por el lado derecho" (fl. 444).

Ya el expediente en el Juzgado Segundo Superior de El Espinal, se celebró el 19 de julio de 1991 la audiencia pública (fls. 466 y ss.), en la cual el Fiscal solicitó condena. La sentencia se dictó de acuerdo con la acusación, imponiéndose al procesado la pena principal de 10 años de prisión, la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y condonándose al pago de perjuicios. Se le negó, por último, la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el defensor del acusado (cuaderno número 2), la Fiscal ante el Tribunal pidió la absolución, por estimar que había duda respecto de si el procesado había actuado o no en legítima defensa. El Tribunal, por medio de la sentencia que recurrió en casación el defensor del acusado, confirmó enteramente el fallo impugnado. Reiteró esa Corporación los argumentos del auto calificatorio, rechazando en consecuencia la justificante argüida (fls. 29 y ss.2).

La demanda:

Cargo primero:

Con base en el artículo 220 del nuevo Código de Procedimiento Penal, el actor acusa la sentencia de haber incurrido en "error de derecho motivado en un falso juicio de convicción. El Tribunal al apreciar la prueba le concedió absoluta credibilidad al testimonio de William Germán Guzmán Guzmán en concatenación con el protocolo de necropsia cuando en realidad el primero no ofrece ninguna credibilidad y el segundo como lo admite el mismo *ad quem* no es firme, claro ni preciso" (fl. 10).

Tilda primeramente de violados los artículos 2^a, 20, 246, 247, 248, 253, 254, 257, 259, 260, 261, 264, 267, 268, 273; 282 y 294 del nuevo Código de Procedimiento Penal, y en segundo lugar, como normas "sustanciales o fin" considera violados los artículos 2^a, 4^a, 5^a, 29, 35, 36, 41, 42.3, 50, 52, 55, 68, 203, 105, 106, 107 y 323 del Código Penal.

Transcribe apartes del auto de detención de segunda instancia y de la sentencia, criticando que se le haya dado valor al testimonio de Guzmán Guzmán y a la "oscura" necropsia.

Dice que, como se admitió especialmente en el auto de calificación, el Tribunal no le dio credibilidad a Guzmán Guzmán, en cuanto se refiere a la participación de Arturo en el hecho, y que la misma inspección judicial practicada en el sitio de los hechos, desmiente al testigo en relación con las huellas "en la pared" de algunos disparos.

Argumenta que la necropsia no dice que Alvaro Cálvez haya estado de pie cuando disparó y, con cita de doctrina, hace énfasis en lo

caprichosa que es la trayectoria de un proyectil. Ataca, pues, la necropsia, y dice que el Tribunal no tenía por qué inferir "que los disparos se produjeron cuando el cuerpo del obitudo se encontraba en posición de sentado, como al efecto lo hizo, y de ahí el error de derecho por falso juicio de convicción, pues, si tiene falencias la pericia en cuanto al lugar de acceso de los proyectiles y su lugar de alojamiento con respecto a la línea media y el vértice, debe concluirse que igualmente tiene falencia esa autopsia en cuanto no revisó el galeno las partes óseas del externón y columna del interfecto" (fl. 22).

Afirma que se violó el artículo 2º del Código de Procedimiento Penal, "pues no se partió del principio de inocencia", e insiste en que el sentenciador no podía rechazar las declaraciones en pro del acusado.

Pide que se dicte fallo de absolución con base en la legítima defensa, pues "enterado mi defendido de los propósitos homicidas del occiso y observando que en verdad se encontraba armado de revólver, se estaba en presencia de un peligro actual e inminente, el cual debía repeler" (fl. 24).

Sostiene que el hoy occiso estaba muy embriagado y había dicho que malaría a Ernesto Gálvez, no teniendo, pues, su defendido que "esperar que primero cumpliera sus propósitos homicidas hacia su hermano para luego si reaccionar" (fl. 24, *infra*).

Pide entonces que se case la sentencia y se absuelva al procesado.

Cargo segundo:

Como "subsidiario" presenta este cargo por error de hecho por falso juicio de existencia. En efecto, afirma que el Tribunal ignoró la inspección judicial del folio 33. "Si la hubiese tenido en cuenta —dice—, fácilmente habría llegado a la conclusión de que el testimonio de William Germán Guzmán no merecía credibilidad ninguna, porque en la pared no se encontró huella de violencia o disparo, y al no tener credibilidad ni tampoco sostener el protocolo de necropsia en forma tajante, que los disparos los recibió la víctima cuando se encontraba de pie, dejó de lado la más clara y protuberante duda acerca de uno de los requisitos de la legítima defensa y de paso atentó contra el artículo 248 del C. de P. P. . ." (fl. 29).

Hace una cita de la Fiscal ante la segunda instancia (sobre la necesidad de absolver por duda), y recalca que "la prueba de testimonio se encuentra dividida", quejándose de que el juez no haya escuchado la declaración del médico que hizo la necropsia, a fin de que aclarara las dudas respectivas.

Dice que, así, se ha debido rechazar el testimonio de Guzmán Guzmán, e interpretar correctamente la diligencia de necropsia.

Pide en consecuencia que se case el fallo y se dicte el absolutorio de sustitución.

La Delegada:

1. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal anota respecto del primer cargo "la impropiedad" de alegar error de derecho por falso juicio de convicción "en razón a que dentro de la regulación probatoria de hoy, la ley ha entregado al juzgador un amplísimo margen para la estimación de las pruebas sin determinar a ninguna de ellas un preciso valor que permita denunciar y demostrar que el juez *ad quem* se ha apartado en ello de las disposiciones legales" (fl. 43).

Más adelante, dijo sobre el mismo tema:

"No es posible predicar su ocurrencia (el del falso juicio de convicción) más que contando como base con una norma que asigne a una determinada prueba un específico valor que restrinja al juzgador en su apreciación; únicamente con tal parámetro de comparación, se podrá sostener que el juzgador a (sic) contravenido la disposición probatoria y que, por consiguiente, ha incurrido en el error de derecho por falso juicio de convicción que se pretende hacer triunfar" (fl. 45).

Dice en relación con muchas de las normas que cita como violadas, que el censor "deja huérfanas de alegaciones, sin tocarlas siquiera y sin advertir tampoco que algunas de ellas impiden su proposición simultánea y que otras no se refieren a ninguno de los puntos desarrollados en su escrito" (fl. 43). Cita como ejemplo el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal nuevo (que trata de la intervención en el proceso de los "asesores especializados"), y señala que en cuanto a las normas sustanciales la alegación se muestra impertinente a veces, como es el caso de alegar violados los artículos 29, 35 y 36 del Código Penal, pues el primero consagra una causal de justificación que torna improcedente hablar si hubo o no culpabilidad:

Agrega después la Delegada:

"Habilmente, sin embargo, procura el censor presentar el cargo como un caso de violación de las reglas de la sana crítica en la apreciación probatoria, que sería entonces otra forma por medio de la cual podrían originarse los mencionados falsos juicios de convicción. No obstante, la Delegada no puede estar de acuerdo con las argumentaciones consignadas en el libelo, pues éstas en verdad no demuestran en manera alguna la infracción de aquellas normas de apreciación probatoria de forma tal que pongan de presente el absoluto apartamiento por parte del sentenciador, de las notas

de racionalidad y lógica con las que deben ser apreciados los diversos medios de convicción" (fl. 46, paréntesis de la Sala).

Sostiene que si bien la necropsia pudo ser más explícita respecto de los sitios de salida y entrada de los proyectiles, y en cuanto al recorrido de éstos, de todos modos "quedaron sentadas sin embargo suficientes bases que permiten concluir, sin lugar a dudas, la forma como fueron disparos (sic) los diversos tiros y corroborar, por ello, las afirmaciones del declarante" (la Delegada se refiere al testigo Guzmán Guzmán —fl. 46—).

Considera que ese declarante "no fue rotundo" en cuanto a que los proyectiles hayan golpeado la pared (únicamente "planteó la posibilidad", dice), y que las observaciones acerca de la trayectoria de los proyectiles, "no son más que especulaciones" del demandante.

Sugiere, pues, no casar el fallo.

2. En cuanto al segundo cargo, estima el Ministerio Público:

"...nótese que el testigo no es afirmativo en cuanto al impacto de los proyectiles en la pared, sino que lo presenta como una simple eventualidad, pues ni siquiera atina a señalar con exactitud de dónde provino el disparo que le perforó su prenda de vestir. Si tal es su contenido, el hecho de que no se hubieran encontrado rastros de disparos en las paredes, en nada afecta la verdad de lo dicho en cuanto a las incógnitas que se hacen allí contra el procesado" (fl. 48).

Y estimo la Delegada finalmente: "Por lo demás, olvidó el cuestionista presentar a la Corte la nueva visión del acervo probatorio que imponga la necesidad de dictar un fallo contrario al atacado, razón por la cual su proposición es también insuficiente para la ruptura de la sentencia cuestionada" (fl. cit.).

Solicita, en tales condiciones, no casar el fallo.

Se considera:

Cargo primero:

Se trata de error de derecho por falso juicio de convicción.

Digase, en primer término, que ante la desaparición de las normas procesales que señalaban determinado valor probatorio a algunos medios de prueba (sistema de tarifa legal), hoy no es posible aducir errores de derecho, provenientes de un falso juicio de convicción, sino en el improbable caso de que el juzgador le diera a la prueba un valor que el legislador no le asignó.

Lo que es dable, entonces, es aducir error de hecho en la apreciación de la prueba, bien porque se inventó o supuso algo, bien porque se ignoró total o parcialmente un medio de convicción, ora porque se tergiversó su sentido objetivo, haciéndole decir a la prueba lo que ésta no dice, o demostrar que el juzgador se apartó de las normas de la sana crítica.

Ahora bien: El artículo 253 del anterior Código de Procedimiento Penal, que se aplica a este asunto (no el nuevo, como lo adujo el casacionista, pues la audiencia pública se celebró el 19 de julio de 1991 —art. 13 transitorio del nuevo código—), dice: "Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica", entre las cuales están, para el testimonio, "las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las personales y sociales del testigo, las circunstancias en que haya sido percibido el hecho y en que haya rendido la declaración" (fl. 295 *ibidem*).

De ahí que la Corte no vaya a incurrir en el mismo yerro que le objecta al casacionista y en esas condiciones hacerle otra instancia al proceso, cosa que le está vedada y es del todo ajena al recurso extraordinario de casación.

Empero, para despejar cualquier duda y sobre todo no dejar la sensación de que prevalece la forma sobre el fondo (punto que se despeja con la lectura atenta de los antecedentes de este caso), se remitirá a ciertos pasajes del fallo impugnado:

"Los razonamientos precedentes, pese a las fallas del galeno autopsiador (sic), contradicen flagrantemente los testimonios de las personas que afirman que la víctima al momento de recibir en su humanidad los letales disparos se hallaba en posición de bidedestación, porque si esto hubiera sido así habrían penetrado los proyectiles perpendicular al eje mayor corporal.

"Sobre las premisas precedentes, se llega a la conclusión de que para resolver este caso jurídico, la solución más aceptable, por estar de acuerdo con la conciencia que es la voz del alma, es de que la víctima fue ultimada cuando se hallaba sentada, y que, debido a su estado de bondad tenía mermadas sus capacidades psíquicas y físicas para incorporarse y realizar un intento de ataque como el puesto de manifiesto por el grupo de testigos que sostienen el supuesto contrario, o sea, que se encontraba de pie.

"Lo anterior significa que, el testimonio de William Germán Guzmán, aparece respaldado por la prueba técnica y que ofrece la credibilidad suficiente para predicar que los sucesos se cumplieron en las circunstancias por él reseñadas y

que el interficto no alcanzó a incorporarse y a realizar además indicativo de agresión armada contra Eduardo Ernesto Gálvez Puerta, que justificara disparar consecutivamente una pistola eligiendo como blanco la humanidad de aquél, por parte del homicida Alvaro Gálvez Puerta, por cuanto la destrucción de esa vida se habría podido evitar por otros medios, máxime cuando allí se encontraba un agente de Policial" (fls. 48 y 49).

Por esas razones concluyó el Tribunal, en desacuerdo con su Fiscal, que no existió la legítima defensa planteada, "y por esta potísima razón —dijo—, se debe proclamar la existencia de la plena prueba de la certeza del hecho y de la responsabilidad del acusado Alvaro Gálvez Puerta, como acertadamente lo consideró el señor Juez Segundo Superior de El Espinal, en su fallo materia de la alzada" (fl. 50).

Por lo demás, el actor no cumplió con la obligación de desvirtuar las pruebas, distintas de la censurada, y las consideraciones que sobre ellas hizo al juzgador para fundamentar su fallo, tales como las apreciaciones sobre parcialidad (parentesco, noviazgo y amistad) que lo llevaron a negarle valor a las pruebas que favorecían al acusado y las estimaciones relativas a la "extraña" conducta del policial presente (Zapata Grajales), de afunarse a "desarmar" a la víctima pero sin capturar al homicida, permitiéndole huir, huida ésta que también con razón tomó el sentenciador como indicio en contra del procesado.

No prospera entonces el cargo.

Cargo segundo:

Dice el casacionista que el fallador cometió error de hecho al ignorar la inspección judicial de folio 33, en la cual se constató que no existían huellas de violencia.

No obstante, el actor no dice de qué modo él no haber tenido en cuenta esa prueba conduce a afirmar la legítima defensa y por tanto la absolución del procesado Alvaro Gálvez Puerta. Esto es, no demostró la trascendencia del argüido error.

Lo que básicamente pretende el actor en este cargo es demeritar el testimonio de Guzmán Guzmán, porque éste en su declaración dijo: "El lo cogió de arriba para abajo, sentado, yo estaba a un lado, que como (sic) Alvaro no se estuvo quieto sino que se movía, entonces en la pared debieron haber quedado huecos de esos tiros, y entonces alguno de esos me revolvió (sic) y me cruzó el pantalón", mostrando luego al juez la ruptura de éste (fl. 63-1).

Como se ve y lo dijo la Delgada, el testigo solamente posibilita las huellas en la pared; de suerte que al no haberlas encontrado el

juez en la inspección judicial no significa de suyo que la declaración de Guzmán Guzmán sea mendaz, como persigue el actor.

Ahora bien: En este cargo de error de hecho por falso juicio de existencia, el casacionista hace unas afirmaciones que son extrañas al reproche, como es la de que se ha debido oír en declaración a quien hizo la necropsia, objeción esta que sería pertinente dentro de una causal de nulidad, por la no práctica de pruebas, en el evento de que las dejadas de practicar tengan la idoneidad de cambiar el fallo, cosa que el actor aquí no demuestra ni de lejos.

Es decir que la prueba no asumida por el fallador, no tiene la virtualidad de cambiar la parte resolutiva de la sentencia, como para absolver al condenado. Por lo menos el censor distó harto de demostrar semejante incidencia.

Tampoco sale avante este cargo. La demanda, pues, no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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.

Cópiale, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cumplase.

Juan Manuel Torres Fresnedo, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carrero Luengas, Guillermo Duque Rute, Gustavo Gómez Velásquez, Didimio Páez Velandia, Edgardo Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Carnica. Secretario.

**PRUEBA / SENTENCIA CONDENATORIA / SANA
CRÍTICA / INHABILIDAD / PREVARICATO**

1. En los términos del artículo 247 del C. de P. C., son dos los extremos probatorios en que se funda un fallo de condena: Certeza sobre el hecho punible y sobre la responsabilidad del sindicado. La certeza es el conocimiento seguro y claro de alguna cosa o como dice la Real Academia de la Lengua "firme adhesión de la mente a algo conocible sin temor a errar". / 2. Si bien es cierto que el artículo 166 del Decreto 1260 de 1970, establece como prueba del estado civil de las personas el registro civil correspondiente, también lo es en materia penal, al reconocerse la libertad probatoria para la demostración de los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad de los imputados y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, el legislador ha querido en forma relativa y subsidiaria permitir que la verdad histórica pueda ser demostrada por cualquiera de los medios probatorios señalados en el código de la materia, por ser esa verdad la prevalente en el proceso penal. / Ello explica la existencia del artículo 254 de dicho estatuto que impone al juez el deber de apreciar las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. / 3. No existe duda acerca del carácter de documentos públicos que tienen las nóminas donde se certifica la asistencia regular de los empleados y la ausencia de inhabilidad alguna en los términos referidos por la Ley 12 de 1945 y el Decreto 1660 de 1978, artículos 1º y 8º respectivamente. / 4. De ordinario, si bien no existe un trato afectuoso y ni siquiera amistoso con todos los integrantes de una familia, y a pesar de que unos y otros vivan en diferentes lugares, si se tiene conocimiento de quienes la conforman, sobre todo con respecto de aquellas personas con vínculos más cercanos; como sucede con los abuelos, tíos, hermanos, primos, sobrinos. Esto permite afirmar que, por lo general, un individuo sabe quienes son los parentes más cercanos.

Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado Acta número 041.

Vistos:

Rituada la instancia en los términos del actual ordenamiento procesal (la audiencia se realizó en su vigencia), y no habiendo obtenido el respaldo mayoritario de la Sala la totalidad del proyecto presentado por el inicial ponente, procede la Corte decidir la apelación que interpusiera la defensa contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en la cual se condenó al Exjuez Segundo Promiscuo Municipal de Tarqui, *Guillermo Polanía Zamora*, a 42 meses de prisión como autor material de un delito de falsedad ideológica.

Los hechos investigados:

Por desavenencias surgidas con la Personera Municipal de Tarqui (Huila), señora Liliana Angel Vargas, al titular del Juzgado Promiscuo Municipal de dicha localidad señor Guillermo Polanía Zamora, se le atribuyeron varios hechos constitutivos de posibles infracciones penales, entre los cuales se cuenta el haber certificado falsamente en nóminas del Juzgado que no tenía parentesco alguno con ninguno de los empleados que allí laboraban, cuando respecto de uno de ellos, Gustavo Reina, existía el de consanguinidad en 4º grado.

Calificada la investigación por el Tribunal, se profirió resolución acusatoria por prevaricato, cesación por la imputación de un delito contra funcionario público y reapertura de investigación por la falsedad, rompiéndose así la unidad procesal; el expediente con reapertura fue enviado a las Fiscalías respectivas en cumplimiento al rito procesal que acababa de entrar en vigencia y que a ellos daba competencia para la segunda calificación toda vez que la clausura de esta nueva etapa había alcanzado ejecutoria en vigencia del ordenamiento procesal anterior.

La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva profirió resolución acusatoria contra el exfuncionario mencionado por un concurso homogéneo de delitos de falsedad en documento público (nóminas) y en cumplimiento a la medida cautelativa ordenó su privación de libertad.

El Tribunal, como juez de la causa, rituada ésta, profirió el 16 de diciembre de 1993 fallo de condena a la pena privativa de la libertad señalada y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional en razón al monto de la pena impuesta.

Como el señor defensor apelara dicho fallo, se encuentra el proceso en la Corte para decidir la instancia.

La sentencia impugnada:

Una vez reseñada la prueba allegada al proceso y las intervenciones de las partes en la audiencia, la Sala de Decisión respectiva del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila) dictó sentencia condenatoria contra el Exjuez Segundo Promiscuo Municipal de Tarqui (Huila) al encontrarlo responsable del delito de falsedad en documento público en la modalidad referida.

Funda la decisión el Tribunal en la circunstancia de estar demostrados los elementos tipificantes de la infracción y la responsabilidad del sujeto cualificado procesado, con pluralidad de prueba legalmente allegada.

Y en cuanto a la responsabilidad argumentó de la siguiente manera el juzgador:

"Establecido por los medios legales tal vínculo de familia, muy cercano por cierto, lo que la experiencia enseña es que debió conocerlo el doctor Guillermo Polania Zamora pues es algo de lo cual como regla general todos nos preocu-pamos desde que empezamos a tener noción de la vida y este procesado no podía ser la excepción. Mas si lo fuera, estaba obligado a exponer las razones con mucho valor lógico para que ésta tuviera aceptación y presentar pruebas fehacientes sobre esta especialísima circunstancia de no conocer a su primo hermano Gustavo Reina Zamora ni a su tía Efigidia o Egidia Zamora Gutiérrez, lo cual no significa como lo expone la defensa, que se invierta la carga de la prueba porque ya el Estado, quien la tiene, logró en este caso llegar a la demostración de la existencia de este parentesco y como consecuencia, si el enjuiciado desea desvirtuar este hecho, o afirmar que no lo conocía, necesariamente debe ampararse en elementos de convicción.

"Ha repetido el acusado que este desconocimiento se debe a que siempre ha vivido alejado de su familia por varios motivos, como la necesidad de cursar estudios, de trabajar o simplemente de residir en determinados sitios por conveniencia propia. También porque sus parientes especialmente los del lado materno, han permanecido desorganizados y separados entre sí, empezando por su progenitora que salió de la casa paterna a la edad de doce años manteniéndose aislada del resto de su parentela, actitud que le transmitió el desapego por sus consanguíneos.

"Ni sopesando con todo el cuidado que el caso requiere, estas y otras razones que da el procesado para tratar de convencer al juzgador que en efecto, cuando suscribió la certificación no conocía el vínculo parental que lo une a Gustavo Reina Zamora, no llegan a conseguir su objetivo, pues el simple sentido común permite afirmar que después de nacer, de aprender a respirar, a comer, a dormir, a jugar y a conocer a sus padres y hermanos, por necesidad natural el ser humano tiende, como siguiente paso, a querer ver y tratar a todos sus parientes. De tal suerte que, esas causas tan especiales y extraordinarias que se podrían presentar para dejar de cumplir con esta secuencia de la vida, no se ven por ningún lado en el caso del doctor Guillermo Polania Zamora, con tal significación que pudiera suscitar por lo menos una duda.

"Por el contrario, el expediente revela que el doctor Polania Zamora y el mismo Gustavo Reina Zamora tuvieron actitudes propias de un trato entre consanguíneos, como la de la misma vinculación al Juzgado encargándolo por un poco más de dos meses de la citaduría prefiriéndolo incluso ante aspirantes del propio municipio, y permitiendo que se hospedara en una de las dos piezas que tenía arrendadas Carlos Alberto Salazar Pérez empleado del otro Juzgado en la casa del señor Virgilio Macías, aprovechando que se encontraba disfrutando de sus vacaciones, por eso esta persona encontró a su regreso esa novedad, como lo señala en su testimonio que obra a folios 104 y siguientes. También el doctor Polania Zamora tenía una pieza en esa casa...".

La inconformidad del recurrente:

El defensor del procesado al expresar los fundamentos de su inconformidad consigna, en primer lugar, su discrepancia con el Tribunal acerca de la validez de la prueba que sirvió para tener como demostrado el parentesco consanguíneo entre juez y empleado. Luego de citar y comentar las disposiciones que juzga pertinentes del Decreto 1260 de 1970 "estatuto del registro del estado civil de las personas" dice:

"Se afirma que Guillermo Polania Zamora es hijo de Judith Zamora Gutiérrez y ésta a su vez es hija de Emiliano Zamora y Rosa Gutiérrez; y que Gustavo Reina Zamora es hijo de Egidio Zamora y ésta a su vez es hija de Emiliano Zamora y Rosa Gutiérrez, por lo cual Guillermo y Gustavo son primos hermanos, por tener abuelos comunes y proceder de madres que son hermanas entre sí. Lo que debió probarse, entonces, son los hechos jurídicos de nacimiento de los presuntos primos y de las presuntas tías (hermanas entre sí).

De nacimiento, solamente se aportó prueba de registro civil, el correspondiente a Gustavo Reina. Del nacimiento de Guillermo Polania se aportó partida eclesiástica que no tiene valor probatorio de ese hecho jurídico. Lo mismo ocurrió con el nacimiento de Egidia Zamora. Con respecto a Judith Zamora, ni siquiera se aportó la partida de bautismo. De ello se deduce que no está probado legalmente que Judith y Egidia Zamora sean hermanas, por proceder de padres comunes. Y por ello tampoco queda probado legalmente que Guillermo Polaña y Gustavo Reina sean primos hermanos entre sí. Ningún valor probatorio tiene la anotación en la cartilla 'de-cadátilar' utilizada para expedir la cédula de ciudadanía de Judith Zamora, en donde aparece la mención de los padres de la ciudadana, pues esta anotación no está destinada a probar el estado civil y por lo tanto no es prueba. Es bueno recordar el artículo 246 del C. de P. P. según el cual 'toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas al proceso'. Este mandato legal lo pasó por alto la providencia impugnada al desconocer las normas legales que regulan la prueba del estado civil de las personas".

En segundo lugar, el impugnante se dedica a refutar los argumentos expuestos por el Tribunal que le sirvieron para dar por demostrado el dolo. Agrega que aún suponiendo cierto el parentesco, "el procesado ha negado conocerlo y ha dado razones válidas que respaldan la verosimilitud de esa afirmación". No se puede, en tales condiciones —dice—, exigir la prueba de esas afirmaciones porque ello es tanto como pretender probar un "hecho negativo indefinido", lo cual atenta contra la presunción de inocencia y lo contenido en el artículo 177 del C. de P. C.; fustiga fuertemente las presunciones sobre las cuales dedujo la responsabilidad el Tribunal para concluir en que la providencia recurrida debe ser revocada para proferir, en su lugar, una de carácter absolutorio.

Consideraciones de la Corte:

En los términos del artículo 247 del C. de P. P., son dos los extremos probatorios en que se funda un fallo de condena: Certeza sobre el hecho punible y sobre la responsabilidad del sindicado.

La certeza es el conocimiento seguro y claro de alguna cosa o como dice la Real Academia de la Lengua "firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor a errar". Con base en esta premisa, se tiene:

El primer cuestionamiento que hace la defensa al fallo impugnado se refiere a la demostración de los elementos tipificadores de la infracción, pues para ella el parentesco entre juez y empleado —indispensable para tipificar la falsedad en este proceso— no ha sido demostrado con la prueba legal correspondiente, porque se desconocieron las normas

que regulan el estado civil de las personas (Decreto 1260 de 1970) toda vez que, debiendo probarse el nacimiento de las supuestas hermanas Egidia y Judith, para poderlas tener como hijas de padres comunes y así afirmar válidamente que Guillermo Polania y Gustavo Reina son primos en cuarto grado de consanguinidad, no se hizo.

La prueba allegada a este respecto fue el registro civil de nacimiento de Gustavo Reina, el empleado, y las actas de origen eclesiástico de Guillermo Polania, el juez, y de Judith Zamora su progenitora. De una tarjeta decadactilar correspondiente a la madre de Gustavo Reina se obtuvieron los nombres de sus padres que coinciden con los referidos como padres de la madre de Guillermo Polania, en la partida eclesiástica de ésta.

Si bien es cierto que el artículo 106 del Decreto 1260 de 1970, establece como prueba del estado civil de las personas el registro civil correspondiente, también lo es que en materia penal, al reconocerse la libertad probatoria para la demostración de los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad de los imputados y la naturaleza y cuantía de los perjuicios (art. 253 del C. de P. P.), el legislador ha querido en forma relativa y subsidiaria permitir que la verdad histórica pueda ser demostrada por cualquiera de los medios probatorios señalados en el código de la materia, por ser esa verdad la prevalente en el proceso penal.

Ello explica la existencia del artículo 254 de dicho estatuto que impone al juez el deber de apreciar las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sistema de valoración probatoria que permite llegar a la verdad histórica como se sabe, a través de la persuasión razonada del funcionario judicial sin sujeción a tarifa legal alguna. Por eso la jurisprudencia ha sostenido invariablemente en los últimos tiempos este aserto: "... las pruebas procesales que en materia penal tienen la amplitud suficiente para demostrar el estado civil de las personas, con cualquier medio de prueba, sin sujetaciones al rigorismo que exige la ley para el asunto civil" (G. J. LXIX, pág. 167, 1951, número 1675); más recientemente dijo: "... conviene reiterar que, a los fines estrictamente penales (configuración de hechos delictuosos, deducción de agravantes, etc.) se reconoce libertad probatoria sobre los hechos relacionados con aspectos de esta especialísima índole. En cuanto al estado civil de las personas, por ejemplo, la ley procedural marca una tendencia preferente pero no excluyente de los medios de prueba. Quiere esto decir que el primer interés se dirige a obtener una evidencia documental, conforme a los estatutos que regulan esas materias, pero en ausencia suya es perfectamente válido acudir a comprobaciones de muy variada condición, así las atestaciones eclesiásticas, los testimonios, las pericias, etc. Lo dicho guarda cabal armonía con la salvedad final que señala el artículo 106 del Decreto 1260 de 1970..."

"La ley penal ha querido más que la verdad formal la verdad histórica, interesada, precisamente, en comprender en forma íntegra la

realidad, llega a desestimar hechos debidamente acreditados con una excelente e inobjetable prueba documental, por la falta de conocimientos en el procesado, no obstante su calidad de públicos ni oficiales y con valor universal, o, por el contrario, darse por existentes, a pesar de carecer del previo y especial respaldo notarial, por haberlos conocido el imputado y actuado bajo la impresión de esa indiscutible realidad" (G. J. CLIX, pág. 165, 1979 número 2400).

Por último, en providencia de enero 30 de 1992, recordó: "...en materia penal la ley no otorga a determinado medio probatorio la idoneidad en forma exclusiva para acreditar las relaciones de parentesco y las consecuencias que de ella se deriven en el proceso. Aquello que interesa a la justicia, es determinar si el sujeto agente en el momento de obrar tenía conocimiento de dicho parentesco y que esta circunstancia se refleje en el proceso por cualquier elemento de convicción legalmente producido" (Jurisprudencia Penal, Primer Semestre 1992, pág. 300).

Lo anterior indica entonces que el parentesco entre el juez procesado y el empleado designado por él en interinidad en el Juzgado a su cargo se encuentra demostrado para los fines estrictamente penales, pues siendo hijos de hermanas entre sí, son necesariamente parientes en 4º grado de consanguinidad (primos hermanos).

Tampoco existe duda acerca del carácter de documentos públicos que tienen las nóminas donde se certificó la asistencia regular de los empleados y la ausencia de inhabilidad alguna en los términos referidos por la Ley 12 de 1945 y el Decreto 1660 de 1978, artículos 1º y 9º respectivamente.

Punto medular de la discusión en este proceso, que además es el objeto de discrepancia con la ponencia inicial, es el relacionado con la credibilidad que pueda ameritar el dicho del procesado referente al desconocimiento que tenía, para el momento de hacer la designación, del parentesco de consanguinidad que lo unía con el empleado nombrado interinamente.

No es fácil obtener pruebas sobre aquellos aspectos que conforman la subjetividad de un ser, que es lo que ocurre en este caso con el "conocimiento" que el juez pudo haber tenido de los lazos de consanguinidad que lo unían con Gustavo Reina Zamora; por ello se hace necesario acudir, con sana lógica, a las inferencias que la experiencia permite deducir de las circunstancias que rodearon la situación.

De ordinario, si bien no existe un trato afectuoso y ni siquiera amistoso con todos los integrantes de una familia, y a pesar de que unos y otros vivan en diferentes lugares, si se tiene conocimiento de quienes la conforman, sobre todo con respecto a aquellas personas con vínculos más cercanos, como sucede con los abuelos, tíos, hermanos, primos, sobrinos. Esto permite afirmar que, por lo general, un individuo sabe

quiénes son sus parientes más cercanos; de ahí que deban considerarse como inveterosimiles las versiones del doctor Polanía Zamora y de su progenitor cuando manifiestan que desconocían la existencia de su tía y hermana, Ergidia Zamora, madre de Gustavo Reina; y que deban desestimarse versiones como la del abogado Melengue que respalda la del procesado.

Ahora bien, el doctor Polanía Zamora, ante el ya irrefutable hecho de haber nombrado como subalterno del despacho a su cargo a su primo hermano Gustavo Reina Zamora, ha negado rotundamente conocer ese vínculo; sin embargo, las actitudes asumidas por el exfuncionario conducen a la conclusión contraria.

Inicialmente, se observa que, conforme al recaudo probatorio, la noticia sobre la existencia de vínculos consanguíneos entre el juez y el empleado, partió de aquél, pues la personería del municipio de Tarqui se enteró por el propio funcionario de la preocupación que le causaba el rumor que a ese respecto se estaba propagando.

En este punto se debe hacer un alto para interrogar, cómo pudo ser posible que empezara a difundirse la especie del parentesco entre el juez y el citador si ambos eran foráneos recién llegados al municipio, y ni uno ni otro conocían ese vínculo.

Así mismo es válido cuestionar por qué si el doctor Polanía Zamora ignoraba que Reina Zamora era su primo, tan pronto escuchó el comentario no indagó sobre la real existencia del parentesco y adoptó las medidas pertinentes, como hubiera sido la inmediata insubstancia del último.

De otra parte, si el funcionario estaba seguro de que no existían lazos de consanguinidad con Reina Zamora, por qué exteriorizó su temor de que el Tribunal se enterara del rumor y ello le ocasionara la pérdida del cargo.

Por lo demás, es verdad que la simple coincidencia del segundo apellido no basta para sospechar un parentesco, pero en este caso, el propio acusado brinda argumentos para deducir que conocía el vínculo de consanguinidad; es así como al folio 244, en una ampliación de indagatoria, el exjuez admite que conversó con Reina Zamora sobre su familia y específicamente sobre los padres, aunque, naturalmente, pretende negar que se mencionó el nombre de la madre; así, al ser interrogado por los padres de Gustavo Reina, dijo: "Conocerlos personalmente no. Estando él trabajando me comentó que únicamente tenía viva la mamá porque el papá había muerto en la ciudad de Cali hace algunos años. Realmente no me acuerdo que él hubiera nombrado a su señora madre". Una conversación sobre este tema no deja de tener relevancia cuando se comparte el apellido materno.

También es importante resaltar que en la primera versión injurada al doctor Polania se le interrogó si era cierto que tenía parentesco con Gustavo Reina, y él respondió: "Sí hay algún parentesco debe ser en un grado lejano, no está ni dentro del segundo grado de consanguinidad, y primero civil, ya que el me lo presentaron aquí en Neiva y me recomendaron para que hiciera el encargo". Y, para la Sala es evidente que no es causal ni accidental que el indagado excluyera de su respuesta el cuarto grado de consanguinidad, que es el que lo une a Reina Zamora, como tampoco que negara en forma absoluta el vínculo parental, y que en posterior ampliación de indagatoria expresara que hasta ese momento se enteraba de que aquél existía.

En estas condiciones, no deben pasar inadvertidas las circunstancias que resaltó el Tribunal, tales como la preferencia del imputado para nombrar en el puesto vacante a un presunto desconocido foráneo, frente a otros aspirantes residentes en el municipio; y el hecho de haberlo introducido a la casa que el propio juez habitaba, para instalarlo en una habitación de la cual no tenía disposición. Favores de esa índole no se otorgan a personas que se acaban de conocer.

Por último se ha de destacar la actitud de inseguridad que asumió el beneficiado con el nombramiento, cuando la personería municipal lo interrogó sobre la existencia del parentesco, aun cuando finalmente lo haya negado, contra la realidad que se ha establecido.

Dada esta situación procesal, la versión que expone el implicado sobre el desconocimiento del lazo de consanguinidad que lo une a Gustavo Reina Zamora, para el momento en que lo designó subalterno del despacho judicial a su cargo, carece de respaldo probatorio y es lógicamente inadmisible.

Así las cosas, la Sala no encuentra motivo para infirmar la decisión de responsabilidad obtenida por el Tribunal Superior de Néiva.

No obstante lo anterior, se advierte que a pesar de la reiteración del hecho punible, la conducta anterior del exjuez ha sido buena, pues en el expediente no obran constancias de antecedentes penales ni disciplinarios; por ello, la pena principal que le impusiera el a quo se reducirá de cuarenta y dos (42) a treinta y siete (37) meses de prisión; disminución que evidentemente, también incluye la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

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

Resuelve:

Modificar la sentencia impugnada en el sentido de reducir tanto la pena principal de prisión como la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a treinta y siete (37) meses.

Confirmar las restantes decisiones del fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, con salvamento de voto; Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Pérez Velandia, con salvamento de voto; Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M., con salvamento de voto.

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

PREEVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO) PARENTESCO (SALVAMENTO DE VOTO)

Al Estado le corresponde infirmar lo dicho (por el funcionario con relación al parentesco con su empleado), pero no con presunciones de responsabilidad, sino con prueba demostrativa de su imexactitud.

Con el habitual respeto por las decisiones de mayoría, nos permitimos consignar las razones de nuestro disentimiento con la sentencia de la referencia:

Como de la ponencia derrotada solamente se suprimió en el fallo lo relacionado con el segundo aspecto de inconformidad del recurrente (hojas 11 y ss.), nos permitimos transcribirlo a continuación por constituir las razones para separarnos de la decisión mayoritaria:

"Otro punto modular de la discusión en este proceso es el relacionado con la credibilidad que pueda ameritar el dicho del procesado referente al desconocimiento que tenía, para el momento de hacer la designación, del parentesco de consanguinidad que lo unía con el empleado nombrado interinamente".

El Tribunal, según la transcripción pertinente, niega toda verosimilitud a tal afirmación con base en tres razones principales:

a) Presunción de conocimiento con base en la experiencia, al sostener que el parentesco "es algo de lo cual como regla general todos nos preocupamos desde que comenzamos a tener noción de la vida y este procedido no podía ser la excepción"; luego, en este mismo orden de ideas, refuerza el argumento así: "Pues el simple sentido común permite afirmar que después de nacer, de aprender a respirar, a comer, a dormir, a jugar y a conocer a sus padres y hermanos, por necesidad natural el ser humano tiende al siguiente paso, a querer ver y tratar a todos sus parientes".

Ciertamente, la premisa de la que parte el *a quo* no es exacta o mejor, podría tener aceptación en determinadas circunstancias de desenvolvimiento familiar dentro de lo que pudiera denominarse una ordinaria vida parroquial, pero jamás elevarla a regla de comportamiento en todo tiempo y lugar porque sabido es que los tiempos modernos lastimosamente se caracterizan por una tendencia marcada al desafecto

familiar aún dentro de los integrantes de la célula social primaria, lo que determina un distanciamiento con los familiares. La persona, en tales condiciones, tiene mayores probabilidades de relacionarse es con quienes la rodean. "Nos relacionamos —dice la defensa— en la infancia con nuestra madre si ella nos atiende; nos relacionamos con nuestro padre si él acude a nuestro lado, lo mismo con nuestros hermanos y demás familiares. Pero, si en el medio en que vivimos no están otros familiares, ninguna relación establecemos con ellos, como sucederá con personas extrañas al ambiente familiar. Y a medida que vamos sintiendo el trato afectuoso de padre, madre, hermanos y demás familiares 'aprendemos a quererlos' y entonces esa innata necesidad de afecto que traemos se satisface con el amor de nuestros seres más cercanos. En el medio ambiente en que nos desarrollamos captamos y aprendemos la importancia que tiene, por ejemplo, la protección de un parente tanto en lo meramente afectivo, como en lo económico. Por eso algunos que no tienen la fortuna de contar con su procreador desde la cuna, lo buscan después y acuden inclusive a procesos de investigación de paternidad. Pero ninguna necesidad nos impela a buscar a todos los familiares, aún en los más alejados como los primos, porque no nos hacen falta. Sólo que en nuestro hogar se nos inculque afecto hacia ellos, tal vez los buscaremos pero ello no sucede necesariamente".

En el caso concreto, no se ve que el procesado Guillermo Polanía tuviese necesidad biológica, psicológica o sociológica de buscar a sus tíos o primos porque no se crió con ellos ni sus padres le infundieron afecto hacia los mismos. Ha dicho el procesado que su madre abandonó desde muy joven el hogar paterno y que hizo vida marital fuera de la comarca con un militar lo que le generó no solamente el aislamiento de su familia, sino la malquerencia de ésta, razón por la cual su progenitora nunca le habló de sus consanguíneos y menos se los presentó. Por ello, su afirmación de que no conocía a Gustavo Reina como su primo, ni que conoce a la madre de éste, su tía, es creíble.

b) Obligación de demostrar el desconocimiento de ese vínculo de consanguinidad con "pruebas fehacientes sobre esta especialísima circunstancia de no conocer a su primo hermano Gustavo Reina Zamora ni a su tía Hergidia o Egidia Zamora Gutiérrez... si el enjuiciado desea desvirtuar este hecho o afirmar que no lo conocía, necesariamente debe empatarse en elementos de convicción".

El sindicado desde un comienzo, ha dicho que su madre se alejó del hogar paterno a muy temprana edad (12 años), que en Florencia conoció a un militar con quien hizo vida marital y de cuya unión él nació; que en razón a la profesión de su padre vivieron en Armenia, Velledupar, Barranquilla y Bogotá en donde hizo sus estudios profesionales. Este es su dicho que no ha sido desvirtuado y resulta, además, verosímil porque la vida militar torna al hombre y a su familia en andariegos permanentes por razón de los habituales trasladados.

Si esto es así, por qué no creerle que en tales circunstancias es factible el desconocimiento de una parentela radicada en Neiva y aislada de su madre por el desafecto que su temprano comportamiento determinó? Aún en circunstancias diferentes, a las aquí referidas es posible que no se conozcan parientes entre sí, y de ello, la experiencia es rica en ejemplos.

El encartado ha suministrado las razones por las cuales desconocía el parentesco, al Estado le correspondía infirmar su dicho pero no con presunciones de responsabilidad, sino con prueba demostrativa de su inexactitud. Es que, además de esto, el procesado ha dicho cómo conoció a Gustavo Reina Zamora, esto es, por presentación que le hiciera su colega Franco Hernán Melengue para las fiestas del San Pedro en 1990 y que fue él quien se lo recomendó para hacer la licencia de dos meses de citador que se presentaba en su Juzgado; que esa presentación y recomendación la hizo el abogado Melengue en Neiva en presencia de Tiberio Yustres Polo secretario del Juzgado y con quien el procesado había ido a dicha ciudad a las festividades referidas. Esta circunstancia fáctica tiene corroboración en los testimonios que rindieron dichas personas en la diligencia de audiencia pública y aun cuando el abogado ubica la fecha de la presentación en junio 30 y el nombramiento se produjo el 29, es imprecisión que no resta sin embargo credibilidad a su dicho si se tiene en cuenta que el testimonio fue rendido tiempo después (el 24 de noviembre de 1992); y en cuanto al secretario, cuyo dicho pudiera cuestionarse por su carácter de subalterno, para cuando declaró no lo era.

c) Existencia de actitudes propias de un trato entre consanguíneos, como "la de la misma vinculación al Juzgado encargándolo por un poco más de dos meses de la citaduría prefiriéndolo incluso ante aspirantes del propio municipio y permitiendo que se hospedara en una de las dos piezas que tenía arrendadas Carlos Alberto Salazar Pérez empleado del otro Juzgado en la casa del señor Virgilio Macías" ... donde "también el doctor Polanía Zamora tenía una pieza".

Si se cree que el procesado no conocía a Gustavo Reina y obviamente desconocía el vínculo de consangüinidad que a él lo unía, forzoso es reconocer que la razón para preferirlo frente a los demás aspirantes del pueblo es el deseo de satisfacer la recomendación que le hiciera su colega y amigo, el abogado Melengue. Y es que resulta, eso sí inverosímil, que quien mejor conoce la ley por ser abogado, a sabiendas de la existencia de una inhabilidad designe a su pariente en su propio despacho. Torpeza mayor es difícil de aceptar.

Ahora, en cuanto al hospedaje en la misma casa en que habitaba el juez, ha sido un aspecto explicado en el proceso. En efecto, la habitación que ocupó Gustavo Reina no fue ninguna de las arrendadas al juez Polanía Zamora, sino una de las ocupadas por Carlos Alberto Salazar a quien precisamente le quedó diciendo un mes de arrendamiento. Esta circunstancia es perfectamente explicable en una población como Tar-

qui, donde no existen hoteles ni hay habitaciones disponibles para arrendar fácilmente; se acude entonces a las casas grandes, llamadas de inquilinato, para albergar a huéspedes como los referidos en este proceso (funcionarios y empleados judiciales). El haber sugerido el lugar del hospedaje, de ser él quien lo sugirió, es un acto de generosidad que corresponde más a la recomendación del amigo que a la exteriorización de un vínculo de consanguinidad. No desvirtúan estos hechos, pues, el desconocimiento que dice el imputado tenía del parentesco con el empleado designado.

Así mismo, la circunstancia de llevar el empleado un idéntico segundo apellido al del procesado y ser del lugar de origen de la progenitora de éste, no es motivo determinante para inferir ese conocimiento ya que, como él mismo lo ha dicho, si bien nació en Neiva, la mayor parte de su niñez y juventud la pasó en otros lugares del país por ser su padre un suboficial del Ejército a quien trasladaban a menudo; que no conocía a Gustavo Reina Zamora ni conoce a la madre de éste porque su progenitora, quien siempre estuvo distanciada de su familia, nunca le dijo que tuviera una hermana con el nombre de la madre de Gustavo Reina y que no se preocupó o le llamó la atención tener el segundo apellido idéntico al suyo, porque es común en la región esos apellidos —cita varios del directorio telefónico de Neiva que no son parientes—, e incluso personas que los tienen repetidos no son parientes o si lo son es en un grado muy distante, criterio este que explica en parte su dicho en la primera indagatoria: "Si existe algún parentesco debe ser en un grado lejano" (fl. 101) y que el Tribunal consideró como confesión, cuando en verdad es apenas un reconocimiento pero condicionado, ya que más adelante es categórico en sostener que desconocía que entre ambos existiera parentesco alguno (fls. 246 y 304 vto.).

Como en verdad no hay certeza a cerca de que conociera el parentesco al hacer la designación en provisionalidad de quien resultara ser pariente en 4º grado de consanguinidad, se imponía, en nuestro sentir, revocar el fallo impugnado y en su lugar proferir uno de carácter absolutorio.

Fecha *ut supra*.

(Mayo 6 de 1993).

Jorge Carreño Luengas, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ALLANAMIENTO / FLAGRANCIA / DEBIDO PROCESO

1. Como diligencia que es y consultando sus anotados fines, el allanamiento permite su verificación bien dentro del proceso o previa su iniciación, y dentro de su curso se comprenderán tanto la verificación de hechos como la práctica de pruebas e inclusive la toma de decisiones cuando ellas tengan relación con la realización misma de la diligencia.

/ 2. La sola vigencia de la nueva Carta Constitucional no implicó de pleno ni la invalidación de toda la legislación que precedía, ni la de aquellas actuaciones judiciales cumplidas dentro de la legalidad prevista a la fecha de su realización por la Constitución y leyes de entonces.

/ 3. Más allá de precisar ahora que la orden de registro de morada debe emanar de una "autoridad judicial competente" (art. 28) y no ya "cualquier autoridad competente" como advertía el anterior artículo 23 superior, pues la disposición que daba la facultad para que cualquier persona aprehendiera y condujera al "delinquiente cogido in flagranti", y a la autoridad que le persiguiese la posibilidad de penetrar aún a su propio domicilio sin previa orden de allanar (art. 24 anterior), se reprodujo ahora en el artículo 32 de la Constitución vigente, de donde deba colegirse que sigue siendo uno mismo el fundamento constitucional.

/ 4. Siendo el artículo 23 Constitucional en su parte final el que fija las consecuencias que acarrean los vicios sustanciales en el recaudo de los medios demostrativos, al preceptuar que: "Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", claramente y por mandato superior se entiende que esos efectos se restringen a la sola invalidez del medio probatorio, sin llegar a impregnar la actuación dentro de la cual aquella evidencia se pretendiera hacer valer, ni autorizar, por lo mismo, ese retraimiento del trámite procesal a las instancias.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santa Fe de Bogotá, D. C., seis de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.

Aprobado Acta número 042.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensora del acusado *Orlando Vargas Muriel* en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Orden Público (hoy nacional), por medio de la cual confirmó, absolviéndolo por el punible de hurto, la condena que le había sido impuesta por el delito de porte ilegal de armas de uso privativo militar, reduciéndole a diez años de prisión la pena impuesta en primer grado por el Juzgado Quinto de Orden Público de Bucaramanga.

Hechos y actuación procesal:

1. Sobre los antecedentes de la actuación procesal dijo el Tribunal en la decisión que se recurre:

"A las 7:50 p.m. del 28 de agosto de 1989, cuando transcurría la jornada laboral de atención al público en el establecimiento denominado Banco Cafetero, Sucursal Cabecera del Llano, ubicado en la carrera 33 número 46-49 de Bucaramanga, irrumpieron varios sujetos desconocidos, portando armas de defensa personal y uso privativo de las Fuerzas Militares, respectivamente, quienes después de intimidar a los empleados y ante la imposibilidad de esperar el momento en que pudiera ser abierta la caja fuerte, obligaron al cajero a que les entregara contra su voluntad el dinero contenido en las ventanillas, en cantidad que ascendió a la suma de \$ 5.970.683.00 según arqueo efectuado al día siguiente, y así lograron los agentes activos de la ilicitud emprender la huida.

"Por los hechos descritos fueron legalmente vinculados al proceso mediante indagatoria, los sujetos que responden a los nombres de Juan José Suárez, Orlando Vargas Muriel, Humberto Gómez Bravo, Ismael Carvajal Cañas, Francisco Vera Vera, Edgar Orlando Montañez, Joaquín Niño Suárez, Fernando Rivero González, Pedro Alvaro Garavito Calderón y Elver López Castro, como presuntos infractores del Decreto 180 de 1988 y otras conductas cuya competencia está atribuida a la Jurisdicción de Orden Público, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, por el punible descrito en el artículo 13 del Estatuto para la Defensa de la Democracia".

2. Con fundamento en la denuncia formulada por las directivas del Banco y el informe de la Policía que le dejó a disposición a cinco de los aprehendidos, el Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Bucaramanga abrió la respectiva investigación penal, oyendo en diligencia de injurada a los retenidos, entre ellos a *Orlando Vargas Muriel* quien

negó su participación en la infracción, sosteniendo que su captura se produjo en su casa de habitación cuando se hallaba con su compañera y la mujer de uno de sus tíos, sin responsabilizarse por tenencia de arma alguna.

Por competencia pasarían luego las diligencias a los Juzgados de Orden Público, correspondiéndole por reparto al Quinto de esa especialidad que una vez avocó el conocimiento concluyó el recibo de las restantes indagatorias. Mientras esta actuación se adelantaba, en favor de algunos de los capturados se invocó el "habeas corpus" ante el Juez Primero Superior de Bucaramanga, impetración que prosperó con exclusividad respecto de Humberto Gómez Bravo y ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito en favor de Pedro Alonso Garavito, desecharándose con relación a Edgar Orlando Montañez Rondón e Ismael Carvajal Cañas.

El 2 de octubre de 1989 resolvió el Juzgado la situación jurídica provisional de los procesados, decretando medida de aseguramiento de detención por infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988, en concurso con hurto calificado y agravado, ratificando la actuación mediante fallo de mayo 18 de 1990 en que dispuso la condena de Orlando Vargas Muriel, y Joaquín Niño Suárez imponiéndoles las penas de trece años de prisión y 70 salarios mínimos de multa como autores responsables de los punibles de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares y de defensa personal, en concurso con el delito de hurto calificado y agravado.

A Juan José Suárez y Elver López Castro se les halló responsables del delito de hurto en concurso con el porte ilegal de armas, imponiéndoles la pena de 4 años de prisión, mientras que a Francisco Vera Vera y Edgar Orlando Montañez Rondón se les condenó a 3 años y 6 meses de prisión como autores responsables del delito de hurto calificado y agravado, sanciones todas acompañadas de las accesorias de ley.

Pedro Alonso Garavito Calderón, Ismael Carvajal Cañas, Humberto Gómez Bravo y Fernando Rivera González fueron beneficiados con sentencia absolutoria.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por los condenados, el Tribunal Superior de Orden Público redujo la sanción de Vargas Muriel a 10 años de prisión y multa de 50 salarios mínimos legales absolviéndolo por el delito de hurto agravado y calificado, y la misma decisión optó en favor de Francisco Vera Vera, Edgar Orlando Montañez, Juan José Suárez y Elver López, manteniendo a los dos últimos la condena por los delitos de porte ilegal de armas de defensa personal, fijándola en un año de prisión.

En contra de la anterior decisión interpuso el procesado Vargas Muriel el recurso extraordinario de casación que entra a resolverse

luego de la repetida interferencia del trámite mediante infructuosas solicitudes de excarcelación.

La demanda:

Con fundamento en la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos formula la censora en contra de la sentencia del *ad quem*.

En el primero se plantea la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho derivado de un falso juicio de existencia, yerro cometido

"al ignorar el fallador la múltiple prueba acerca de las capturas aisladas de los sindicados Orlando Vargas Muriel, Juan José Suárez, Francisco Vera Vera, Elver López Castro y Edgar Orlando Montañez, omisión grave, determinante de una sentencia condenatoria por porte ilegal de armas contra Orlando Vargas Muriel".

Señala al efecto la recurrente que la captura de Francisco Vera ocurrió en la carrera 7^a occidente número 29-28 en horas del medio día cuando se encontraba almorcando, siendo testigos de ese hecho su progenitora y sus dos hermanos. Juan José Suárez por su parte, resultó retenido en la calle 0 número 0-W-04 del barrio el Refugio de Piedecuesta, a las 2 de la tarde como le consta a Luz Stella González, Martha González y Jesús María Delgado, y a Orlando Vargas Muriel se le privó de su libertad dos horas más tarde en la carrera 14 número 14-37 del barrio Kennedy, en presencia de Beatriz Hurtado y Nelly Vargas. La retención de Edgar Orlando Montañez ocurrió en su residencia de la calle 107 B número 15B-51 en presencia de su señora madre María Antonia Rondón de Montañez, de María Elsa Carrero y Ernesto Forero Gualdrón, a las 5 p.m., y la de Elver López Castro cuando se encontraba en su residencia de la calle 101 C número 12-53 del barrio Manuela Beltrán celebrando el cumpleaños de su hijo Marlon Darío ya a las 6 de la tarde, en presencia de sus dos hijos menores, de su esposa Maritza Domínguez y del hijo de la dueña de la vivienda Edgar Hernández Jiménez.

Que contrariando esta realidad el informe de la Policía afirma que los cinco aprehendidos se encontraban reunidos en la casa de Elver López Castro a las 6 y 30 de la mañana del 30 de agosto mientras celebraban el asalto al Banco Cafetero y que al momento de la requisita les fueron encontradas varias armas de fuego, y entre ellas a Vargas Muriel una subametralladora marca Atlanta calibre 45 cañón corto, dos proveedores y 32 cartuchos, detentando aún \$ 207.000.00 en efectivo producto del asalto.

Refiriéndose a los testimonios de César Augusto Vera Vera, María Helena Vera viuda de Vera, Germán Vera Vera, Ernesto Forero Gual-

drón, María Elsa Carreño, Edgar Hernández Jiménez, Bertilda Jiménez de Godoy, María Antonia Rondón de Montañez, Beatriz Hurtado Caballero, Luz Stella González Orozco, Maritza Dominguez, Nelly Vargas Rojas, Martha González Orozco y Jesús María Delgado legal y oportunamente recaudados durante la investigación, sostiene que fueron ignorados por el juzgador, omisión que se constituye en evidente error de hecho que llevó a tener por cierto, contra toda evidencia, el informe policial, al punto que:

"El desconocimiento total de los testimonios relacionados, que expresaban con claridad las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fueron sacados de sus casas los encartados sin haberseles encontrado objeto alguno que los comprometiera en la comisión del ilícito investigado, ni arma alguna, es error que resulta manifiesto y que tiene clara repercusión en las determinaciones de la sentencia, ya que el mismo Tribunal de Orden Público acepta que contra los cinco procesados sólo obra como elemento de prueba el informe policial. Si el Tribunal hubiera considerado los testimonios señalados, hubiera reconocido la falsedad del informe polívico y habría necesariamente dictado sentencia absolutaria. Este error de hecho llevó al juzgador a violar indirectamente la ley sustancial al darle aplicación al artículo 13 del Decreto 186 de 1988 y con base en él condenar al defendido".

En el cargo segundo se plantea la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la apreciación probatoria, por falso juicio de legalidad, "al concederle el juzgador mérito de convicción a la captura realizada por la Policía Judicial de los ciudadanos Orlando Vargas Muriel, Juan José Suárez, Elver López, Francisco Vera Vera y Edgar Orlando Montañez, cuando debió rechazarla por su insita ilegalidad".

Para sustento de este cargo la demanda critica el informe de la Policía Judicial y las declaraciones juradas de los agentes que participaron en la captura de los nombrados acusados, afirmando:

"Que por informaciones allegadas a la SIJIN, el 29 de agosto en horas de la tarde tuvieron conocimiento de que en la residencia mencionada se encontraban celebrando los supuestos autores del asalto al Banco Cafetero. Desplazadas al lugar, dicen haber realizado a las 5:00 p.m. un reconocimiento verificando la información recibida y que a las 6:30 a.m. del día siguiente allanaron el lugar con los resultados obtenidos.

"La Policía manifiesta que los capturados no estaban embriagados, que apenas comenzaban a celebrar el asalto, que no opusieron resistencia y confesaron su delito.

"Esta versión se contradice con lo manifestado en las indagatorias por los implicados y deja dudas respecto a su veracidad por cuanto, en sana lógica, no es comprensible que si estaban celebrando desde el día anterior, no se encontrasen en estado de embriaguez. Que teniendo armas no se enfrentaran a la Policía. Que confesaran inmediatamente su participación en el ilícito.

"Por otra parte, en ningún momento los agentes demostraron contar con orden de autoridad competente para realizar el allanamiento y la captura de los implicados, ni tampoco haber obtenido autorización de los moradores de la casa para efectuar el registro. No levantaron el acta de rigor firmada por las personas del lugar. No se trataba de flagrancia por cuanto no tenían conocimiento de que en esa residencia se estuviera consumando un delito ni tampoco estaban públicamente requeridas las personas que fueron aprehendidas.

"En tales circunstancias, la Policía Judicial no ha debido adelantar estas actuaciones ya que existen sagradas normas constitucionales y legales que reglamentan su proceder, como son los artículos 23 y 24 de la Constitución Nacional anterior, los artículos 368, 370, 401 y 404 del C. de P. P. y los artículos 72 en concordancia con el 79 del Decreto 1355 de 1970. Dichas normas exigen autorización escrita de autoridad competente para llevar a cabo allanamientos y capturas cuando no se trate de situaciones de flagrancia o de personas públicamente requeridas; autorización de los moradores para el registro de lugares no abiertos al público y sobre todo el sagrado derecho constitucional de no ser molestado, ni su domicilio registrado, sino en virtud de orden de autoridad competente.

"En tales circunstancias el juzgador ha debido desestimar como prueba en este proceso la captura realizada por la Policía Judicial por no haberse observado las formalidades esenciales para su validez.

"Concluyendo en que "... Por este gravísimo error de derecho el juzgador violó el artículo 310 del C. de P. P. e indirectamente el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 o Estatuto para la Defensa de la Democracia".

Solicitándole a la Corte proceda a casar la sentencia recurrida y en su reemplazo dictar la absolución que favorezca a Orlando Vargas Muriel.

Concepto del Procurador:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, empieza su concepto transcribiendo el informe de la Policía Técnica Judicial rela-

cionado con la captura de los implicados; así como apartes de lo declarado por los agentes José Antonio Oyola Tique, Campo Elias Conde Trujillo, Efraín Gómez Cárdenas, Cristian Murillo Ortiz, José Telmo Rojas Cortés, Gerardo Cardozo Liévano y Jorge Lizcano Gómez que participaron en las capturas, recordando que a pesar de haberse ordenado, no se logró recepcionar el testimonio del teniente Leonel Sánchez Montenegro, antecedentes que le sirven para sostener que:

"Expedida la nueva Constitución en nuestro país, se impone confrontar la normatividad positiva vigente con las actuales regulaciones de la reciente Carta Política y la solución de los procesos en curso de conformidad con la filosofía que imprime la concepción del Estado que ahora se diseña y su especial reconocimiento en todos aquellos institutos que, acordes con un criterio más garantizador de los derechos individuales y colectivos, se han transformado radicalmente, imponiéndose de contra además, un nuevo enfoque hermenéutico en relación con el que podía venirse aplicando, pues todo cambio constitucional genera un amplio contexto jurídico que surge como reflejo del nuevo orden cuyo ejercicio se racionaliza normativamente en el nuevo texto político, generándose, en no pocos casos, la denominada doctrinariamente 'inconstitucionalidad por supervención', en virtud de la cual debe entenderse que el ordenamiento legislativo vigente y las situaciones procesales jurídicas actuales, deben adecuarse a la nueva formulación constitucional: El constituyente ha redefinido el orden político, otorgando legitimidad jurídica a un nuevo sistema cuyo alcance material prima sobre la antigua concepción, haciendo prevalente su fuero axiológico-normativo.

"Y, de este modo surge una segunda consecuencia análoga con la naturaleza jurídica del texto constitucional: Su carácter intemporal: Ello significa que a partir de su promulgación, su dinámica se aplica simultáneamente a todo hecho casuístico anterior o posterior, cobijado por el nuevo dogma apologético superior; no hay lugar a exégesis alguna, sino a su simple y escueta aplicación. Y es precisamente por ese específico carácter que no puede hablarse de aplicación 'favorable' del nuevo texto —fenómeno propio del tránsito de leyes—, pues caeríamos en el absurdo de prolongar, v. gr., ultractivamente una norma del anterior orden constitucional, cuando dicho esquema ha sido reformulado.

"Así pues, la dissociación del orden jurídico se virtualiza en el hecho histórico que la produjo, y sólo a él devienen dichas consecuencias materiales de tal reformulación; por esta razón, el advenimiento de la nueva Constitución implica su transferencia normativa al contexto verificable de aplica-

ción, ya preordenado por el constituyente soberano, siendo éste justamente el límite de su lectura (es la 'historicidad de las declaraciones de los derechos', de que hablaba el profesor García Pelayo en su constitucionalismo comparado).

"Así lo indica con precisión Burdeau:

"... jurídica y políticamente la Constitución es creadora de orden y unidad. Juridicamente porque introduce en la multiplicidad de las normas el principio de jerarquía, al presentarse como norma inicial y básica de la que dependen todas las demás... la unidad del sistema jurídico y la oficialización de una idea del derecho inspiradora del orden social, se convierten así en fundamentos sobre los que descansa la noción de Constitución".

"Y por supuesto, el Sistema Penal no está ausente de esta reflexión, máxime cuando él encierra el *ius puniendi* del Estado (entendido como poder punitivo), afectando con mayor incidencia la dinámica de las relaciones sociales; esto permite contrastar la distancia existente entre gran parte de la legislación penal vigente, y los nuevos postulados de la normatividad política positiva erigida en la Constitución.

"Esto es lo que sucede en el presente caso, obligando resolvérlo dentro del nuevo marco constitucional, toda vez que en el amplio catálogo de 'derechos fundamentales', de conformidad con la regulación del artículo 28 de la novísima Carta 'nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definido en la ley'.

"Esta norma no sólo es integralmente eficaz por su enunciado positivo (e intemporal), sino que además no requiere reglamentación legal alguna por ser de aplicación inmediata, conforme con el artículo 35 del mismo Código Superior.

"Entonces, impera reclamar que toda situación que se acomode a dicho *fáctum*, debe estar precedida y a su vez reflejar aquella escueta formulación normativa, que no sólo legitima un comportamiento de autoridad, sino lo que es más esencial, garantiza un derecho individual así reconocido; y es esta la dialéctica de los derechos humanos (art. 93 de la C. N.), que como bien es sabido en la positividad internacional se enuncia como 'criterio autorregulador del poder del Estado'; y adicionalmente, ya dentro del sistema mismo (imbricado por aquellos postulados) se verifica una segunda consecuencia: La de constar que dichos derechos humanos,

adquieren el carácter de concepto jurídico. Por esta razón la incorporación de tales derechos al sistema penal pasa de ser una 'barrera externa de contención' (Novoa Monreal), a ser un 'elemento interno autorregulador' (Fernández Carrasquilla), o un fundamento material de la antijuridicidad, como lo afirma el mismo Novoa Monreal.

"Por lo tanto se debe concluir que la naturaleza del reconocimiento normativo constitucional enunciado, no sólo alcanza un corpus material frente al Estado mismo, sino que además proyecta su formulación positiva al sistema penal".

La conclusión del señor Procurador Delegado, es que si no mediar mandamiento escrito de autoridad judicial competente respecto de los allanamientos realizados, mediante los cuales se produjo la captura de los procesados, su aprehensión es ilegal, concepto con el cual cobija no solamente al impugnante Vargas Muriel, sino a los relacionados en el segundo operativo, en el cual se aprehendió a Joaquín Niño Suárez, ya que "la supuesta autorización de la propietaria del inmueble, o de sus moradores, para su ingreso, no aparece demostrada en el proceso, y que de cualquier forma no suple la orden de autoridad judicial" (art. 32 de la C. N.).

Con relación al estado de flagrancia que excepcionalmente autorizaría el ingreso a domicilio ajeno sin la previa orden de la autoridad añade que su ocurrencia debe ser exante o con precedencia al ingreso a la morada:

"Pero, por el contrario, si se allana un inmueble (sin mandamiento escrito de autoridad judicial competente), y en dicho lugar se detecta la 'flagrante' comisión de un hecho punible (ex-post), ya no habría determinación previa del acto flagrante que haga permisible el exceptivo e informal proceder, razón por la cual el acto mismo de autoridad así constituido vulnera un derecho fundamental, sin importar el resultado posterior de la acción (verificación posterior de un delito). Así, si existían elementos de convicción de que un hecho de tal naturaleza acontecía en un inmueble debió proceder al ingreso una orden 'escrita de autoridad judicial competente', para el acto de registro; y como ello no ocurrió de esa forma, el allanamiento y la captura realizada por la Policía contravienen ostensiblemente el mandato de la Carta Política.

"Más aún, ni siquiera el delito de porte ilegal de armas había sido previsto antes del ingreso (ya que sólo se tenían indicios de haber sido dichos sujetos los autores del hurto bancario), sino que la detección del mismo fue contingente (imprevisto) al momento del registro, cuando ya se había vulnerado el precepto constitucional. Entonces es evidente

que la existencia de la 'flagrancia' no fue previa al acto de ingreso (límite exceptivo de la norma 32), momento en el cual el acto arbitrario ya se había producido (desbordamiento del límite general de la norma 28); en otras palabras, el objeto de valoración no es el comportamiento delictivo mismo (que no se discute), sino el sentido material del acto de autoridad que no se atuvo a la voluntad intemporal (e incondicionada en el tiempo) del nuevo orden; se transgredió su hipótesis que legítimamente podía atribuir existencia al hecho revelado a través de la acción policial, pues la abstracción sobre la que descansa la norma como hecho condicionante (flagrancia previa al ingreso domiciliario) no se verificó, desvirtuando así la consecuencia jurídica posterior.

"Pero advírtase lo puntual del juicio, pues el precepto constitucional no admite grados, ni condicionantes, ni excepciones circunstanciadas, sino que por el contrario, su especificidad es estricta en sentido y significación jurídica, invalidando cualquier alternativa extrasistématica de habilitación, interpretación o equivalencia frente a la norma".

Respecto de la demanda, el colaborador Fiscal estima que allí se "hace una confusa glosa de la situación analizada (proyectando equivocadamente la vigencia a artículos de la anterior Constitución)", pero que la Corte en uso de su oficiosa facultad debe decretar la nulidad de la diligencia en cuestión, y la libertad de los implicados antes mencionados, así como el reenvío del expediente a las instancias, advirtiendo que:

"A la Delegada no escapan las consecuencias sobrevinientes a la aplicación del nuevo Código Superior, sobre todo frente a la impunidad que pueda generarse en casos específicos debido a arbitrarios procedimientos policiales, como en este caso, pero ello, se reitera, se explica en la aplicación incondicionada e intemporal de la normatividad constitucional, sin mayor consideración que su simple plexo material normativo".

Consideraciones de la Corte:

1. Como fácil puede verse, es único en el fondo el hecho que motiva tanto en la demanda —cargo segundo— como en el concepto de la Procuraduría a proponer por muy diversa vía la casación del fallo de segunda instancia, pues mientras que para la actora la ilegítima aprehensión de los acusados en el curso del allanamiento genera error de derecho que obliga al proferimiento de un fallo sustitutivo, para el Ministerio Público esa captura ilegal y el descubrimiento dentro del allanamiento irregular de un hecho punible son los factores determinantes para que esa diligencia se anule y el expediente se re-

envie a las instancias "resaltando que el sustento probatorio de la sentencia se apoyó en dicha diligencia (e informe)", planteamiento que pese a su indefinición final, bajo la invocación de la facultad oficiosa de la Corte para decretar nulidades en sede de casación, en la práctica implica cuando menos, el desconocimiento de la validez de las sentencias.

Abierto con la admisión de la demanda el camino para que la Corte entre al análisis de la opción que plantea la Procuraduría Delegada, y siguiendo el principio de prioridad que obliga analizar primero la posible nulidad de la actuación o cuando menos de los fallos, cuanto su prosperidad haría inoficioso entrar en el estudio de fondo de las causales que concreta el censor, de ese análisis preferente se ocupará la Sala recordando, para comenzar, que la diligencia de allanamiento que para la época de los hechos autorizaba el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal (hoy art. 343) consistió en la irrupción forzada y contra la voluntad de los ocupantes, en habitación, establecimiento, oficina, inmuebles en general, naves o aeronaves, con el fin de hacer efectiva una orden de captura, rescatar las víctimas de una delito, tomar las armas o efectos que provengan de su ejecución o con las cuales se hubiese cometido la infracción, realizar una inspección o secuestro (art. 113 del Código de Procedimiento Civil), o aún y como lo autorizaba el Decreto 1355 de 1970, cumplir medidas urgentes de Policía relativas a la guarda de personas o bienes en los precisos términos de los artículos 78 y siguientes del Código Nacional de Policía.

Como diligencia que es y consultando sus anotados fines, el allanamiento permite su verificación bien dentro del proceso o previa su iniciación, y dentro de su curso se comprenderán tanto la verificación de hechos como la práctica de pruebas e inclusive la toma de decisiones cuando ellas tengan relación con la realización misma de la diligencia.

Si la actuación así cumplida se ciñe a los requisitos, fines y competencias que le señala la ley, su validez se extenderán no solamente a las constataciones logradas y al acta en que se resuma lo ocurrido, sino además, a los medios de prueba que en su curso se recauden. Por el contrario, estando su origen o su realización viciados, igualmente lo estarán aquellos medios que en el curso de la diligencia se hubiesen acopiado.

Con todo y no tratándose de un acto preciso, difícilmente se podría aceptar que los efectos de los vicios que lleguen a anular esa actuación se extiendan al proceso y los actos que de allí subsigan, pues es consustancial a las nulidades su limitación o reserva de sus efectos a la sola "actuación que dependa del acto declarado nulo", pues de otra manera se sacrificarian principios rectores como los de economía y prioridad del derecho material frente a las formas.

De esta precisión emerge inadmisible la proposición del Ministerio Público inclinada no sólo a la invalidación de la diligencia de allanamiento que critica nula, sino además al "reenvío del expediente a las instancias", lo que implicaría cuando menos un retrotraimiento parcial de la actuación, pues mal podría tenerse por viciada una actividad ajena al defecto ocurrido; y con mayor razón inaceptable la propuesta si, como aparece demostrado en este caso, el allanamiento que con tanto ahínco se reprocha se integra al aviso mismo de infracción o noticia *criminis* que ameritó la apertura de la investigación, como que sirvió de medio para el comiso de armas de privativo uso militar, hecho que como tal no permite desconocer su existencia en el mundo exterior, pues hacerlo sería tanto como aceptar que el Estado renunciara a prestar auxilio a la víctima de un secuestro por el hecho de descubrir el cautiverio en medio de un irregular registro de morada, o resistirse a investigar y sancionar un homicidio porque al hallazgo del cadáver de la víctima se llegue durante un allanamiento ilegal, ya que como ha tenido ocasión de fijarlo la doctrina de esta Sala, así como resulta exagerado pretender que pruebas recogidas dentro de un allanamiento irregular "puedan ser válidas, pese a la invalidez del registro", del mismo modo se ofrece inaceptable extender en términos absolutos el vicio de todo cuanto sucede y se pruebe en el curso de un allanamiento ilegítimo, pues las "demonstraciones innegables, incontrovertibles, como situaciones de hecho... no pueden unirse a des prestigio o carencia de validez de procedimientos que los anteceden, rodean o subsiguen" (Cfr. casación de noviembre 13 de 1990, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

En oposición a esta doctrina e invocando los artículos 28 y 32 de la Carta Constitucional, la tesis de la Delegada todavía pregonó que es la intemporalidad de los preceptos superiores y su novedad frente a las disposiciones que do igual rango contenía la Constitución de 1886 motivo suficiente que auspicia el reenvío sin más e inmediato de la actuación a las instancias.

A tal observación se debe responder que la sola vigencia de la nueva Carta Constitucional no implicó de plano ni la invalidación de toda la legislación que procedía, ni la de aquellas actuaciones judiciales cumplidas dentro de la legalidad prevista a la fecha de su realización por la Constitución y leyes de entonces, pues según lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia en decisión de julio 18 de 1991, apenas iniciada la vigencia de la Carta que hoy rige,

"La nueva preceptiva constitucional lo que hace es cubrir retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, imprregnándola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso; sin que sea tampoco admisible científicamente la extrema tesis, divulgada en al-

gunos círculos de opinión, de acuerdo a la cual ese ordenamiento inferior fue derogado en bloque por la Constitución de 1991 y es necesario construir por completo otra sistemática jurídica a partir de aquella. Tal es el alcance que debe darse al conocido principio de que la Constitución es ley reformatoria de la legislación preexistente, acogido explícitamente entre nosotros por el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, el cual, como para que no queden dudas, añade: 'Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubstancial' (Magistrado ponente doctor Pedro Escobar Trujillo).

añadiendo aún y con relación a las actuaciones formales cumplidas bajo la vigencia de la Carta Política anterior que

"... 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 cuanto la pretensión de aplicar la nueva Carta a situaciones superadas o cumplidas bajo la Constitución anterior occasionaría 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" (Sentencia de julio 25 de 1991, Magistrado ponente doctor Pedro Escobar Trujillo).

Pero además merece clarificar que el nuevo texto de la Carta no entraña en verdad aquellas modificaciones de fondo sobre las cuales pretende la Delegada haga uso la Corte de su facultad de anulación oficiosa, más allá de precaver ahora que la orden de registro de morada debe emanar de una "autoridad judicial competente" (art. 28) y no ya cualquier "autoridad competente" como advertía el anterior artículo 23 superior, pues la disposición que daba la facultad para que cualquier persona aprehendiera y condujera al "delineante cogido *in flagranti*", y a la autoridad que le persiguiere la posibilidad de penetrar aún a su propio domicilio sin previa orden de allanar (art. 24 anterior), se reprodujo ahora en el artículo 32 de la Constitución vigente, de donde deba colegirse que sigue siendo uno mismo el fundamento constitucional dentro del régimen vigente a la fecha de las capturas como a la fecha de esta decisión para valoración de lo sucedido.

Por otro aspecto y cotejando la realidad que encierra el expediente, débese desestimar la ocurrencia misma de la irregularidad que acusa la Procuraduría Delegada, según motivos que seguidamente se concretan:

Consultando la sentencia de primera instancia, en su argumentación se parte del presupuesto de la legalidad del allanamiento cumplido, afirmando que para su realización no era necesaria la orden judicial previa, pues las autoridades de Policía podían por propia iniciativa realizarlo frente a situaciones de flagrancia.

La anterior afirmación obliga a regresar al análisis de las circunstancias dentro de las cuales se realizó el hecho denunciado por la empleada bancaria Gladys Cecilia Rodríguez, pues a su decir el asalto a la sucursal del Banco Cafetero lo consumió un grupo de individuos "armados con ametralladoras", quienes luego de apoderarse de los seis millones que se reportaron sustraídos en el asalto, huyeron portando los mismos instrumentos, más el revólver del celador Pedro Alonso Garavito.

Por este motivo se comprende que además del delito de hurto, los cargos apuntaran al porte ilegal de armas de fuego de restrictivo uso militar, infracción de carácter permanente en cuanto la conducta descrita en la respectiva norma penal se prolonga en el tiempo a voluntad del infractor.

Repasando luego los términos en que los informes de captura se suscriben, de ellos se desprende que consumado el apoderamiento las autoridades de Policía obtuvieron informaciones sobre el desplazamiento y permanencia del grupo de asaltantes en las dos residencias donde se realizaron los allanamientos, de manera que si allí proseguía aún la tenencia de armas de fuego de prohibido porte por particulares, mal podría desestimarse la situación de flagrancia que el Juzgado interpreta, como que a abonarla coincidían objetivamente la actualidad de esa infracción y la identificación de quienes para ese instante ejecutaban la conducta, ratificándose en el ámbito demostrativo por el hecho palpable del hallazgo y comiso de las dos subametralladoras, los cuatro revólveres y buena provisión de munición en tenencia de los aprehendidos, que lejos de constituir como lo dice la Procuraduría Delegada, una actividad expost y por lo mismo vedada, era apenas la corroboración de un hecho cierto y conocido de antemano: El asalto mediante empleo de elementos bélicos, y la información recibida sobre localización de los responsables, que se constituía en prueba indiciaria adicional relacionada con la persistencia de la infracción contraria al Decreto 180 de 1988 que vino a juzgarse en conjunto con el delito de hurto.

Cierto es —según critica la Delegada— que la versión de la dueña de casa cuya autorización permitió el ingreso de la Policía no se recibió en el proceso; sin embargo, esa falla la suplen a suficiencia los testimonios de los agentes intervenientes en el procedimiento de captura, porque en ellos se destaca que la orden judicial no fue en el caso de estudio necesaria para la penetración al domicilio ajeno, pues según lo declara el cabo primero José Antonio Oyola Tique quien comandó la aprehensión del impugnante —fl. 11 vto. cuaderno 1—, el operativo

se cumplió "con el permiso y consentimiento de los moradores de la residencia", precisando que cuando llegaron al inmueble que servía de morada común para varias familias, la puerta de entrada estaba abierta, y allí les recibió "una señora que es la dueña de la casa", la misma que las suministró la información de ser Elver López uno de los arrendatarios.

La anterior versión la corrobora el agente Campo Elias Conde —fls. 21 y ss.— al decir que a su llegada "la puerta de la residencia estaba abierta", procediendo a hablar con una señora de edad que luego de identificarlos los "mandó a seguir" como dueña de la casa, sentido en el cual coincidió el conductor de la patrulla Efraín Gómez —fl. 229— afirmando: "La que abrió fue la señora dueña de la casa".

La segunda captura ocurrió en momento en que Joaquín Suárez Niño tocaba a la puerta de su casa, según información rendida por el agente Gerardo Liévano Corzo —fl. 209 del mismo cuaderno—.

Desconociendo esta información real y cotejable, todavía sostiene la Procuraduría Delegada que ni siquiera el asentimiento de los moradores podría validar la falta de orden judicial para la penetración al domicilio ajeno, mas es lo cierto que un criterio tan extremo carece de apoyo normativo, pues nadie mejor que el derechohabiente de la tutela domiciliaria será el facultado para permitir o tolerar el ingreso a sus habitaciones de sus amigos, relacionados, las autoridades, terceros o quien bien le plazca, como expresión nítida del libre ejercicio de la autonomía que le reconocen los preceptos superiores. Dado ese consentimiento como se prueba testimonialmente, una vez más asoma como legítima la penetración de las autoridades en las casas de los aprehendidos, eliminándose con ella cualquier fundamento del vicio acusado.

No acoge, pues, la Sala, la propuesta del Ministerio Público, habiendo todavía propicia la ocasión para insistir en que siendo el artículo 29 Constitucional en su parte final el que fija las consecuencias que acarrean los vicios sustanciales en el recaudo de los medios demostrativos, al preceptuar que "*es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*", claramente y por mandato superior se entiende que esos efectos se restringen a la sola invalidez del medio probatorio, sin llegar a impregnar la actuación dentro de la cual aquella evidencia se pretendiera hacer valer, ni autorizar, por lo mismo, ese retramiento del trámite procesal a las instancias por el cual propugnó la Delegada.

2. Con relación a la demanda presentada por la defensora del acusado, encuentra la Sala que ninguno de los dos cargos tiene aptitud para desvirtuar el fallo acusado, según se desprende de las siguientes consideraciones:

Cargo primero:

No discute la Corte sobre la existencia dentro del plenario de los testimonios rendidos por César Augusto Vera Vera, María Helena Vera viuda de Vera, Germán Vera Vera, Ernesto Porero Gualdrón, María Elsa Carreño, Edgar Hernández Jiménez, Bertilda Jiménez de Godoy, María Antonia Rondón de Montañez, Beatriz Hurtado Caballero, Luz Stella González Orozco, Maritza Dominguez, Nelly Vargas Rojas, Martha González Orozco y Jesús María Dolgado, sobre cuya desestimación por parte de los juzgadores reclama la actora, como tampoco es propio descontar que de acuerdo a la información que suministran, la captura de los cinco aprehendidos no se efectuó en la fecha, horas y lugares consignados en el informe de la Policía y las declaraciones de los agentes en ese acto intervinientes.

Tampoco de la existencia de aquellos testimonios hicieron caso omiso los juzgadores, así no los hubiesen citado por sus nombres en los fallos de primera y de segunda instancia, pues lo esencial es que a ellos se hace referencia, explicando los motivos por los cuales se desestimaron como elementos de juicio en favor de los reos, ya que el análisis del Juzgado concluyó afirmando que las evidencias surgidas del informe oficial, los reconocimientos en rueda de personas y la captura en flagrante tenencia ilegítima de armas de fuego impedían tener las pruebas de descargo con "poder suficiente de convicción" capaz de desvirtuar la acusación, calificando de "acomodaticio" "lo testimoniado por parientes y vecinos traídos como coartada para demostrar su inocencia", apreciación con la cual se mostró acorde el Tribunal.

Ausentes de este modo los presupuestos de hecho sobre los cuales pudiera edificar con éxito el cargo, pronto se explica la razón que tuvo la actora para variar la acusación de violación indirecta por aplicación indebida del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 por falso juicio de existencia, a un desarrollo contradictorio en el que se concluye intentando demostrar que las versiones de favor se hallaban en antagonismo con la información oficial sobre captura y los dichos de los agentes que las realizaron, sin llegar a explicar por qué razón o razones debería preferir la Corte los testimonios desestimados criticamente en las instancias, frente a la prueba que sirvió de base a la sentencia.

Mirado así el cargo dentro de la estructura bajo la cual se le anunciable, tendrá que concluirse en su fracaso, pues además de oponerse su formulación al contenido objetivo del fallo de primera instancia, integrado con la decisión del Tribunal que le otorgó en este aspecto su respaldo, erró el censor al omitir toda consideración y réplica a los demás elementos que le daban soporte a aquella providencia, subestimando la necesidad en que se hallaba de desquiciarlos en su integridad para que fuese a cambio de ellos la prueba testimonial invocada la que determinara la variación del sentido en la sentencia impugnada.

Pero ni aún mirando con larguezza la alegación podría cobrar éxito esta final presentación de la demanda, pues muy distante de demostrar que el fallador abandonó los parámetros de la sana crítica o dio valor de prueba plena a medios que no podían tenerlo a falta de una tarifa normativa, todo lo que al respecto hizo el censor fue reclamar que primara su personal y subjetivo criterio, aparentemente orientado a hacer dominante la credibilidad de unos testigos por la fuerza de su número, antes que por la sopesación conjunta y la cotización de múltiples factores incidentes en el descrédito de su sinceridad y verdad, métodos ajenos a la debida y formal acusación de un eventual falso juicio de identidad, o a la más remota opción de un falso juicio de convicción, cuya insinuación desconoce la existencia del principio de la sana crítica como parámetro legal de valoración demostrativa.

No cumplió en este caso el recurrente con el deber de presentar el cargo y desarrollarlo de manera clara y precisa, como tampoco se aproximó a probarlo, desconociendo incluso el contenido de los fallos, motivo que conduce indefectiblemente a su desestimación.

Segundo cargo:

Centrada como se ha visto esta censura en el supuesto de que la prueba de cargo contra el acusado no podría tenerse como válida por haber sido recaudada en el curso de un allanamiento ilegal, ha de aceptarse en principio su formulación como técnicamente correcta, si, como viene de verse, dadas las exigencias constitucionales y legales para la validez de los medios aportados, la inobservancia de los requisitos sobre decreto y aducción de pruebas pueden redundar en falsos juicios de legalidad, mas no la nulidad de la actuación cuya alegación alternativa quedó ya oportunamente descontada.

Sin embargo, y en cuanto atañe con las razones mismas sobre las cuales se construye la acusación, se dijo ya en extenso y con soporte en el plenario que por diversos motivos la actuación de la Policía en la captura de los acusados debía tenerse en este proceso como válida, pues su operancia en situación de flagrancia, y mediante el ingreso autorizado a morada ajena, hacia contingente la orden de autoridad competente para allanar, razones sustanciales en la desestimación del cargo formulado.

Por otro aspecto resulta obligado recordar que no fue la captura de los acusados el único medio que sirvió para deducir su responsabilidad penal en este asunto, pues conjugarios tuvo en cuenta el juzgador los antecedentes y datos de personalidad procive acreditados, la información posterior a la captura y ratificada bajo juramento de los agentes que percibieron de manera directa la tenencia de las armas, la prueba indicaria sobre la relación anterior entre los acusados, y aún el reconocimiento en rueda de personas para el caso de alguno de los comprometidos, elementos que por no haber sido parejamente objetados continuaron dándole apoyo al fallo de condena.

En condiciones tales basta con remitir a lo ya dicho al contestar la solicitud de nulidad propuesta por la Delegada, de donde emerge que el cargo segundo no prospera.

Como lo hiciera ver la Sala en las varias oportunidades en que se pronunció sobre la libertad provisional del impugnante, la estimación que sobre la pena llegó a hacerse tuvo siempre el carácter de lo provisorio, pues si con posterioridad al fallo de segunda instancia la legislación penal redujo la sanción para el delito que se imputa a Vargas Muriel, su graduación definitiva es competencia del juez de ejecución de penas, y en su defecto de quien profirió el fallo de primera instancia, sin que a la Corte le concierne ahora y en esta sede otro pronunciamiento al respecto.

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

Resuelve:

No casar la sentencia motivo de impugnación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresnedo, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Gómez, Secretario.

CONSULTA

Para el caso en que el contenido de la sentencia que se impugna hubiese sido exclusivamente de condena, ninguna duda cabe en cuanto a la inoperancia del grado jurisdiccional de la consulta, excluida por voluntad expresa de la ley, pues no solamente como normas procesales los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991 tenían aplicación prioritaria y cumplimiento inmediato frente a las normas que sustituyeron, sin que ante los posibles alcances gravosos que la revisión por consulta pudieran entrañar para el procesado, los efectos de esa nueva preceptiva debían también privar por su naturaleza de norma posterior y favorable, según consecuencias que fija el artículo 29 Constitucional, inhibiendo aquella posibilidad por la cual optara el ad quem al revisar, para agravarla, la situación del condenado. / Siendo individual la responsabilidad penal del procesado, la autorización otorgada por el legislador para la revisión de la situación de uno solo de varios enjuiciados, no podría extenderse para comprender también la situación de otro u otros acusados, pues de haber sido tal el interés legislativo, no cabe duda que así habría tenido que indicarse, pues las normas sobre competencia no facultan su ampliación por vía interpretativa, y si en cambio es la situación de cada imputado a tal punto individual e independiente, que la misma ley autoriza que por separado se investiguen y fallen bajo distinta cuerda las conductas de los diferentes partícipes de una misma infracción, cuando bajo las diversas circunstancias la unidad de procedimiento se dificulta o rompe. / Admitiendo por vía de discusión como posible que la extensión de la competencia en caso de la consulta autorizara tocar la situación de otro procesado, el argumento de la coherencia del fallo invitaría a equiparar las penas de quienes responden dentro de unas mismas circunstancias por idéntica infracción tampoco podría autorizar la desmejora de la situación del condenado cuyo fallo no sea susceptible de consulta o no hubiese sido apelado por parte de quien tuviese un legítimo interés, pues esa posibilidad contraría en el tránsito de normas el prin-

cípic de favorabilidad, además de merecer ahora el repudio expreso del artículo 217 del Decreto 2730 de 1991 en su parte final, regla que a su vez errama del mandato constitucional del artículo 31 superior. / A diferencia de la intervención en las instancias donde la competencia del superior es plena, exige el recurso de casación, que el actor delimita la acusación y concreta, cuando a él recurre, el error de hecho o de derecho cometido.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santa Fe de Bogotá, D. C., seis de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 039.

Vistos:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados *Alcides (o Yesid) y Libardo Ardila*, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Orden Público (hoy Nacional), mediante la cual aumentó a ocho años de prisión y veinte salarios mínimos de multa la pena que el Juzgado Doce Especializado de Florcencia impuso al procesado *Alcides Ardila*, al tiempo que revocó la absolución en favor de *Libardo Ardila* para imponerle igual sanción que al anterior, como infractores al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Hechos y actuación procesal:

El 24 de mayo de 1990, siendo aproximadamente las 7:30 de la noche, en un retén instalado por el batallón Juanambú del Ejército Nacional en el perímetro urbano de la localidad de Belén de Los Andasquies, hacia la vía que conduce a San José del Fragua fueron retenidos Arnulfo Hueca Cruz conductor de la motocicleta Suzuki negra con placas VBU99 y los hermanos Libardo y Alcides Ardila quienes se transportaban en el campero Daihatsu modelo 82 color rojo y blanco de placas LD-2991, dentro del cual se halló cocaína en cantidad de treinta y siete libras y media.

El comandante del antecitado batallón consignó en el parte de captura que el operativo se realizó en virtud de informes de inteligencia según los cuales ese día y hora, pasaría por el sector y precedido de una motocicleta que llevaba el encargo de avisar sobre los retenes militares; un vehículo campero de colores rojo y blanco transportando coca.

La investigación le correspondió al Juzgado Doce Especializado de la ciudad de Florencia, que una vez oyó a los sindicados en indagatoria, profirió el auto de junio 1º de 1990 decretando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, agravado por el numeral 3º del artículo 38 *ibidem*.

Una vez clausurada la investigación, con providencia de octubre 8 del mismo año se calificó su mérito citando a audiencia a los hermanos Ardila como autores del delito precalificado y sobreseyendo de manera definitiva a Arnulfo Huaca Cruz.

Culminada la audiencia pública, produjo el Juzgado el fallo de 28 de noviembre de 1990 absolviendo a Libardo Ardila por los hechos endilgados, mientras que a Alcides o Yesid Ardila lo condenó como autor del delito descrito en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 inciso 1º, con la agravante derivada de la cantidad de fármaco incautado, pese a lo cual le impuso como pena principal cuatro años de prisión al abonarle al beneficio establecido en el artículo 45 *ibidem*, por haber denunciado como propietario de la droga a Isidro Vásquez. La pena pecuniaria se fijó en diez salarios mínimos, disponiendo la consulta de la sentencia en caso de no ser apelada.

Al resolver el anotado grado jurisdiccional y variada para entonces la competencia en la segunda instancia del Tribunal del Distrito de Florencia al Superior de Orden Público, profirió esta última Corporación su proveído del 25 de abril de 1991 que introdujo las modificaciones gravosas ya enunciadas, confirmó la entrega de la motocicleta y el Daihatsu, y resultó por último objeto de impugnación extraordinaria.

Las demandas:

1. En la demanda a nombre de Alcides Ardila el actor formula dos cargos bajo el amparo de la causal tercera del artículo 226 del Decreto 050 de 1987:

*En la primera censura señala que la sentencia de primer grado dispuso la consulta de la providencia ante el Tribunal Superior, obedeciendo el artículo 19 de la Ley 2º de 1984 si en estar muy claro si de ese grado jurisdiccional debía resolver el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Florencia, o el de Orden Público, siendo si de toda claridad que en cualquiera de los casos la consulta sólo procedía respecto de la absolución de Libardo Ardila, y de la entrega de la motocicleta de placas VBU99, mas no en lo relacionado con el otro acusado, pues según las previsiones del artículo 5º ordinal 4º del Decreto 089 de 1991, modificatorio del artículo 19 de la Ley 2º de 1984, por haber sido condenado a la pena de cuatro años de prisión, el *ad quem* no podía adentrarse en el terreno de la "cosa juzgada" so riesgo de incurrir en*

la causal de nulidad del artículo 305-1 del Código de Procedimiento Penal invocado, por falta de competencia.

El segundo cargo se hace consistir en la vulneración del principio constitucional del artículo 31 superior, ya que el Tribunal no podía agravar la pena al sentenciado como único apelante; inobservando por ese hecho las formas propias de cada juicio, al tiempo que se inaplicó la "ley permisiva o favorable".

Con base en lo antes expuesto, el libelo concluye solicitando a la Sala proceda a casar la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Orden Público mediante la cual se decidió extender el grado de consulta a una condena dictada por el señor Juez Doce Especializado de Florencia la cual estaba excluida de este grado jurisdiccional y en su lugar se emitía la decisión prevista en el ordinal 2º del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

2. En la demanda presentada a nombre de Libardo Ardila el cargo único que el censor presenta asidero en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal por manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, mediante el cual dejó de aplicarse el principio del *in dubio pro reo*.

Apoyando aquí su crítica el censor en los argumentos de la sentencia de primer grado, donde se dijo que no existía la plena prueba para condenar al acusado, como en el criterio del Agente del Ministerio Público que fue coincidente con el anterior en la segunda instancia, sostiene que la versión suministrada sobre los hechos por

"el procesado Libardo Ardila estú amparada por la presunción de veracidad determinada por el derecho que tiene de hacer constar todo lo que considere como conveniente para sus descargos y deberá ser tomada en toda su integridad".

El Tribunal incurrió además en un verdadero "*lapsus calami*" al citar como norma procesal fundamental el artículo 147 del Código de Procedimiento Penal, diciendo hacerlo del 247 *ibidem*, pues

"en este caso, la norma llamada a regular la situación jurídica del procesado era el artículo 248 del C. de P. P., en razón de que entre las conclusiones a las cuales llegó el juez de primera instancia y el representante del Ministerio Público en la segunda instancia, frente a las conclusiones del Tribunal de Orden Público, se presenta la duda que ha debido resolverse a favor del incriminado...".

Procurando un mejor apoyo de su apreciación, cita apartes del fallo de esta Corporación de julio 12 de 1989 con ponencia del Magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz alusiva al *in dubio pro reo*, y para concluir su exposición señala que el Tribunal Superior de Orden Pú-

blico incurrió en manifiesto error de hecho al no haber tenido en cuenta el fenómeno de la duda a pesar de su clara demostración, dejando de aplicar en forma directa los artículos 246, 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal, para reflejar esa omisión en la violación indirecta del artículo 38 ordinal 3º de la Ley 30 de 1986. Como consecuencia se le pide a la Corte proceda a casar la sentencia, dándole cumplimiento al artículo 228 ordinal 1º del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público:

Al referirse a la demanda presentada a nombre de Alcides Ardila, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal hace el siguiente recuento de las disposiciones que han regido el grado jurisdiccional de la consulta dentro de las infracciones de que aquí se trata:

1. Los Jueces Especializados en atención a los Decretos 474 de 1983 artículo 23 y 1582 del 4 de agosto de 1986, eran competentes para conocer de los delitos previstos en la Ley 30 de 1986, artículos 32, 33, 34 y 35, de acuerdo al trámite establecido en la Ley 2º de 1984; ratificación hecha mediante el Decreto 2626 de noviembre 16 de 1989.

2. El artículo 19 de la Ley 2º de 1984 consagraba:

"La sentencia es apelable en el efecto suspensivo, pero en todo caso deberá consultarse. La apelación y la consulta se surtirán ante la Sala Penal del respectivo Tribunal Superior, conforme al Código de Procedimiento Penal".

3. La anterior disposición fue modificada por la norma 5º numeral 4º del Decreto 2790 del 20 de noviembre de 1990, que entraría a regir de acuerdo a lo señalado en el artículo 102, a partir del 16 de enero de 1991; asignando la competencia en segunda instancia al Tribunal Superior de Orden Público y estableciendo:

"Del grado jurisdiccional de consulta en relación con todas las sentencias absolutorias, las providencias que disponen cesación de procedimiento o la devolución de bienes a particulares y los autos inhibitorios que impliquen devolución de bienes.

"Si el Tribunal inadmite el recurso de apelación y la providencia impugnada es susceptible del grado jurisdiccional de consulta, asumirá inmediatamente el conocimiento del proceso y dará el trámite correspondiente".

4. A su vez, el artículo 14 del Decreto 2790 de 1990, al regular el tránsito de legislación, ordenó que los procesos en poder de los Tribunales Superiores se enviaran en el estado que estuvieran al Tribunal de Orden Público; pero antes de su entrada en vigencia, se expidió y

promulgó el Decreto 099 de 1991 en el cual sin modificaciones mantuvo lo relacionado con el grado jurisdiccional de la consulta; estas disposiciones empezaron a regir a partir de su publicación en el Diario Oficial 39.628 de enero 14 de 1991.

Así, los hechos ocurrieron y el fallo de primera instancia se dictó por el Juzgado Doce Especializado de Florencia en noviembre 28 de 1990, bajo la vigencia de la Ley 2^a de 1984 y el Decreto 2626.2 de 1989.

Pero no ocurrió lo mismo con la sentencia de segunda instancia proferida en abril 23 de 1991 por el Tribunal de Orden Público; pues para entonces regían las disposiciones del Decreto 2790-5.4 de 1990 y el Decreto 099 de 1991, que excluía la consulta respecto a las sentencias condenatorias, estando la competencia del Tribunal de Orden Público limitada al conocimiento del fallo absolutorio; por cuanto que,

“...no puede pretenderse que por el simple hecho de que varias decisiones se encuentren compiladas en un mismo cuerpo documental, todas ellas constituyan una sola y permitan, al margen de las disposiciones legales, su revisión *in integrum*.

“En efecto: La sentencia, como de antaño viene sosteniendo esta oficina, es un acto unitario e independiente que resuelve la situación procesal respecto de cada uno de los vinculados a la actuación judicial y en relación con cada uno de los ilícitos que se juzguen dentro de la misma, unidad que no se pierde ni desnaturaliza por el hecho de que, adosada a ella e incluso con similares fundamentos, se resuelvan simultáneamente varias situaciones jurídicas que por virtud de los mandamientos de la ley deban acogerse en el mismo pliego documental en razón a su conexidad o unidad procesal.

“Vale decir, que en el caso a estudio, la providencia sometida a la consulta del Tribunal Superior de Orden Público contenía dos diversas sentencias que ponían fin, simultáneamente, a dos asuntos que se juzgaron y fallaron en la misma providencia en cuanto eran intimamente conexos. La primera sentencia, cobijaba la situación procesal de Libardo Ardila, quien fuera absuelto por el juez de primera instancia; la segunda, resolvía esa misma situación respecto de Yesid o Alcides Ardila, condenándolo a pena privativa de la libertad por el delito por el cual fue juzgado.

“...Por manera pues que el Tribunal Superior de Orden Público, aún desde que recibió la actuación, no tenía competencia para revisar más que la sentencia absolutoria proferida a favor del imputado Libardo Ardila, como acertadamente se lo hizo notar su colaborador fiscal en el concepto del 19 de marzo de 1991 que, sin embargo, no fue siquiera

mirado por la Sala correspondiente de la Corporación al momento de decidir. Lo anterior, porque la norma que eliminó la consulta para sentencias condenatorias entró a regir inmediatamente por tratarse de una norma de tipo procesal y no se había iniciado el trámite propio de la segunda instancia con relación a la sentencia, pues aún el Tribunal no había aceptado —a través del auto que ordena correr traslado al agente del Ministerio Público— su competencia formal para resolver el grado jurisdiccional.

"El grado jurisdiccional de consulta, efectivamente, tiene orígenes y finalidades diversos a los procurados por la impugnación de una decisión judicial, porque si en ésta se pretende la protección de algún derecho particular, en aquella se persigue defender los intereses generales de la sociedad; a la par que la apelación procede, por regla general, frente a todo tipo de providencias, la consulta solamente es operante en relación con una especie de ellas: Las que, de alguna manera, le ponen fin al proceso, como norma de principal cobertura; en tanto que la apelación puede interponerse en cualquier clase de trámites judiciales, a condición de que se cumplan los presupuestos, la consulta solamente procede en aquellos en los que el delito sea, por tal manera grave, que amerite la revisión oficiosa de la providencia por la instancia superior. Estas condiciones, marcan también una importante diferencia en torno a la competencia del juzgador de segundo grado: Si en la apelación es principio general la revisión de toda la providencia sin limitación alguna —salvo la novísima prohibición constitucional para las sentencias condenatorias—, en la consulta el precepto es de la restricción: Al funcionario solamente le está permitido trimiscuirse en los asuntos que expresamente, por previsión legal, son susceptibles de tal grado jurisdiccional".

Con base en lo antes expuesto, y compartiendo la tesis propuesta en la demanda presentada a nombre de Alcides Ardila, solicita en su favor se decrete la nulidad a partir del momento en que se dispuso el trámite de la sentencia en segunda instancia por parte del Tribunal Superior de Orden Público; pues para este procesado la decisión quedó ejecutoriada ante el Juzgado Doce Especializado de Florencia, al no interponerse recurso alguno.

Del segundo cargo pregunta su improcedencia, porque para el momento de proferirse el fallo de segundo grado, la Constitución de 1991 no había sido todavía promulgada, así que mal podían para entonces contrariarse las disposiciones del artículo 31 superior que se invocan; de otra parte, recuerda que Alcides Ardila no recurrió en cuanto a su condena, siendo presupuesto de su operancia haber actuado como apelante único.

Con relación a la demanda presentada en nombre de Libardo Ardila sostiene la Delegada que el cargo resulta inadecuadamente planteado, y aparte de la polémica que pueda presentarse en torno a la naturaleza misma del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal como norma de contenido sustancial o de naturaleza procesal, de cualquier forma el recurrente no la abordó.

Aun cuando el libelo propone un pretendido error de hecho sobre las pruebas, tampoco especifica en forma clara, precisa y completa, cuál o cuáles fueron las tergiversadas, omitidas o supuestas por el fallador; abarcando de modo genérico en su ataque todos los elementos allegados, lo cual imposibilita a la Corte por expresa prohibición entrar a hacer un análisis universal de lo actuado en búsqueda de posibles errores que la demanda no concreta.

Los argumentos del casacionista se limitan a presentar las conclusiones del sentenciador de primera instancia en su sentencia y las consideraciones del agente del Ministerio Público ante la segunda instancia, omitiendo una confrontación con lo propuesto por el Tribunal de Orden Público que permitiera establecer la vulneración que acusa de las normas probatorias, y de los preceptos sustanciales que estimó infringidos.

El recurrente se limitó a aseverar que la indagatoria del acusado Libardo Ardila debió ser acogida como válida por el sentenciador en el sentido de que el incriminado no participó en el delito investigado, pasando con tales argumentaciones a la otra forma de error, la de derecho por falso juicio de convicción; dejando de confrontar el valor probatorio de la indagatoria con las demás pruebas recaudadas en el plenario; aunque de haberse ocupado de ello, la demanda tampoco tendría vocación de prosperidad, por cuanto no cabe invocar la valoración probatoria respecto de la indagatoria, cuya apreciación se rige de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

La sugerencia que le hace a la Sala, es la de *casar parcialmente* la sentencia en relación con el procesado Alcides Ardila por lo improcedente de la consulta, *devolviendo* lo actuado al Tribunal de origen para reposición del trámite irregular.

Consideraciones de la Sala:

1. Los dos cargos que el censor eleva para demandar la nulidad del fallo de segunda instancia respecto del acusado Alcides Ardila parten, como fundamento común, del presupuesto de la incompetencia del *ad quem* para tocar una decisión condenatoria no impugnada, luego de desaparecer respecto de ella y por ministerio de la Ley, entre la fecha de la decisión de primer grado y la adoptada por el Tribunal, el grado jurisdiccional de la consulta.

Aceptando como corresponde la realidad de ese tránsito de normas, en cuanto los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991 promulgados luego de emitida la sentencia del Juzgado Especializado y en ella la orden de someterla íntegramente a consulta, es indiscutible que el conocimiento del asunto pasaba del Tribunal de Florencia al Superior de Orden Público (art. 5-3 del Decreto 2790 de 1990), las consecuencias que de esa modificación legal repercutían sobre el caso de la controversia eran en verdad aquellas que con el aval del Ministerio Público promueve el casacionista.

1.1. Dando respuesta al *primer cargo* que contiene la demanda en relación con el acusado Alcides o Yesid Ardila se tiene:

1.1.1. Para el caso en que el contenido de la sentencia que se impugna hubiese sido exclusivamente de condena, ninguna duda cabe en cuanto a la inoperancia del grado jurisdiccional de la consulta, excluida por voluntad expresa de la ley, pues no solamente como normas procesales los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991 tenían aplicación prioritaria y cumplimiento inmediato frente a las normas que sustituyeron, sino que ante los posibles alcances gravosos que la revisión por consulta pudieran entrañar para el procesado, los efectos de esa nueva preceptiva debían también privar por su naturaleza de norma posterior y favorable, según consecuencias que fija el artículo 29 constitucional, inhibiendo aquella posibilidad por la cual optara el *ad quem* al revisar, para agravarla, la situación del condenado.

En términos semejantes definió la Sala su criterio en reciente decisión de marzo 5 de 1993, con ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez.

1.1.2. Tratándose del caso de los llamados fallos mixtos dentro de los cuales y por operancia del principio de unidad se resuelve la situación de varios procesados con decisiones diversas, unas de condena y otras de favor, o aun cuando respecto de un mismo procesado a quien se han imputado varias infracciones, de unas se le absuelve y por otras se condena, podría pensarse que la competencia otorgada al *ad quem* para revisar por consulta la decisión absolutoria autorizaría a extender análisis y decisión a la condena en búsqueda de un fallo coherente y que sea garantía del principio de igualdad como de la unidad de imputación y juzgamiento.

Razones hay, sin embargo, que privan para tales eventos la posibilidad de un conocimiento amplio e ilimitado:

a) Visto el problema desde un aspecto exclusivamente normativo, cabe recordar que tanto en vigencia del Decreto 050 de 1987 —art. 538—, como a la luz de la codificación procesal que ahora rige —art. 217—, las facultades otorgadas al *ad quem* han sido amplias para “decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada”, licencia que fácilmente se comprende, apunta a la necesidad de permitir la expe-

dición de fallos lógicos, completos y congruentes, que armonicen sus diferentes decisiones.

Sin embargo y aún antes de que surgiera para este principio general la restricción constitucional del artículo 31 relativo a la irrefor-mabilidad adversa del fallo respecto del procesado que actúa como único apelante, ya la jurisprudencia había interpretado que esa amplia competencia del *ad quem* tenía vallas o linderos que sólo autorizaban su ejercicio dentro de aquellos aspectos que íntima y estrechamente estuvieran vinculados con la decisión principal que se impugnaba y participaran de su naturaleza.

La anterior situación no sufre modificaciones relevantes porque ahora el legislador en el actual artículo 217 del Código de Procedimiento Penal incluya la específica fórmula de que la amplia competencia se dé tanto en caso de apelación como de consulta, porque con esta norma general no podría entenderse desnaturalizada la especial que restringe la consulta con exclusividad a los fallos absolvatorios, excluyendo de este modo las condenas.

A esta conclusión conduce a la par con la expresa y taxativa delimitación del sentido del fallo que se hace susceptible de la revisión de instancia (absolución), la norma general contenida en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, que por principio de integración —y guardadas las debidas proporciones en cuanto a las salvedades de las normas especiales en materia procesal penal—, no puede dejar de armonizarse en este análisis, precepto según la cual “la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

b) La conclusión anterior cobra mayor fuerza dentro del llamado fallo mixto en la medida en que siendo *individual* la responsabilidad penal del procesado, la autorización otorgada por el legislador para la revisión de la situación de uno solo de varios enjuiciados, no podría extenderse para comprender también la situación de otro u otros acusados, pues de haber sido tal el interés legislativo, no cabe duda que así habría tenido que indicarse, pues las normas sobre competencia no facultan su ampliación por vía interpretativa, y si en cambio es la situación de cada incriminado a tal punto individual e independiente, que la misma ley autoriza para que por separado se investiguen y fallen bajo distinta cuerda las conductas de los diferentes partícipes de una misma infracción, cuando bajo diversas circunstancias la unidad de procedimiento se dificulta o rompe.

c) Por último y aún admitiendo por vía de discusión como posible que la extensión de la competencia en el caso de la consulta autorizara

tocar la situación de otro procesado, el argumento de la coherencia del fallo que invitaría a equiparar las penas de quienes responden dentro de unas mismas circunstancias por idéntica infracción tampoco podría autorizar la desmejora de la situación del condenado cuyo fallo no sea susceptible de consulta o no hubiese sido apelado por parte de quien tuviese un legítimo interés, pues esa posibilidad contraria en el tránsito de normas el principio de favorabilidad, además de merecer ahora el repudio expreso del artículo 217 del Decreto 2700 de 1991 en su parte final, regla que a su vez emana del mandato constitucional del artículo 31 superior.

La necesaria prosperidad del cargo interpuesto impone que por incompetencia case la Sala la decisión del Tribunal *ad quem* que desmejora la situación del acusado en referencia, regresando por consiguiente a la vigencia del fallo de primera instancia según lo autoriza el artículo 229, ordinal 1º del C. de P. P.

1.2. En los términos en que se anuncia la decisión en el caso del acusado Libardo Ardila, la *segunda censura* intentada con la misma finalidad de mantener inmodificada su condena prevista en la primera instancia se desestimará por sustracción de materia, no sin antes aclarar que de otro modo este cargo estaba destinado al fracaso por partir de un presupuesto de hecho por completo extraño a la realidad que abriga el expediente, pues mientras el casacionista invoca para atacar la intervención del Tribunal la violación del artículo 31 de la Constitución Nacional en cuanto la segunda instancia no podía agravar la situación del apelante único, la secuencia procesal indica que Alcides Ardila nunca impugnó directamente ni mediante su defensor la sentencia del Juzgado.

2. Formulada a nombre del acusado Libardo Ardila la segunda demanda de casación, en ella se invoca según se recuerda, la violación indirecta de la ley por errores de hecho en la apreciación de la prueba, errores que condujeron a la inaplicación del *in dubio pro reo*.

Como de modo acertado contesta en lo pertinente a esta impugnación el Ministerio Público, omitió insalvablemente en la demanda especificar en forma clara, precisa y completa cuáles fueron las pruebas que resultaron por el juzgador tergiversadas, omitidas o supuestas, y esta sola circunstancia impide a la Corte el análisis de la inconformidad, pues a diferencia de la intervención en las instancias donde la competencia del superior es plena, exige el recurso de casación que el actor delimita la acusación, y concreta, cuando a él recurre, el error de hecho o de derecho cometido.

Mientras estas exigencias no se cumplan, impedida se verá la Corte dentro del principio de limitación que rige esta impugnación extraordinaria a quebrantar su neutralidad para ingresar libremente y

a voluntad a la búsqueda y análisis de los posibles errores que contenga la sentencia, pues advertida en ella la doble presunción de legalidad y acierto, la imprecisión del casacionista no puede oficiosamente ser suplida, quedando irremediablemente por saber cuáles fueron los medios supuestos, desconocidos o deformados en su contenido o sentido.

Si el censor creyó suplido el requisito refiriendo con exclusividad a la versión injurada de Libardo, recordando que en ella pregonaba su inocencia, no solamente abandonó con ello el deber de realizar un análisis completo de todos los elementos que apoyaron la condena, sino que también varió el ataque anunciado, cambiando de los falsos juicios de existencia o identidad a los de convicción, y trasladándose con ello al planteamiento de posibles errores de derecho, yerro al cual suma el desconocimiento de que el legislador no le otorgó a ese medio una tarifa prevalente que hubiera podido inadvertir el fallador en su sentencia.

Inadmisible por lo demás resulta en casación el método de cotejar las razones que tuvo el *a quo* para absolver, en frente de aquellas plasmadas por el Tribunal para revocar esa medida, pues tanto se ignora con ello que el recurso extraordinario no constituye una tercera instancia, como se desatiende en cambio el deber de concretar de manera clara y precisa la causal que se invoca, y el deber correlativo de orientarse a su demostración.

Ello se muestra cuando en la providencia impugnada se cumple para desestimación de la excusa de inocencia, con el deber de sopesar en su conjunto todos los medios que a ella se oponían, pruebas que por dejar incólumes el actor en su precario esfuerzo, continúan sirviendo de sustancial apoyo a la condena.

No prospera la impugnación.

Con base en las precedentes consideraciones, 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 proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Orden Público (hoy Nacional), en cuanto agrava la sanción impuesta por el Juzgado Doce Especializado de Florencia al procesado Alcides (o Yesid) Ardila. En su lugar se fija como definitiva al acusado la pena principal prevista por el Juzgado *a quo*, y que tasó en 48 meses de prisión, multa equivalente a diez salarios mínimos mensuales, manteniendo la imposición de las penas accesorias contenidas en la misma decisión.

Segundo. No casar la sentencia impugnada, en cuanto atañe con el acusado Libardo Ardila.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didímo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

REFORMATORIO IN PEJUS / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

La norma superior veda con exclusividad la modificación gravosa de la pena, pero no hace extensiva esa prohibición a otras decisiones, ni podría entenderse por extensión que aquello sea así tratándose del restablecimiento del derecho o del resarcimiento de perjuicios, por ser de la misma Constitución de la cual emanó el mandato para que las autoridades protejan a los ciudadanos en sus derechos —art. 7º—, principio del cual debe comprenderse obviamente la situación de la víctima de un delito, y que correlativamente impone y debe hacer efectivas las consecuencias que en ese ámbito incumben a quien desatiende el deber también constitucional —art. 95— de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., seis de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 040.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Víctor Manuel Delgado*, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó, modificándola, la de primera instancia emitida por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de la misma ciudad por el delito de *receptación*, revocando los numerales tercero y cuarto que determinaban la extinción de la pena y la devolución de la caución prendaria; adicionándola en el pago del equivalente a diez gramos oro por concepto de los perjuicios materiales.

Hechos y actuación procesal:

La Sala acoge la siguiente síntesis expuesta por el Tribunal y la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal:

"El 27 de julio de 1990 se enteró el señor Eli Alfredo Izárciga Suárez que de su almacén de vidrios ubicado en la carrera 13 número 10-60 de esta ciudad, sus empleados se estaban sustrayendo material, por lo que concurrieron con el conductor de un vehículo de su propiedad, quien informó, al establecimiento de la carrera 17 número 20-24 en donde localizó dos vidrios color bronce que habían sido transportados hasta allí ese mismo día, por lo que solicitó la colaboración policial para su recuperación y aprehensión del propietario del establecimiento que resultó ser Víctor Manuel Delgado" (fl. 11, cuaderno del Tribunal).

"Ante la Unidad Operativa Central de la Policía Judicial, el señor Eli Alfredo Izárciga Suárez presentó denuncia de carácter penal contra los señores Emer Robledo Lozano, Germán Enrique Sánchez Sánchez y Víctor Manuel Delgado, a quienes después de ser retenidos por el F-2 y decretada la apertura formal de la investigación, se les escuchó en indagatoria.

"El testimonio rendido por Rodolfo Celis Cuervo y la ampliación de denuncia, sirvieron de fundamento suficiente para que al momento de resolverse la situación jurídica de los procesados, ésta fuera de detención preventiva por el delito de hurto para Robledo Lozano y Sánchez Sánchez y de receptación para Delgado.

"Adelantado el proceso fueron escuchados los testimonios de Juan de Jesús Acosta Alarcón y Luis Eduardo Jiménez Correa así como también se cumplió con audiencia de conciliación que concluyó al cese de todo procedimiento en favor de Robledo y Sánchez; calificándose el mérito de las pruebas el 7 de noviembre de 1990 con el proferimiento de resolución acusatoria contra Delgado por el delito que prudamente motivara la medida de aseguramiento en su contra.

"Adjuntada a la investigación en la etapa del juicio abundante prueba testimonial, se convocó a audiencia pública y una vez concluida, el 7 de noviembre de 1991 el Juzgado 22 Penal del Circuito puso fin a la primera instancia, condenando a Víctor Manuel Delgado por el delito de recepción, decisión que una vez apelada mereció en lo fundamental, confirmación por el Tribunal Superior, con la adición de condenar a 10 gramos oro por concepto de perjuicios.

"Es ahora contra esta decisión que el defensor de Delgado manifiesta su inconformidad demandándola en casación".

La demanda:

Dos cargos formula el actor en contra de la sentencia de segunda instancia al amparo del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal que rigió el juzgamiento:

En el primero y con invocación de una violación indirecta de los artículos 253 y 295 del Código de Procedimiento Penal, se funda en que el juzgador le dio credibilidad y todo el valor probatorio, sin tenerlo, al testimonio de Rodolfo Calis Cuervo, ya que en su condición de empleado del denunciante y coautor del delito de hurto, confesó al ser increpado por el hijo del quejoso tener el carro en el taller, cuando escasamente tres días antes había salido de allí, affirmando que los vidrios fueron recibidos por el acusado, siendo que en el proceso se acreditó que el nombrado no se encontraba en el establecimiento cuando tales elementos fueron dejados allí.

El Tribunal interpretó falsamente el citado testimonio al darle validez de plena prueba, y por lo mismo ha debido ser rechazado para "cuando menos" darle aplicación al artículo 248 del Código de Procedimiento Penal reconociendo la operancia de la duda.

Critica así mismo, que no admitió la credibilidad de los testimonios propuestos por la defensa como el caso de Luis Eduardo Jiménez Correa, a quien se le tuvo como conductor cuando su labor era la de cortador, y quien en su narración manifestó haber recibido de una persona desconocida los vidrios producto del ilícito, por lo cual su patrono —aqui acusado— tuvo que llamarle la atención; dejando de analizar o hacer mención a los dichos de: Juan de Jesús Acosta Alarcón, Cayo Epimenio Alfonso, Gabriel Machetá Prieto, Melchor Pérez de Deldago, Eusebio Restrepo, y Mario Londoño Caro.

Con la falta de apreciación de los testimonios que favorecían al condenado incurrió el *ad quem* en error manifiesto de hecho por falso juicio de existencia, llegando por esa vía a la violación de la ley sustancial por interpretación falsa —dice— del artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, concretando la solicitud para que la Corte mediante sentencia de reemplazo y luego de casar el fallo recurrido, profiera el de absolución del acusado.

Segundo cargo: El Tribunal incurrió en violación de una norma de derecho sustancial por vía indirecta, desconociendo el artículo 31 de la Constitución Nacional por exclusión evidente, ya que tras ser Víctor Manuel Delgado el apelante único del fallo de primera instancia, el *ad quem* le agravó su situación al adicionar en el fallo el pago del equivalente a 10 gramos oro por concepto de los perjuicios materiales.

La petición que en este caso se formula, se orienta a que en caso de no casarse el fallo como se propone en el cargo anterior, la Corte

confirme en su integridad la sentencia que pronunciara el juez de primera instancia.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pone de presente con relación al primer cargo de la demanda los graves y ostensibles yerros técnicos que acusa el censor, señalando que si invocar la violación de la ley sustancial por la vía indirecta, el casacionista omitió precisar en primer lugar la disposición que en forma mediata pudo haberse quebrantado;

"pues asume el haber dado cumplimiento a tal ineludible requisito, con la mención que hace de los artículos 253 y 295 del Código de Procedimiento Penal, a partir de cuya transcripción se ocupa en desarrollar este cargo en sus dos partes, con lo que la proposición jurídica resulta incompleta y así mismo el reparo infundado".

"No especifica el sentido de la violación, esto es, si se está frente a un error de hecho o de derecho, ni la modalidad que al interior de cada uno de estos supuestos ostenta el yerro que se plantea, es decir que si de optar por el error de hecho se trata, éste obedece a que el fallador supuso la prueba, la omitió o la apreció erróneamente y si en cambio el ataque se dirige a demostrar un manifiesto error de derecho, que éste se concreta en un falso juicio de legalidad o de convicción, por el desconocimiento de las reglas que determinan la aducción de la prueba o por negársele a ésta el valor que la ley le concede".

"Nada aporta el libelista en punto de tal precisión, cuando sostiene que la violación indirecta de la ley en que incurrió el Tribunal lo fue por 'interpretación falsa en el derecho', al conceder el fallador al testimonio de Celis Cuervo 'la validez de plena prueba' antes bien, completa la desazón que produce el enunciado general del cargo".

Otro tanto ocurre cuando el libelista se refiere al testimonio rendido por Celis afirmando que no se podía tener por "plena prueba", pues con ello olvida

"...que la ley procesal no ha tarifado la apreciación probatoria ni le ha prefijado un valor determinado a cada uno de los medios demostrativos y que, en cambio, en tal evaluación el juez está sujeto exclusivamente a las reglas de la sana crítica, lo que descubre como absolutamente infructuoso que se oriente esta clase de censura por esta vía, pues se convierte en una personalísima crítica valorativa del censor que sucumbe frente a la estimación que el sentenciador

hiciera en el fallo recurrido, por gozar éste de la doble presunción de acierto y legalidad".

"La incorrección técnica acompaña el enunciado de este reproche hasta el final, en donde culmina el libelista sosteniendo que si el Tribunal hubiera rechazado el testimonio de Rodolfo Cely (sic), cuanto menos, hubiese dado aplicación al artículo 248 del C. de P. Penal aplicando el *in dubio pro reo*, con tal afirmación genérica e incompleta, relaciona una hipótesis distinta que entonces habría ameritado el desarrollo del cargo en la demostración de un error de hecho o de derecho en virtud del cual el juzgador no aplicó el artículo 248 referido".

Dentro del mismo capítulo y bajo la misma causal primera por error de hecho, insiste la demanda en la falta de apreciación del testimonio de Luis Eduardo Jiménez Correa. Al fundar sin embargo la acusación, el propuesto falso juicio de existencia se transforma en críticas atinentes con la valoración de la prueba, porque el casacionista cree que ella debió hacerse en favor del procesado, yerro técnico insalvable que deja sin demostración la censura enunciada.

Con relación al segundo cargo, en el cual propone el censor la violación directa de la ley sustancial por exclusión evidente del artículo 21 de la Constitución, al adicionar el Tribunal la sentencia para condenar al pago de 10 gramos oro al procesado, el Procurador contesta:

"Imposibilitada se encuentra la Corte para pronunciarse respecto de este cargo que plantea el libelista, por lo evidente que resulta la absoluta carencia de interés jurídico para impugnar la sentencia por este aspecto, pues, de conformidad con el artículo 220 del C. de P. P. anterior (art. 221 del Decreto 2700 que conserva idéntica regulación en este aspecto) la cuantía para recurrir en sede del extraordinario recurso se determina con base en lo previsto por el Decreto 523 de 1968, esto es, la que rige en el procedimiento civil, que a la sazón es de \$ 19.600.000,00, cuantía del interés para recurrir de que carece por completo el casacionista, lo que hace inadmisible el estudio de la censura".

Concluye, pues, la Delegada, sugiriéndole a la Corte el rechazo de los cargos, absteniéndose de casar el fallo que se impugna.

Consideraciones de la Sala:

Poco tiene que agregar la Sala a las apreciaciones críticas que a la demanda dirige la Procuraduría Delegada en cuanto hace relación con el primero de los cargos que en ella se formula:

Yerro insalvable constituye en verdad el haber omitido el señalamiento de la disposición sustancial que el censor estimaba vulnerada, pues pretendiendo que con la invocación de disposiciones de simple rito (arts. 253 y 295 del C. de P. P.) suplía aquél mandato legal, desconoció que los errores que alegaba apuntaban a vicios *in iudicando* y no a la sola pretermisión de ritos, de manera que los preceptos procesales que acusa desatendidos eran simplemente normas medio a través de cuya ignorancia se habría llegado al desconocimiento o indebida aplicación de la disposición sustancial o norma fin y consagratoria de los derechos o prerrogativas marginados al procesado, o que convirtieron su situación en más gravosa.

Sin embargo de este particular defecto y aún interpretando que el precepto vulnerado hubiese sido el del artículo 177 del Código Penal fundamento de la sanción prevista para el delito de receptación, o aún el artículo 248 del C. de P. P., tímida y aisladamente invocado al decir que "se hubiera podido" aplicar, la censura incurre en otras tantas fallas técnicas ya en su momento detectadas por el Ministerio Público, que de modo evidente descuentan la posibilidad de que un tan defectuoso cargo pueda prosperar.

Ello ocurre al observar que el casacionista no llegó a concretar si su reclamo se orientaba hacia la proposición de errores de hecho o de derecho, situación que se agudiza durante el desarrollo de la argumentación, pues invariablemente recurre la crítica a cuestionar los parámetros que sirvieron al juzgador para darle credibilidad o preferencia a unos testigos sobre otros, como a proponer que se dio una desestimación objetiva de la prueba, insinuando en el primer caso que la inconformidad radicaba en la ocurrencia de un error de derecho por falso juicio de convicción, en tanto en el segundo se promueve la hipótesis de un falso juicio de existencia, contradicción que traduce la destrucción interna de las proposiciones, pues no resulta posible que el Tribunal hubiese ignorado los medios demostrativos pero a pesar de ello errase dándoles una interpretación contraria a la correcta, ya que mal se podría sopesar o valorar lo que se tuvo por inexistente.

Peor aún: Cuando el fallo se ocupó de la versión del testigo Rodolfo Celis Cuervo, a ella le otorgó un determinado valor de convicción, obrando siempre dentro del deber funcional de analizarla dentro de los parámetros de la sana crítica según podrá a continuación entrar a cotejarse, siendo en cambio evidente que los reparos del actor se quedan limitados a aspectos meramente parciales del dicho del testigo, quien había visitado el negocio de Víctor Manuel Delgado no en una sino en tres ocasiones.

Dice así el análisis de las instancias:

"...no puede hacer eco la coartada del sindicado, porque si bien es cierto, en vía de discusión pudiera aceptarse que él no estaba presente el día 27 de julio cuando Cely en-

tregó el 'pedido', si hay un hecho evidente, en las tres ocasiones anteriores, siempre estuvo presente a la entrega de los vidrios de la misma calidad, incluso en la tercera ocasión fue cuando Germán Sánchez lo relacionó o lo presentó con Cely, entonces, el señor Delgado sabía a ciencia cierta, que los vidrios eran objeto material de un delito de hurto, y con ese conocimiento cierto y preciso, él los venía comprando al empleado Germán Sánchez que con Robledo eran los encargados de la sustracción".

Tampoco ignoró el sentenciador el hallazgo en el establecimiento de propiedad del acusado de los elementos provenientes del hurto en el momento de realizarse su captura, armonizándolo como valor de incriminación y apoyo de la condena, aspecto que el demandante desatiende, permitiendo con ello que la providencia impugnada mantenga a pesar de su ataque suficiente solidez.

Otro tanto puede afirmarse con relación al testimonio de Luis Eduardo Jiménez Correa, porque si este testigo apenas se refirió al itinerario de Delgado el día de su captura, resultaba insuficiente para explicar las romesas anteriores y la presencia de los elementos ajenos en su establecimiento incautados; pero si además se le atendía en su referencia a la presencia apenas circunstancial de los elementos del hurto en el almacén de su patrono, tampoco era su versión definitivamente favorable al acusado como se pretende, o al menos no le mereció al censor satisfactoria explicación, resultando ilustrativo que siendo tres los vidrios, sólo se hubieran recuperado dos, omisiones que dejan sin fundamento las afirmaciones del imputado en el sentido de que tal como fueron recibidos, en el mismo sitio y cantidad se mantuvieron esos elementos hasta que su verdadero dueño fue a reclamarlos.

De otra parte, el testimonio de Juan de Jesús Acosta Alarcón al contrario de lo propuesto por el casacionista fue suficientemente analizado por el *a quo*, al expresar:

"Del mismo modo se observa contradicción entre lo afirmado por el señor Acosta en su primera y segunda intervención al proceso, pues mientras allí, esto es en su versión inicial, nada dijo acerca de que ese día de los hechos habían acudido a un centro médico en procura de atención a la esposa del procesado, en la ampliación de testimonio hace referencia en forma amplia a ese hecho de la asistencia al centro de salud, contradiciendo nuevamente su inicial afirmación de que ese día habían emprendido viaje hacia Fontibón tan pronto como recogió al procesado y su esposa. De otro lado, categórica y expresamente afirmó este testigo en su inicial versión, que a eso del medio día dejó a su patrono Delgado cerca al almacén de la carrera 17 y de ahí se dirigió al almacén de Chayineró, almorcó y se fue a entregar algunos pedidos regresando cerca de las seis de la tarde, proce-

diendo a guardar el carro, y ocurre que ya en la ampliación de declaración entra a manifestar que tan pronto dejó a su patrono en el sitio ya señalado se dirigió con la esposa de éste nuevamente al centro de salud y allí la estuvo esperando hasta que la atendieron. Ante esta situación y dada la serie de contradicciones en que incurre el testigo Acosta, es indiscutible que no se le puede otorgar plena credibilidad a su dicho, pues claramente se observa en él un afán inocultable en favorecer y sacar avante las afirmaciones tanto de su patrono como las de la esposa de éste y la del otro empleado, señor Luis Eduardo Jiménez" (fls. 370/371).

Y si la inconformidad, entonces, del censor, pasaba a radicar ya no en la presencia de falsos juicios de existencia sino de convicción, guardando silencio sobre las razones que le llevaban a pretender que fuese su particular criterio el que privase sobre el de los funcionarios que dentro de sus competencias hicieron el oportuno análisis integral de las probanzas, desconoció también que no estaban supeditados los juzgadores a otorgarle a las pruebas un valor tarifado pre establecido en la ley, pues esta consagraba en su lugar el sistema de la sana crítica que no se acreditó desconocido o desbordado, motivo que se suma a los anteriores para redundar en la desestimación del cargo que se analiza.

Por último y como bajo la misma causal y censura la demanda afirma que en la sentencia no se analizaron ni mencionaron los dichos de Cayo Epimenio Alfonso (fl. 156) y Gabriel Machetá (fl. 158), los cuales corresponden a declaraciones de conducta, Mclecia Pérez de Delgado (fl. 283) esposa del acusado, Eusebio Restrepo (fl. 303) y Mario Londoño (fl. 305) los dos últimos al servicio del mencionado, tendrá que responderse que jamás el censor concretó esta crítica en el sentido de advertir de qué manera podía incidir esa supuesta desestimación en el sentido del fallo recurrido, pues en verdad se observa que estas versiones sólo se referían al itinerario de Delgado el 27 de julio, mas no contribuían al esclarecimiento de incriminantes hechos anteriores, así que mal servían de apoyo para variar la decisión final de la controversia, que es precisamente sobre la cual recae el fundamento del ataque en el recurso extraordinario.

Las réplicas anotadas indican que el escrito de demanda en el cargo que se estudia, nunca concretó esa censura, mucho menos se aproximó a demostrar alguna de las hipótesis que indiscriminadamente planteó sobre las pruebas, y convertido en un simple alegato de instancia, impide a la Corte desentrañar en concreto el sentido de la acusación y de contra la posibilidad de darle, dentro del principio de limitación la respuesta de fondo que plantea.

Fracasa por consiguiente, el cargo propuesto.

Del cargo segundo debe advertir en primer término la Sala su discrepancia frente a las razones que para su respuesta propone el

Ministerio Público, pues si el recurso interpuesto no tenía por objeto único el aspecto referente a la indemnización de perjuicios como queda visto, mal podría denegarse esta segunda censura que ataca la fijación de la suma a resarcir por concepto de perjuicios materiales, con el solo argumento de que la cuantía no respetaba los límites del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal para entonces vigente, que a su vez la remitía a las normas que sobre este aspecto regulan la casación civil. En tal sentido aparece claro el precepto que se invoca.

Hay, sin embargo otra razón que de bulto se opone a la posibilidad de éxito de la casación parcial a la cual atina en este caso el censor, pues invocando la violación directa del artículo 31 constitucional porque el *ad quem* agravó la situación del acusado como apelante único adicionándole el deber de resarcir en diez gramo oro el daño material causado con la infracción, el casacionista desestima el texto mismo del precepto al cual se acoge, ya que la norma superior veda con exclusividad la modificación gravosa de la pena, pero no hace extensiva esa prohibición a otras decisiones, ni podría entenderse por extensión que ello sea así tratándose del restablecimiento del derecho o del resarcimiento de perjuicios, por ser de la misma Constitución de la cual emanó el mandato para que las autoridades protejan a los ciudadanos en sus derechos —art. 2º—, principio dentro del cual debe comprenderse Obviamente la situación de la víctima de un delito, y que correlativamente impone y debe hacer efectivas las consecuencias que en ese ámbito incumben a quien desatiende el deber también constitucional —art. 95— de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Esta razón en verdad basta para la desestimación del cargo segundo contenido en la demanda, pues, como por lo demás lo ha dicho con reiteración la Sala, una de esas ocasiones con ponencia del Magistrado doctor Yesid Ramírez Bastidas —Cfr. fallo de octubre 7 de 1992—:

“La condena al resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados con el delito, si bien debe hacer parte de la sentencia penal, no cabe dentro del concepto jurídico penal de pena y de esto emerge predicar que tampoco encuentra cabida aquél punto en la prohibición constitucional de ‘agravar la pena impuesta’ artículo 31, por ser cuestión de naturaleza distinta”.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópialese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Correa Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / HOMICIDIO
/ HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL / ERROR EN
LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

1. Mezclar falso juicio de identidad con falta de apreciación de una prueba e incorrecta valoración de la misma es buen ejemplo de una de las fallas que no se debe cometer en casación. / 2. Para la doctrina y la jurisprudencia es muy claro desde antiguo, que el considerar un homicidio como preterintencional en lugar de simplemente voluntario no entraña error en la denominación jurídica, por lo tanto no existe ningún motivo para acudir a la causal de nulidad. / Ante una acusación por homicidio simple, el juez en el fallo puede llegar a la conclusión de que es preterintencional o culposo, según los elementos de juicio con que cuente, pues esa determinación favorece al acusado, y si dentro de las facultades está absolverlo, con mayor razón puede reconocerle una circunstancia diminutiva de la pena. Lo que no podría hacer, así no varíe la calificación, es agraviar la situación del encausulado desbordando el límite marcado en el pliego de cargos, pues además de sorprender a la defensa, sería una sentencia inconsonante con la resolución de acusación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel.

Aprobado Acta número 44.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Ricardo Muñoz Giraldo*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Noveno Superior de la misma ciudad en cuanto a la condena, pero introduciendo como modificación la atenuación de la ira e intenso dolor, razón por la cual la pena se redujo de diez años

y cuatro meses a cincuenta meses de prisión y a igual término la de interdicción de derechos y funciones públicas, por el punible de homicidio.

I. Hechos y actuación procesal:

Los primeros los resume el *ad quem* así: "El día siete de enero del pasado año (7-I-91), a eso de las cinco de la tarde, se dirigía a su residencia situada en la zona urbana del municipio de San Pedro de los Milagros, cerca al Comando de la Policía el señor Ricardo Muñoz Giraldo, cruzándose en su camino Heriberto Bustamante Duque, quien, embriagado, se dio a insultario lanzándole frases tales como 'creido hijueputa, ya no conoces porque tienes plata', 'vos te crecs el niño Dios', 'guapo a dónde me vas a pegar el tiro', a lo que según parece, aquél se limitó a responderle que no lo molestara, ni lo siguiera. Pese a esto Bustamante Duque salió detrás de Muñoz Giraldo y casi juntos caminaron por espacio de 73.50 metros (vease diligencia de inspección judicial, fl. 27 vto.) hasta llegar a la casa del segundo. Allí, según refiere un testigo, se presentó una ligera discusión, al término de la cual Muñoz Giraldo tomó el madero con el cual aseguraba la puerta del inmueble y golpeó a su interlocutor en la cabeza. Recogido el herido por varios agentes de la Policía y trasladado a la Policlínica Municipal de esta ciudad (Medellín), falleció al día siguiente".

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Pedro, Despacho que recibió las primeras versiones sobre los hechos y luego de oír en diligencia de indagatoria al acusado, resolviendo la situación jurídica con auto de detención por el delito de homicidio, practicó numerosas pruebas.

La averiguación la continuó el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal y una vez perfeccionada en lo posible, dispuso el cierre de la investigación y calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria por homicidio preterintencional. El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor, estimó que se trataba de un homicidio simple.

La conducción de la etapa del juicio correspondió al Juzgado Noveno Superior. Practicadas algunas pruebas y surtida la diligencia de audiencia pública, profirió sentencia condenatoria por el homicidio imputado en el pliego de cargos, fijando la pena en diez años cuatro meses, interdicción de derechos y funciones públicas por diez años, y señalando los perjuicios materiales en dieciocho millones setecientos ochenta mil doscientos cuarenta pesos (\$ 18.780.240) y los morales en setecientos (700) gramos oro.

Al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo por el defensor, el Tribunal reconoció la existencia de la atenuante de la ira e intenso dolor, en consecuencia redujo la pena de prisión a cincuenta (50) meses, la interdicción de derechos y funciones públicas al

mismo término y los perjuicios materiales y morales a la cantidad de mil cien (1.100) gramos oro.

Esta decisión fue impugnada en casación por el defensor.

II. La demanda:

Textualmente dice el libelista: "El sentenciador incurrió en ostensibles errores de hecho al apreciar la prueba, que lo llevaron a aplicar indebidamente el artículo 323 del estatuto punitivo, dejando de aplicar el artículo 325 de la misma codificación, causando agravio injusto al procesado.

"El sentenciador distorsionó el contenido objetivo de la confesión vertida por el imputado en su indagatoria, incurriendo en ostensible error de hecho, falso juicio de identidad, al no tener en cuenta la clara manifestación del procesado en lo atinente a que jamás abrigó propósito homicida, aserto que lo corroboran las siguientes circunstancias no desvirtuadas por ningún medio probatorio y que corren a folios 10, 11 y 12 frente".

Aduce que el procesado no tuvo tiempo de abrir la cerradura de la puerta de su casa por el nerviosismo, lo cual permitió que el agresor se acercara a él obligándolo a utilizar la tranca de la puerta. Esta circunstancia soslayada por el sentenciador evidencia que el sujeto activo ni previó ni quería la muerte de Bustamante Duque. La improvisación del medio empleado, que no tiene potencialidad mortífera, pregonó el fenómeno de la preterintencionalidad. "Si el sentenciador hubiese valorado correctamente la confesión del acusado en lo que respecta a la confusión que sufrió, no hubiera dejado de aplicar el tipo penal descrito en el artículo 325 del estatuto de las penas".

También fue apreciado equivocadamente por el fallador, el hecho de que el implicado, ante las ofensas inferidas, se dirigió a su hogar, actitud que se traduce en no querer generar el resultado lesivo.

Pasando a otro punto, agrega el recurrente: "No apreció tampoco el sentenciador *ad quem*, incurriendo en error de hecho por falso juicio de identidad, la prueba que fluye de la diligencia de inspección judicial, folio 27 vuelto, donde se constató que el imputado fue seguido por el perfecto en un trayecto de setenta y tres metros con cincuenta centímetros. Cómo inferir el dolo homicida, si por el recorrido efectuado se demuestra que el imputado evitó por todos los medios el enfrentamiento con el señor Bustamante. Esa actitud pacífica, prudente, de huida, significa un no querer matar. Si el juez hubiese valorado correctamente la inspección judicial y la explicación vertida por el procesado no habría aplicado indebidamente el artículo 323 del estatuto punitivo y dejado de aplicar el artículo 325 de la misma codificación".

A continuación afirma que el sentenciador desfiguró el contenido del testimonio rendido por el denunciante Fernando Gómez, incurriendo en error de hecho por falso juicio de identidad al considerar que el occiso jamás trató de penetrar a la casa del homicida.

Esta misma censura la hace respecto de la apreciación del testimonio del agente Antonio Loaiza "a quien no le concede ninguna credibilidad, cuando a folio 277 frente, dice que Humberto (sic) trató de entrar a la casa del imputado, momento en el cual fue rechazado por el señor Muñoz", las declaraciones del policial no son divergentes como lo trata de hacer aparecer el Tribunal, pues en ambas versiones coloca a la víctima discutiendo con el acusado en la entrada de su residencia. Estima irrefutable la relación entre el error de apreciación probatoria y la falta de aplicación del artículo 325 del Código Penal.

Termina el libelo haciendo una "síntesis" en la cual prácticamente repite todos los argumentos expuestos.

La petición es que se case la sentencia y se ubique el comportamiento dentro de la figura del homicidio preterintencional.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia, con apoyo en las siguientes razones:

a) A la demanda le atribuye evidentes fallas técnicas, por cuanto plantea errores de hecho, pero en el desarrollo del cargo hace es argumentaciones para demostrar la existencia del homicidio preterintencional y la falta de prueba para acreditar el homicidio simple, criticando la valoración de la confesión del acusado "prohibiendo la autoría y desecharlo las circunstancias exculpativas".

b) Predica la presencia de un delito diverso a aquél por el cual fue condenado su defendido, acusando la aplicación indebida del artículo 323 del C. P., y la falta de aplicación del artículo 325 *ibidem*, lo que corresponde a una valoración directa de la ley.

"Es decir, el recurrente en la presentación, y desarrollo de los cargos, en forma antitécnica, entremezcla aspectos propios de las causales primera en sus dos segmentos y la causal de nulidad, pues el aspecto central del libelo propendo por demostrar la errónea calificación a través de la vía indirecta por presunta comisión de falsos juicios de identidad por parte del fallidor de segundo grado".

Sostiene el Ministerio Público, que al alegar el demandante la existencia de homicidio preterintencional y no la del homicidio simple, resulta obvio que no podía pretenderse el fallo de sustitución propio

de la causal invocada, porque resultaría en desacuerdo con la resolución de acusación, de ahí que la vía apropiada para la censura era la nulidad.

c) De otra parte, no procedería una declaratoria oficiosa de invalidación del proceso, toda vez que los juegadores apreciaron y valoraron correctamente las pruebas, conforme a los postulados de la sana crítica, la experiencia, la lógica y los datos de la ciencia.

De acuerdo con lo que el censor discute, todo apunta "... al valor de la prueba, del significado de los elementos fácticos, con lo que se cae en la censura a través de la función de valoración del juez, que no permite casar el fallo judicial como se ha sostenido insistentemente por la jurisprudencia y la doctrina".

IV. Consideraciones de la Sala:

El error de hecho planteado por el libelista lo sustenta en tres presuntas fallas del sentenciador, que en su orden son: Falso juicio de identidad por distorsionar el contenido de la confesión; falso juicio de identidad por no apreciar la prueba que fluye de la diligencia de inspección judicial; y falso juicio de identidad por distorsionar el contenido objetivo de los testimonios de Fernando Gómez y Antonio Loaiza.

1º El primer error aducido implica demostrar que el juzgador alteró el contenido material de la indagatoria dándole un alcance que no tiene, o en otras palabras, poniéndola a decir lo que realmente en ella no dice.

En lugar de esa demostración lo que el censor hace es analizar un pasaje de la injurada, para luego concluir que la muerte de Heriberto Bustamante no fue prevista ni querida por el acusado. Es así que, de la circunstancia de haber empleado como arma la tranca de la puerta, a la cual califica como un medio improvisado y sin capacidad mortífera, infiere que el homicidio fue preterintencional, afirmación que no es más que una opinión del actor que nada tiene que ver con el error acusado.

También deduce la falta de intención homicida del hecho de que su defendido se dirigiera a su casa para eludir las ofensas del occiso, especulación completamente ajena a la sustentación que le correspondía hacer. Pero además, en los dos reproches de la indagatoria termina cuestionando su valoración, tema que pertenece al error de derecho, lo cual es un factor más para la improsperidad del cargo.

Las anteriores fallas prueban de manera contundente, que la verdadera inconformidad del defensor radica en que los falladores no hubieran llegado a sus mismas conclusiones, disparidad de criterio que de ningún modo puede servir de fundamento al ataque lanzado sobre la presunción de legalidad de la sentencia.

Es más, el Tribunal de manera clara y concreta acepta las circunstancias del hecho relatadas en la indagatoria, y precisamente por eso le reconoce la atenuante de la ira e intenso dolor. Lo que no admite es que de ahí se pueda inferir ausencia de dolo y por ello textualmente explica (fl. 341):

"Para analizar esta forma de culpabilidad la doctrina y la jurisprudencia aconsejan el estudio de varios factores como son, entre otros, la calidad del arma empleada, la fuerza imprimida a la misma cuando se trata de un objeto cortante o contundente, el número de golpes y la región anatómica vulnerada. Pues bien, en este caso se tiene que el acusado utilizó un arma apta para lesionar como para matar; la dirigió con evidente fortaleza a una región vital del cuerpo, la cabeza, e iteró (sic) los golpes. Si su intensión hubiese sido sólo la de lesionar habría golpeado a la víctima en las extremidades o en la espalda, por ejemplo. Bien puede decirse entonces con claridad que el agente obró con dolo indeterminado, esto es con el propósito de producir cualquier resultado, en este evento la muerte del señor Bustamante Duque, y por ello es dable afirmar que actuó con ánimo de seguir la vida de su ofensor".

2º En cuanto a la afirmación del censor, en el sentido de que no se tuvo en cuenta que de la inspección judicial emerge que Ricardo Muñoz fue seguido durante el trayecto de más de setenta y tres metros, por quien luego sería la víctima del homicidio, es procedente la siguiente respuesta:

De una parte, esa censura no corresponde al falso juicio de identidad que alega, pues como es obvio, no es lo mismo tergiversar el contenido fáctico de una prueba que dejar de apreciarla. De igual modo, resulta totalmente contradictorio que remate el reproche diciendo que, "si el juez hubiese valorado correctamente la inspección judicial y la explicación vertida por el procesado...", ya que como es fácil de observar, mezcla falso juicio de identidad con falta de apreciación de una prueba e incorrecta valoración de la misma, buen ejemplo de una de las fallas que no se debe cometer en casación.

De otro lado, no es cierto que el sentenciador no haya tenido en cuenta que Bustamante siguió al procesado por un buen trecho, pues no sólo admite eso, sino también que durante todo el trayecto lo estuvo ofendiendo. En el último párrafo del ya citado folio 344, que corresponde al número ocho (8) de la decisión de segunda instancia dice: "A no dudarlo la reacción animica desencadenada en el señor Muñoz Giraldo fue motivada por el comportamiento grave e injusto de Heriberto Bustamante Duque, quien sin razón aparente alguna no sólo se dedicó a ofenderlo, sino que lo siguió de cerca hasta su lugar de residencia".

Las dos razones anteriores explican por qué esta acusación tiene que ser desestimada.

3º La presunta distorsión de los testimonios de Fernando Gómez y del agente de la Policía Antonio Loaiza no corresponde a la verdad, ya que lo que ocurre con respecto al primero de ellos es que el demandante toma una frase de la sentencia fuera de contexto y a partir de ella hace la afirmación; y en cuanto al segundo, lo que sucede es que el fallador no le reconoce valor probatorio. Veamos estos puntos en detalle:

Para descartar la aplicación de la causal de justificación prevista en el inciso 2º del numeral 4º del artículo 29 del Código Penal (legítima defensa presunta), el Tribunal asevera que no es cierto que Bustamante Duque hubiera tratado de ingresar a la residencia del procesado, y para ello cita textualmente al declarante Fernando Gómez en cuanto dice: "... Puso el pie como en la acera el difunto... y entonces Ricardo Muñoz abrió la puerta y descargó como una cosita que llevaba en la mano y hay mismo sacó el palo y le tiró y ya no más...".

Más adelante, en la misma diligencia se pregunta al testigo: "Díganos, si el occiso en algún momento, luego de Ricardo Muñoz abrir la puerta de su casa trató de penetrar en ella? Contestó: Puso el pie en la acera Horiberto y él iba como tratando de entrar con él a la casa. Preguntado: En qué lugar o lugares se encontraba el occiso cuando Ricardo lo golpeó con el palo? Contestó: Estaba el occiso en la acera con un pie en la acera y los otros se los dio en el mismo lugar y eso fueron muy ligeros fue rápido y, el tipo trastabilla y el tipo se cayó en media calle...". En la primera respuesta se apoya el impugnante para decir que el testimonio fue distorsionado, en cuanto el occiso si quiso ingresar a la casa de su cliente y éste lo golpeó para impedir la entrada a su hogar.

Como puede verse, la ubicación de la víctima es en la acera, de modo que la observación de que iba como tratando de entrar con Muñoz Giraldo a la casa no es más que una inferencia del testigo, que como es lógico, no podía servir de fundamento a la legítima defensa presunta, y es en ese plano en donde el *ad quem* afirma con razón, que no es cierto que el occiso hubiese intentado ingresar a la casa, ya que como se lee en la declaración, los golpes los recibió cuando puso el pie en la acera.

Si la discusión hubiese sido sobre un hecho futuro, esto es, si el obitado hubiera intentado ingresar o no a la casa, en el evento de no haber recibido las mortales heridas estando en la acera, al testigo se le habría citado diciendo que en su opinión Bustamante sí iba como tratando de ingresar con el homicida en la casa; pero como el asunto era verificar si ese hecho concreto tuvo o no ocurrencia, para efectos de la aplicación de la causal de justificación, no hay duda de que la apreciación de la prueba por parte del Tribunal fue correcta.

Ahora respecto a la versión de Jesús Antonio Loaiza, el actor se limita a decir que fue distorsionada, sin concretar en ningún momento

en qué consistió dicha distorsión, labor que ciertamente le resultaría difícil de cumplir porque la declaración fue bien apreciada, lo que pasa es que con toda razón no se le reconoció credibilidad, ya que no resultaba acorde con lo expuesto en la primera versión y mayor veracidad ofrecía el dicho de Fernando Gómez.

En síntesis, además de indemostrado, esta parte del cargo no corresponde a la verdad procesal.

El reproche no prospera.

4º Es oportuno aclararle al Ministerio Público, que aunque la acusación fue por homicidio simple, de haber prosperado el cargo formulado no existía ninguna razón que impidiera dictar la sentencia de sustitución por homicidio preterintencional, tal como lo solicita el defensor en el libelo.

Para la doctrina y la jurisprudencia es muy claro desde antiguo, que el considerar un homicidio como preterintencional en lugar de simplemente voluntario no entraña error en la denominación jurídica, por lo tanto no existe ningún motivo para acudir a la causal de nulidad.

Ante una acusación por homicidio simple, el juez en el fallo puede llegar a la conclusión de que es preterintencional o culposo, según los elementos de juicio con que cuente, pues esa determinación favorece al acusado, y si dentro de las facultades está absolverlo, con mayor razón puede reconocerle una circunstancia diminuente de la pena. Lo que no podría hacer, así no varíe la calificación, es agravar la situación del encausado desbordando el límite marcado en el pliego de cargos, pues además de sorprender a la defensa, sería una sentencia inconsonante con la resolución de acusación.

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.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

JUEZ / TESTIMONIO

El juez puede autenticar, o dar fe de lo ocurrido en el despacho a su cargo; en ese sentido su función certificadora no resiste objeción ninguna. Es por mero motivo organizacional que en determinadas disposiciones se le atribuye la actividad autenticadora al secretario del Juzgado, pero sin excluir la igual facultad que tiene el juez.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 44.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de enero de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a *Maria Enelia Márquez Quintero, Jorge Enrique Gutiérrez Bejarano y Percy Oyola Paloma*, a 20, 16 y 19 meses de prisión, respectivamente, por los delitos de falsedad en documento privado, falsa denuncia contra persona determinada y falso testimonio.

Antecedentes:

1. Los hechos que dieron origen al proceso, los resumió así el Tribunal, cuando confirmó la resolución acusatoria:

"En la ciudad de Bogotá, el 27 de diciembre de 1987, Percy Oyola Paloma, María Enelia Márquez Quintero y William Rodríguez Lancheros, en su orden, presidente, fiscal y tesorero del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Postal Nacional, 'SINTRAPOSTAL', tomaron para su propio provecho dineros confiados a su disponibilidad funcional a título no traslaticio de dominio en la cantidad de \$ 165.000.00, procediendo luego a crear, Percy, María Enelia y Jorge Enrique Gutiérrez Bejarano, secretario del sindicato, la ficción de que se había tratado de un préstamo otorgado a José Nabor Zuluaga, en representación de la U.T.C., y para ello elaboraron un acta apócrifa de reunión de

las directivas del sindicato como ocurrida el 27 de diciembre de 1983, y que en seguida mandaron acondicionar en forma más técnica, para en últimas Percy denunciar el 1º de febrero de 1983 a José Nabor como si éste se hubiera apropiado de dicho dinero, y el mismo 1º de febrero María Enelia, bajo la gravedad del juramento como el anterior, declarar que tal acontecer era cierto" (fis. 26 y 27-3).

2. Ese proceso se llevó a cabo en el Juzgado 45 Penal Municipal, que luego de practicar algunas pruebas calificó el sumario, por auto de 10 de abril de 1986, con sobreseimiento definitivo en favor de Nabor Zuluaga, providencia que, apelada, recibió entera confirmación del Juzgado 19 Penal del Circuito mediante la suya de 3 de julio (fis. 86 y ss.). En ese mismo auto el Juzgado 19 ordenó la expedición de copias a la justicia penal, a fin de investigar el comportamiento del denunciante Percy Oyola Paloma y de sus compañeros.

Expedidas las copias por la Juez 45 (fl. 93 vto.), el Juzgado 49 de Instrucción Criminal abrió investigación, agregó el original de la aludida acta (número 006 de 27 de diciembre de 1983), escuchó en indagatoria a Percy Oyola Paloma, María Enelia Márquez Quintero, Jorge Enrique Gutiérrez Bejarano y William Henry Rodríguez Lancheros, practicó otras pruebas, y por auto de 24 de julio de 1989 (fis. 328 y ss.), calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria en los siguientes términos: a) Percy Oyola Paloma por los delitos de falsedad en documento privado (el acta), falsa denuncia y abuso de confianza; b) María Enelia Márquez Quintero, por la misma falsedad, falso testimonio y abuso de confianza; c) Jorge Enrique Gutiérrez Bejarano, por la citada falsedad; y, d) William Henry Rodríguez Lancheros, por abuso de confianza.

Apelada la providencia por los defensores de los procesados, el Tribunal de Santafé de Bogotá la confirmó en su integridad (fis. 26 y ss.-3).

Esa providencia de calificación tuvo especialmente en cuenta la versión de William Henry Rodríguez, en el sentido de que no existió la reunión de que da cuenta el acta, y el testimonio del sindicalista César Augusto Sánchez Martínez, en el cual refirió la ilegal "compañenda" que se le planteó, atinente a formular una falsa denuncia contra el también sindicalista José Nabor Zuluaga, atribuyéndole haberse apropiado del dinero.

3. El proceso fue repartido al Juzgado 29 Penal del Circuito, que celebró audiencia pública (fis. 207, 212 y 233-2) y el 21 de junio de 1991 dictó sentencia, condenando a los procesados Percy Oyola Paloma a 21 meses de prisión por falsedad en documento privado y falsa denuncia, María Enelia Márquez Quintero a 27 meses de prisión por falsedad en documento privado y falso testimonio, y Jorge Enrique Gutiérrez Bejarano a 18 meses de prisión por falsedad. Respecto del

delito de abuso de confianza dispuso expedir copias con destino a las autoridades de Policía, por razón de la cuantía, conforme a lo establecido por la Ley 23 de 1991.

A los procesados se les condenó también a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de los perjuicios, y se les concedió la condena de ejecución condicional.

Recurrida en apelación la sentencia, el Tribunal la confirmó (fls. 50 y ss.3), con las siguientes modificaciones en cuanto a la pena: 19 meses de prisión para Oyola Paloma, 20 para Márquez Quintero y 16 para Gutiérrez Bejarano.

Ese fallo de segundo instancia es el que ha sido recurrido en casación por los defensores de los acusados.

Las demandas:

Demandas a nombre de María Encia Márquez Quintero:

Un único cargo dirige la actora al fallo, con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. Dice que se incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad, señalando como violados los artículos 2º, 3º, 23, 26, 35, 36, 41.1, 42, 103, 105, 106, 107 y 172 del Código Penal.

Estima que el aludido error se cometió al darle valor a las copias provenientes del Juzgado 45 Penal Municipal, toda vez que las mismas no son auténticas, lo cual deduce de los artículos 73 y 75 del Decreto 960 de 1970 y del 254 del Código de Procedimiento Civil. Recalca que la constancia del folio 93 vuelto está firmada por la Juez 45 (y no por el secretario del Juzgado) y que además no dice que corresponde a sus originales.

Así, afirma que por la referida razón no se pueden tener en cuenta las declaraciones que César Augusto Sánchez Martínez y William Henry Rodríguez rindieron ante el Juez 45 Penal Municipal.

Y en relación con los cargos lanzados por William Henry Rodríguez en su indagatoria, sostiene que tan poco podían ser tenidos en cuenta, ante la ausencia del juramento ordenado por ley en este evento.

Termina manifestando que en tales condiciones quedaría exclusivamente la declaración de José Nabor Zuluaga Ortiz, pero que ésta es desechable por provenir de persona interesada, como que dice ser el perjudicado con los delitos.

Pide, pues, que se case el fallo y se absuelva a su defendida.

Demandas a nombre de Jorge Enrique Gutiérrez Bejarano:

La consula es sustancialmente idéntica a la anterior.

Transcribe párrafos de los fallos e insiste en que el dolo para su representado se coligió del "inválido" testimonio de César Augusto Sánchez Martínez, recalando que la falsedad del acta solamente prueba la materialidad del delito de falsedad cargado a su cliente.

Reitera que las copias que sirvieron de base a la condena únicamente fueron autenticadas por la Juez 45 Penal Municipal, siendo por ese motivo inauténticas, máxime que no se dice allí que las copias corresponden a su original. Se refiere a la indagatoria de William Henry Rodríguez y acota que no se le juramentó en cuanto a los cargos que realizó, como lo exige el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal.

Hace la crítica de parcialidad al testimonio de José Nabor Zuluaga (por ser la persona perjudicada), y demanda la casación del fallo y la absolución para su representado.

Demandada a nombre de Percy Oyola Paloma:

Cargo primero.

Al amparo de la causal primaria de casación (art. 226 del C. de P. P.) se aduce la violación directa de la ley por interpretación errónea (fl. 40 del cuaderno de la Corte). Dice que al iniciarse la audiencia pública sin el defensor de uno de los procesados (Gutiérrez Bejarano) y sin la presencia del agente del Ministerio Público, se transgredieron "averrantemente" (sic) los artículos 1º y 122 del Código de Procedimiento Penal, y el 29 de la Carta, atentándose entonces contra el derecho de defensa. "No se consigue (sic), salvo mejor opinión —dice—, que al iniciarse la audiencia de juzgamiento, no comparezca y le sea vedado, por posterior actuación, la asistencia de uno de los defensores de los procesados, y que como si fuera poco, y, para redondear el acto que considero arbitrario, el representante del Ministerio Público no asista a la misma diligencia, siendo su presencia de forzoso cumplimiento" (fl. 42, *infra*).

Cargo segundo.

Aquí invoca el mismo hecho pero ahora con apoyo en la causal tercera de casación, es decir la nulidad, pidiendo que se invalide la sentencia. "...se ha violado —dice— el derecho de defensa que le asiste no sólo a mi mandante, sino a todos y cada uno (sic) de los enjuiciados dentro de la investigación de la referencia" (fl. 41).

Más adelante anota el censor:

"En el caso que nos ocupa se ha transgredido y usurpado el ordenamiento planteado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Penal, ya que se presentó la flagrante irregu-

laridad de no haber participado en la iniciación de la audiencia pública dos entes intervenientes en la acción cuales fueron la del defensor de uno de los enjuiciados, y la del representante del Ministerio Público" (fl. 43).

Consecuente con sus planteamientos pide, pues, que se case el fallo.

La Delegada:

1. Sobre el cargo de nulidad de la demanda a nombre del procesado Percy Oyola Paloma (tercera y última demanda), dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que el actor carece de interés jurídico para recurrir, pues alega violación del derecho de defensa del procesado Jorge Enrique Gutiérrez, o sea un acusado distinto de quien él representa.

En cuanto al primer cargo de esa misma demanda (violación directa por errónea interpretación de los artículos 1º y 122 del C. de P. P.), dice que por alegarse aquí violación del derecho de defensa (de otro procesado), el reproche ha debido hacerse por la vía de la nulidad. Estima que el censor demuestra su desacuerdo, "al presentar concomitantemente bajo un mismo argumento la violación del derecho de defensa y al debido proceso..." (fl. 56).

Es del criterio entonces que este cargo no puede prosperar.

2. Las demandas a nombre de María Enelia Márquez Quintero y Jorge Enrique Gutiérrez Bejarano, la Delegada las estudia conjuntamente, por encerrar cargos iguales.

Dice que al contemplar el "valor probatorio de las copias", el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil se refiere a que las mismas sean expedidas por funcionario público, como es la jueza en este caso. En esas condiciones afirma que las copias así expedidas deben presumirse auténticas. "La crítica a la falta de firma del secretario —dice— para determinar la autenticidad de las copias oficialmente enviadas al proceso, es infundada por dos razones: Porque como se vio la verificación del funcionario titular del despacho hace que valgan tanto como el original y, además, que como es obvio el poder certificador de la función pública corresponde al funcionario principal y no al subalterno —el secretario— como es evidente" (fl. 59).

Enfatiza que se allegó el original del acta falsa, y que los actores no han debido tildar de mal apreciadas las pruebas, porque se salen del juicio de legalidad para meterse en el de convicción. Y agrega luego la Delegada:

"...en lo que toca al ataque sobre la forma en que se tomó el juramento, en el momento de hacer los cargos a

terceros, vemos que se cumplió con los formalismos exigidos careciendo de fundamento las argumentaciones planteadas por el censor; lo que hace que sus pretensiones no prosperen" (fls. 58 y 59).

Pide, pues, no casar la sentencia.

Se considera:

Tercera demanda.

Como hizo la Delegada, los dos cargos que este libelo contiene, han de estudiarse de modo conjunto, pues los dos se basan en la afirmación de que se está en presencia de violación del derecho de defensa y del debido proceso (nulidad, art. 305 del C. de P. F.), nulidad que se hace derivar de que ni el agente del Ministerio Público ni el defensor del procesado Gutiérrez Bejarano estuvieron presentes cuando se inició la audiencia pública.

Dado que se alega también la ausencia del Ministerio Público en ese acto procesal, la Sala no está de acuerdo con la Delegada cuando dice que existe *falta de interés* del casacionista para lanzar este cargo. No: Si únicamente se alegara violación del derecho de defensa de otro procesado (de Gutiérrez Bejarano), la Sala consentiría en esa falta de interés, por la sencilla razón de que, si prosperara tal ataque, se decretaría una nulidad *parcial*, es decir únicamente con respecto a Gutiérrez Bejarano; pero el actor es claro en afirmar que se violó también el debido proceso por la ausencia del Ministerio Público, censura que de salir avante no tendría que ver solamente con Gutiérrez Bejarano, sino con todos los procesados.

Pues bien: El ataque alude a la audiencia pública que se inició el 9 de abril de 1991 (fls. 207 y 208-2), dejándose expresa constancia de la inasistencia del defensor de Gutiérrez Bejarano y de la Fiscal del Juzgado (fl. 207). Se dio lectura al auto de calificación, y las partes presentes manifestaron su deseo de no leer otra pieza procesal. Las dos partes no presentes habían presentado sus excusas correspondientes.

Luego, en sesión del 22 de ese mes, y estando *todas* las partes presentes (a excepción de los procesados), la audiencia se suspendió por petición de la Fiscal. Se lee en dicha acta "que las partes presentes manifiestan no tener petición acerca de que se dé lectura a otra pieza procesal" (fl. 212).

De ahí que no se vea ni el atentado al derecho de defensa del procesado Gutiérrez Bejarano, ni tampoco la violación al debido proceso; porque en la primera y citada reunión únicamente se dio lectura a la providencia que calificó el proceso, la cual, además, era conocida

por el defensor ausente. De todos modos, al reiniciarse la sesión pocos días después, ninguno pidió la lectura de otra pieza procesal, discutiendo la audiencia en forma normal.

Es claro el error en que cae el casacionista al argüir el mismo motivo como sustento de las causales primera (violación directa) que no se corresponde en parte alguna con las razones expuestas, y la tercera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, que por los motivos aducidos se desechará.

Se debe aclarar que este caso se rige por el antiguo Código de Procedimiento Penal, como lo ordena el artículo transitorio 13 del nuevo.

Primera y segunda demandas.

El cargo central que nutre estas dos demandas es el mismo: No autenticidad de las copias provenientes del Juzgado 45 Penal Municipal, las cuales dieron origen a este proceso. Se dice que no son auténticas porque las autenticó la juez, no el secretario, y porque además no se dice expresamente que esas copias corresponden a los originales respectivos.

En esas condiciones, se sostiene que ni el acta ni la declaración de César Augusto Sánchez Martínez rendida ante el Juzgado 45 Penal Municipal (de la cual los falladores dedujeron el dolo de los procesados Gutiérrez Bejarano y María Enelia Márquez Quintero, dicen los casacionistas) son válidas y que por tanto no podían ser tenidas en cuenta por el sentenciador.

Pues bien: A folio 93 vuelto del cuaderno número 1, al finalizar las referidas copias, la Juez 45 Penal Municipal, doctora Hilda Zambrano Zambrano, escribe lo que sigue:

"La suscrita Juez 45 Penal Municipal de Bogotá D. E., certifica: Que las anteriores fotocopias fueron tomadas del expediente número 19074 que el Juzgado adelantó contra José Nabor Zuluaga, por el delito de abuso de confianza, siendo denunciante Percy Oyola Paloma. Bogotá, D. E., 2 de diciembre de 1986".

Se trató de una reproducción mecánica del documento (unas fotocopias), respecto de lo cual dice el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil (aplicable aquí por el principio de integración):

"Aportación de documentos. Los documentos se aportarán al proceso originales o en copias, de conformidad con lo dispuesto en este código. Las copias podrán consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento; la reproducción deberá ser autenticada por un notario o juez, previo el respectivo cotejo" (se subraya).

Y el artículo 254 *ibidem*, al hablar del valor probatorio de las fotocopias, dice que éstas tendrán el mismo valor que el original, en los casos siguientes:

"1. Cuando hayan sido autorizadas por un notario u *otro funcionario público* en cuya oficina se encuentre el original o copia auténtica..." (se subraya).

Aquí fue el Juez 19 Penal del Circuito quien, al conocer de la apelación interpuesta contra el auto calificadorio del sumario, proferido por la Juez 45 Penal Municipal, ordenó que se expidieran copias de lo pertinente, lo cual, ya se vio, cumplió la Juez 45, como lo consignó en el folio 93 citado.

Ahora bien: La juez en mención dijo que las copias que expedia provenían del proceso contra Nabor Zuluaga; de suerte que ninguna razón tienen los casacionistas cuando sostienen que no se dejó dicho que dichas copias correspondían a ese proceso.

En fin, sobra decir que el juez puede autenticar, o dar fe de lo ocurrido en el despacho a su cargo; en ese sentido su función certificadora no resiste objeción ninguna. Es por mero motivo organizacional que en determinadas disposiciones se le atribuye la actividad autenticadora al secretario del Juzgado, pero sin excluir la igual facultad que tiene el juez.

En cuanto a que se hayan tenido en cuenta los cargos que hizo William Henry Rodríguez en la indagatoria (fls. 176 y ss-1), sin haber sido juramentado, ello no obedece a la realidad de lo sucedido, como que claramente se aprecia a folio 182 que ese acto fue explícitamente cumplido.

Por último, la aseveración que hacen los casacionistas de que, al ser invalidas las copias, a José Nabor Zuluaga no se le puede creer por ser "interesado", en calidad de perjudicado, es afirmación que, así de simplemente expuesta, no entraña cargo ni demeritación de ninguna clase. Con razón se ha dicho que el solo hecho de ser ofendido, no es motivo valedero para inadmitir o siquiera cuestionar el testimonio rendido por aquél.

Las dos demandas referidas, pues, no prosperan.

En consecuencia, el fallo se mantendrá incolmante.

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:

No casar la sentencia impugnada.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruis, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CASACION DISCRETIONAL / TERMINO

La excepcionalidad y discrecionalidad para la aceptación del recurso de casación de que trata el artículo 218 del C. de P. P. en su inciso último, no excluyen en forma total los presupuestos tradicionales de procedibilidad, sino que, los amplian cuando determinadas circunstancias aconsejan la concesión de la impugnación a casos que lo ameritan. / Así las sentencias recurridas, deberán ser siempre de segunda instancia y podrán provenir de Tribunales o de Juzgados; el recurso deberá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de conformidad con el artículo 223 del C. de P. P., para este caso, en armonía con el 214 del mismo estatuto. / La Corte no puede conceder un recurso extraordinario excepcional sin elementos serios y por lo menos sumarios de juicio que indiquen su viabilidad, estando sujeta esa concesión, como así es, a precisas exigencias adicionales que el censor debe llenar.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Pérez Velandia.*

Aprobado Acta número 44.

Vistos:

Se resolverá lo que en derecho corresponda sobre la concesión del recurso de casación que con fundamento en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P. P. interpuso el defensor de los procesados *Rosa Elena Quijano de Pérez, Isaac Facundo Quijano y Flor Angela Pérez Quijano* (o *Flor Angela Granados Quijano*) ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, contra la sentencia de segundo grado que esa Corporación expidió el 24 de febrero del presente año de 1993, mediante la cual condena a los mencionados por el delito de invasión de tierras y edificios.

Antecedentes:

Da cuenta el proceso —que fue remitido por el Tribunal fallador de segundo grado para que la Corte decida lo de su competencia en este momento de la actuación—, que:

a) Amadeo Pérez vendió a Alfonso Amézquita los derechos y acciones que le pudieran corresponder en la sucesión de sus progenitores Isaac Pérez y Resurrección Amézquita, y Obdulia y Anita Pérez le vendieron al mismo ciudadano los derechos y acciones que les pudieran corresponder en la finca "Pan de Azúcar", propiedad de la misma sucesión, por lo que el comprador tomó posesión de este inmueble, ubicado en la comprensión del municipio de Tuta en el Departamento de Boyacá;

b) La esposa del primero de los mencionados vendedores, Rosa Elena Quijano de Pérez inició proceso de separación de bienes contra él, y en desarrollo de la litis el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja ordenó el embargo y secuestro de toda la finca "Pan de Azúcar", decisión que motivó al comprador, Alfonso Amézquita, a proponer incidente de levantamiento de las medidas cautelares, incidente que prosperó respecto de una parte de la finca, la que el comprador había arrendado a Edilberto Coronado, según proveído del 3 de agosto de 1988 del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja, que ordenó su entrega al incidentante al que dio cumplimiento el 24 de septiembre siguiente el secuestro (fis. 380-390 cuaderno principal). Pese a lo resuelto y ejecutado, la señora Rosa Elena Quijano de Pérez y su hijo Isaac Facundo Pérez Quijano ejercieron actos que el comprador interpretó como constitutivos de perturbación de la posesión y los denunció penalmente ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta, pero este Despacho los absolió por sentencia del 28 de marzo de 1990 del dicho delito de perturbación (fis. 618 y ss.);

c) Entre tanto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja, que conocía del juicio de separación de bienes de los esposos Quijano de Pérez y Pérez, ordenó el levantamiento de las medidas de embargo y secuestro sobre la porción de la finca que aún las soportaba, y para su entrega comisionó al Juez Promiscuo Municipal de Tuta, quien la realizó el 2 de marzo de 1989, en diligencia en quo se desalojó a la señora Quijano de Pérez, a su hijo Facundo, y a su hija Flor Angela Pérez Quijano, quedando así toda la finca en poder del comprador; pero esas mismas personas desde el día siguiente ejercieron actividades de ocupación introduciendo y cuidando animales domésticos y cultivos, dando así lugar a que la administradora del predio les formulara la querella origen de este proceso que fue calificado con resolución acusatoria en la que se imputó a los tres sindicados el concurso delictual de fraude a resolución judicial e invasión de tierras (fis. 488-512 cuaderno principal 1);

d) Celebrada que fue la audiencia pública, el Juzgado Segundo Penal del Circuito emitió la sentencia de primera instancia absolviendo a los tres procesados del delito contra el patrimonio económico y condenándolos por el de fraude a resolución judicial. Estas decisiones dejaron inconformes a las respectivas partes y fue así que en apelación legítima recurrieron el representante de la parte civil y el defensor común, con el resultado de que el Tribunal Superior del Distrito en fallo del 24 de febrero del año que transcurre, determinara revocar ambas resoluciones para en su lugar absolverlos por el delito contra la administración de justicia y condenarlos por el de invasión de tierras.

Del recurso de casación:

En el término para hacerlo, el señor defensor común de los procesados, amparado en lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P. P. interpuso el recurso de casación en escrito dirigido al Tribunal, en el que expone las razones por las cuales en su criterio la Corte debe casar la sentencia de segundo grado, y le solicita remitir el proceso a ésta para la infirmación correspondiente. Como motivos que justifican la casación excepcional arguye:

La opuesta interpretación de idéntico material probatorio que hicieron el Juzgado y el Tribunal impone a la Corte fijar "el alcance jurisprudencial —dice— de los conceptos de entrega, lanzamiento y despojo de inmuebles, respecto del punible de invasión de tierras, y más particularmente, frente a la acción agotada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta, dentro de la diligencia de entrega ordenada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja, que constituyó el mismo punto de partida para las acciones con base en las que operó ... la cosa juzgada", porque, según precisa renglones adelante, los hechos materia de la investigación habían sido debalidos en proceso anterior y resueltos a favor de los procesados. Esta situación comportaba la imposibilidad de revivir el debate ya resuelto, y volver a actualizarlo constituyó infracción de los principios constitucionales definidos en los artículos 13 y 29 de la Carta.

De otra parte, añade, "no se fijó un marco de interpretación jurisprudencial y doctrinario", que respaldara la sentencia del Tribunal, específicamente por la actuación desarrollada por la jueza comisionada para cumplir la orden de entrega del predio impartida por el Juzgado que conocía del proceso de separación de bienes de los esposos Pérez y Quijano de Pérez en el que se instauró por el comprador del predio en disputa incidente de levantamiento de embargo y secuestro con resolución favorable a éste, pues la funcionaria "convirtió —dice— la diligencia de entrega, en un acto de despojo, de lanzamiento, que implicaba el agotamiento de otra clase de acción, igualmente prevista en

el Procedimiento Civil", desconociendo así "sus obligaciones de juzgadora" y ocasionó "los perjuicios que incluso representan el fallo en commento y las demás acciones que se agoten en procura del restablecimiento del derecho" de los acusados.

El Tribunal interpretó con "idéntica significación a los conceptos anotados de entrega, lanzamiento y despojo... en cuanto justifica y no hace alusión alguna al procedimiento agotado por la juez comisionada" que con un "hecho ilegal" despojó a los procesados "de sus tierras y viviendas, las cuales fueron destruidas en presencia de la juez, de quien no obtuvo intervención distinta a su silencio cómplice en hechos para los que no tenía encomienda alguna...".

Consideraciones de la Corte:

Sea lo primero advertir que la excepcionalidad y discrecionalidad para la aceptación del recurso de casación de que trata el artículo 218 del C. de P. P. en su inciso último, no excluyen en forma total los presupuestos tradicionales de procedibilidad, sino que, los amplían cuando determinadas circunstancias aconsejan la concesión de la impugnación a casos que lo ameritan.

Así, las sentencias recurridas, deberán ser siempre de segunda instancia y podrán provenir de Tribunales o de Juzgados; el recurso deberá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de conformidad con el artículo 223 del C. de P. P., para este caso, en armonía con el 214 del mismo estatuto.

Pero a diferencia de los casos en que el recurso normalmente procede, la decisión sobre su concesión compete exclusivamente a la Corte; el o los delitos materia de la sentencia impugnada pueden tener señalada pena diversa a las privativas de la libertad; y además, ser ésta inferior al límite de cinco años. También la legitimidad del recurrente está circunscrita a determinados sujetos procesales: Sólo pueden hacer uso de la impugnación el Procurador, o su Delegado, c/y el defensor.

Fuera de las anteriores previsiones, de naturaleza eminentemente formal, el recurso excepcional y discrecional en comentario ha de tener, un aditamento de viabilidad: Que la Corte considere necesario el recurso "para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales".

Es obvio que la consideración en torno a cualquiera de estos dos anteriores supuestos, o ambos, ha de ser expuesta, al menos sumariamente pero con claridad por el legitimado en su petición de concesión del recurso pues que sólo así la Corte puede verificar la necesidad de su extraordinaria intervención en evento que de por sí carece de esa posibilidad, entendida tal necesidad como de asunto de interés

general porque a través de aquella se modifique o se clarifique, en una palabra, se oriente, la actividad falladora de los jueces porque su pronunciamiento sea contribución al desarrollo de la jurisprudencia, como específicamente lo exige el artículo 218 en armonía con el 219 del C. de P. P.; o porque la flagrante violación de las garantías fundamentales de que habla la norma lo imponga.

En la solicitud presentada por el defensor, la invocación del recurso excepcional y discrecional de casación bien lejos está de allanarse a las mínimas exigencias que justifiquen su concesión, en efecto:

Por una parte, dice, el Tribunal no fijó "un marco de interpretación jurisprudencial y doctrinaria" que respaldara su fallo con relación a los conceptos de "entrega, lanzamiento y despojo de inmuebles", sino que tácitamente acogió los que sobre esos mismos temas asumió la jueza municipal comisionada para efectuar la entrega del predio en litigio a quien el Juzgado de Circuito que conocía del juicio de separación de bienes de una de las procesadas contra su esposo había encargado de llevarla a cabo, convirtiendo la diligencia en un "acto de despojo, de lanzamiento que implicaba el agotamiento de otra clase de acción", y entonces, considera, la Corte debe fijar el alcance jurisprudencial de esos conceptos "respecto del punible de invasión de tierras".

Por otra parte, con el fallo condenatorio acusado se violó el principio de la cosa juzgada, porque ya dos de los procesados —la señora Quijano de Pérez y su hijo Isaac Pérez— habían sido absueltos del delito de perturbación de la posesión sobre la parte de la finca que el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja había ordenado al secuestre entregar en diligencia que se efectuó en septiembre de 1988, y los procesados habían sido también beneficiarios de un fallo políctivo de amparo posesorio.

Pues bien: De la petición de concesión del recurso no se vislumbra la necesidad de intervención de la Corte para clarificar en la jurisprudencia confusiones interpretativas del verbo rector del hecho punible tipificado en el artículo 367 del C. P. —invasión de tierras y edificios— por el cual fueron condenados los acusados.

Dicir que el Tribunal no respaldó su sentencia en pronunciamientos jurisprudenciales o doctrinarios, pero sin al menos mencionar un punto de comparación sobre cuál ha sido el criterio de la jurisprudencia en torno al tema, ni menos indicar el sentido y alcance que por virtud de su uporte dialéctico de impugnante pueda contribuir a variar o a enriquecer la interpretación judicial del canon punitivo, no es justificar el motivo que otorgue la viabilidad al recurso excepcional; menos aún si —como sucede— la objeción se apoya en la sugerencia de aclaración de conceptos extrapenales, no contemplados en la norma tipo de que se habla, que para nada alude a "entrega, lanzamiento y despojo" y están fuera de lugar en la conducta juzgada de "invasión de tierras o edificios"; y que además, habrían sido confun-

didos según la insistente aseveración del recurrente, pero por el Juzgado comisionado para la entrega del predio en el juicio de separación de bienes, es decir, de ninguna manera por el Tribunal para efectuar el proceso de adecuación de la conducta atribuida a sus patrocinados en la sentencia recurrida.

Tampoco acredita la necesidad de la concesión del recurso la afirmación de que se violaron derechos fundamentales a los acusados, de los contemplados en los artículos 13 y 29 de la Constitución Nacional por haber sido condenados por hechos respecto de los cuales ya se habían producido fallos absolutorios en favor de ellos. La aseveración —de ser cierta— impone al peticionario, por lo menos, individualizar los anteriores fallos de que habla en sus aspectos fáctico, temporal, jurídico y formal, más aún si, según el contenido del informativo la sentencia absolutoria a que alude en su demanda se refiere al delito de *perturbación* de la posesión —no al de invasión de tierras por el cual se produjo la condena en este proceso— y a hechos sucedidos a partir de la entrega parcial que del predio se hizo al comprador el 24 de septiembre de 1988 (fls. 385, 389 y 618 cuaderno principal), y solamente a dos de las personas aquí condenadas; mientras que los hechos de este proceso son los sucedidos a partir de la entrega del resto de la finca cumplida el 2 de marzo de 1989 (fls. 420 y ss., y 2 y ss.), imputados a los tres acusados, y calificados por sus características como constitutivos de invasión (fl. 44 cuaderno del Tribunal).

La Corte no puede conceder un recurso extraordinario excepcional como el que se interpone sin elementos serios y por lo menos sumarios de juicio que indiquen su viabilidad, estando sujeta esa concesión, como así es, a precisas exigencias adicionales que el censor debe llenar. No ha de olvidarse que la casación, aun con la amplitud que le ha proporcionado la nueva normatividad procesal, no ha perdido su condición de recurso extraordinario, y que por tanto su carácter no es el de una tercera instancia en donde la permisibilidad argumentativa caracteriza el debate. Sus objetivos están trazados en el artículo 218 de esa codificación, y para el caso de la que se ha llamado excepcional, específicamente registrados en el tercer inciso del artículo 218 que la posibilita; así lo ha purificado ya esta Corporación (Auto radicación 789?).

Imprecidente la concesión del recurso en el caso en estudio, se decidirá de conformidad.

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

Resuelve:

No admitir el recurso de casación incoado por el señor defensor de Rosa Elena Quijano de Pérez, Isaac Facundo Pérez Quijano y Flor

Angela Pérez Quijano (o Flor Angela Granados Quijano) contra la sentencia a que hace mérito la parte considerativa de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael J. Cortés Garnica. Secretario.

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

La identificación del error probatorio (de hecho o de derecho) desapareció como exigencia de la causal primera de casación conforme a las previsiones del Estatuto Procedimental Penal vigente. Pero ello no releva al recurrente de la obligación de precisar o concretar las normas sustanciales que estime infringidas pues dicha inobservancia que tiene que ver con la violación misma de la ley, impide que la impugnación trucifique. / El acogimiento de la violación indirecta de la ley por yerros de apreciación probatoria no autoriza al recurrente para discurrir sin ninguna lógica dejando de lado la comprobación del error mismo y su incontrastable incidencia en las conclusiones de la sentencia atacada.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado Acta número 44 (11-05-93).

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el cabo segundo del Ejército Nacional *Ubdner Ramírez Fernández* contra la sentencia de 19 de febrero de 1992 mediante la cual el Tribunal Superior Militar reformó la dictada por el comandante de la Escuela de Caballería que lo condenó, junto con otro suboficial y varios soldados, como coautor del delito de peculado por apropiación descrito en el artículo 189 del Código Penal Militar.

Hechos:

Aparece de autos que durante los meses de octubre y noviembre de 1990 la residencia ubicada en la carrera 13 número 86A-48 de esta ciudad, perteneciente al extinto Gonzalo Rodríguez Gacha fue some-

tida a la vigilancia y custodia de una unidad militar de la Escuela de Caballería al mando, sucesivamente, de los cabos Edward Calderón Holguín y Ubáñor Ramírez Fernández; circunstancia aprovechada por los mencionados suboficiales y varios soldados bajo sus órdenes, para apropiarse en provecho suyo de valiosos objetos que se encontraban en su interior como pinturas, enciclopedias, aparatos eléctricos, etc., en cuantía superior a cinco millones de pesos.

Concretamente a Ramírez Fernández se le atribuyó la apropiación de una enciclopedia y unos cuadros en relieve con motivos japoneses valuados en la suma de setecientos mil pesos.

Actuación procesal:

Con fundamento en las pruebas recaudadas por el Juzgado Sexto de Instrucción Penal Militar, despacho que adelantó la correspondiente investigación, el comandante de la Escuela de Caballería como juez de primera instancia, mediante Resolución número 005 de 7 de junio de 1991 convocó a Consejo Verbal de Guerra sin intervención de Vocales para juzgar la conducta de los militares incriminados por los delitos de peculado por apropiación, encubrimiento y abandono del puesto.

Rituido el juicio y celebrada audiencia de acuerdo al procedimiento contemplado en los artículos 688 y siguientes del C. P. M., el presidente del Consejo Verbal de Guerra puso fin a la instancia condenando, entre otros, al suboficial Ubáñor Ramírez Fernández a la pena principal de 38 meses de prisión, a las sanciones accesorias de rigor y al pago de los perjuicios causados como responsable de peculado y encubrimiento negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por su defensor y confirmado por el Tribunal Superior Militar mediante el que es objeto del recurso de casación, con la modificación de absolverlo por el delito de encubrimiento y rebajarle la pena privativa de la libertad a 24 meses de prisión.

Demandas de casación:

Con expresa invocación del artículo 226 del anterior C. de P. P. (Decreto 050 de 1987) se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial "por falta de aplicación o aplicación parcial de los artículos 29 de la Constitución Nacional; 283, 294 y 492 del Decreto 2550 de 1988 —C. de J. P. M.—. Ya que se tomó y dedujo como un delito consumado la inocente conducta, cabalmente ceñida a derecho, del recurrente Ubáñor Ramírez Fernández, responsabilizándosele del delito de peculado por apropiación tornándose como basamento de la sentencia una parte de las pruebas, las que lo perjudicaban, pero negándosele el valor probatorio favorable a

aquellas que desvirtuaban las acusaciones y, más aún, dejándose de aplicar la norma del *in dubio pro reo* que frente al acervo de probanzas era de imperiosa adjudicación en favor del enjuiciado Ramírez".

En desarrollo de la acusación se formulan cuatro cargos a la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, cada uno relacionado con el quebranto de los preceptos anteriormente relacionados.

El primer cargo hace referencia al desconocimiento del debido proceso, garantía consagrada en el artículo 29 de la Carta Política, porque el fallo de condena fue el resultado de la apreciación parcializada de las pruebas obrantes en autos, teniéndose en cuenta únicamente las que incriminan al procesado recurrente y dejándose de apreciar las que lo exoneran de responsabilidad como los testimonios rendidos por María Leonor Bermúdez de Acosta y su hija María del Pilar, los que de haber sido considerados hubieran cambiado el sentido de la sentencia.

El segundo cargo tiene que ver con la violación del artículo 488 del C. P. M., atinente a la prueba exigida para condenar, puesto que el sentenciador de segunda instancia no valoró en forma conjunta el acervo probatorio de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sino que apreció las pruebas que perjudicaban al recurrente y descartó las que lo favorecían.

Tampoco tuvo en cuenta, como resulta de los medios de persuasión aducidos al proceso, que antes de que los militares se encargaran de la vigilancia y custodia del inmueble, hubo saqueo de los bienes y objetos que se encontraban dentro de él, los que al parecer fueron reemplazados por otros de infimo valor y que, nunca se investigó ni demostró que el cabo Ramírez Fernández hubiese recibido por acta o inventario los bienes de los cuales se dice haberse apropiado.

El tercer cargo se refiere al desconocimiento por parte de los juzgadores del principio de derecho *in dubio pro reo* consagrado en el artículo 294 del Estatuto Penal Castrense, pues de la abierta contradicción existente entre los testimonios vertidos por los acusadores del cabo Ubáner Ramírez Fernández y las declaraciones rendidas por María Leonor Bermúdez de Acosta y su hija María del Pilar, así como de las manifestaciones hechas por los testigos Miguel Rubiano u Ocampo, pariente del soldado José Alexander Ocampo Rubiano comprometido en los mismos hechos, surgen dudas insalvables en cuanto a la responsabilidad del recurrente las que no fueron resueltas en su favor.

El cuarto cargo alude al quebranto del artículo 402 *ibidem*, porque las pruebas no fueron apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es repetición de los anteriores y se fundamenta en que los sentenciadores omitieron evaluar con igual celo las pruebas "que convenían al enjuiciado y que hubiesen desembocado en un fallo favorable, ya por establecimiento de la inocencia del sindicado ora

por el beneficio de la duda. *In dubio pro reo*, en razón a las graves dudas que con respecto a las probanzas surgieron y que reposan en el texto (sic) del expediente".

Solicita el impugnante casar la sentencia y declarar que su asistido no cometió el delito por el cual fue condenado.

Concepto del Ministerio Público:

La Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal se opone a la pretensión infirmatoria del demandante argumentando que el libelo adolece de insubsanables fallas de orden técnico que llevan a su rechazo, tales como la formulación simultánea de causales de casación inconciliables como la primera y la tercera al abordar el tema del desconocimiento del debido proceso; no haber señalado como infringidas las normas sustanciales relacionadas con el caso; la contradicción que se advierte en cuanto al sentido de la violación de las disposiciones que califica como sustanciales por "falta de aplicación o aplicación parcial" y la falta de precisión respecto a la forma del error probatorio endilgado (de hecho o de derecho) concluyendo:

"Para rematar, tan confusa como incompleta es la alegación que, así se hubiera señalado la forma del error y distinguido su naturaleza, la sustentación de los aparentes cuatro cargos no trasciende de la demostración del quebrantamiento de las normas medio, quedando el ataque a mitad de camino y, por ende, al traste la impugnación, ante la imposibilidad en que se encuentra la Corte de complementar o enderezar los libelos defectuosamente elaborados. Los principios de limitación y neutralidad que rigen el recurso así lo imponen".

Consideraciones de la Corte:

La demanda de casación presentada a nombre del procesado Ubáñez Ramírez Fernández no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

Los diferentes reproches formulados a la sentencia impugnada bajo el ámbito de la causal primera de casación por desconocimiento de garantías procesales atinentes al debido proceso tienen su marco natural en la causal tercera que atañe a vicios en la formación del proceso y se fundamentan en un común argumento: Apreciación parcializada de pruebas incriminadoras contra el procesado recurrente y consecuente desconocimiento de las que lo favorecen.

La sentencia acusada, en lo concerniente al recurrente, se fundamentó en las manifestaciones hechas en indagatoria por los soldados sindicados Marco Alfredo Nivia, Nelson Eduardo Prieto, Carlos Julio Menjura Veloza, Víctor Hugo Bermúdez Figueroa, Juan Carlos Monroy

Ramírez, Celmo Jiménez Vargas y Miguel Ángel Gómez Alonso, lo mismo que la declaración rendida por el sargento viceprimer Servio Tulio Luna Medina quienes le atribuyen al cabo Ramírez Fernández la apropiación de una enciclopedia de 12 tomos; una estatuilla de bronce con piedras esmaltadas y varios cuadros en relieve con motivos japoneses, parte de los cuales vendió a Miguel Rubiano u Ocampo; pruebas a través de las cuales los sentenciadores arribaron a la certeza del delito imputado y la responsabilidad del acusado.

Como pruebas dejadas de apreciar por los juegadores se mencionan las declaraciones de María Leonor Bermúdez de Acosta y su hija María del Pilar, las que a juicio de la Sala carecen de la fuerza exculpatoria que les atribuye el demandante pues a la primera de las nombradas nada le consta sobre los hechos investigados y la segunda admite haber guardado en su casa un costal llevado por el soldado Nivia contenido libros y cuadros, parte de los cuales retiró al día siguiente el señor Miguel Ocampo y tiempo después el cabo Ubáñez Ramírez Fernández en compañía de un sargento.

Es decir, que el testimonio inapreciado por los falladores lejos de desvirtuar las incriminaciones del soldado Nivia las corrobora, de modo que ninguna incidencia determinante podría tener en la sentencia cambiando sustancialmente sus conclusiones. El error por desatención de la prueba es francamente intrascendente o irrelevante.

Por lo demás, si el recurrente a pesar de mostrar su inconformidad con la evaluación probatoria realizada por el Tribunal Superior Militar no controvirtió en forma razonable las manifestaciones inculpatorias de los soldados cosindicados, del sargento Luna Medina y del comprador de parte de los cuadros Miguel Rubiano u Ocampo; tenidas como pilares de la sentencia de condena, mal puede reclamar de la Corte una decisión radicalmente opuesta a la del fallador de segunda instancia, máxime que éste abundó en razones atendibles y su decisión viene precedida de la presunción de acierto y justicia.

Es verdad que la identificación del error probatorio (de hecho o de derecho) desapareció como exigencia de la causal primera de casación conforme a las previsiones del Estatuto Procedimental Penal vigente (art. 220 del Decreto 2700 de 1992); pero ello no releva al recurrente de la obligación de precisar o concretar las normas sustanciales que estime infringidas pues dicha inobservancia que tiene que ver con la violación misma de la ley, impide que la impugnación fructifique.

En el presente caso el demandante no mencionó como quebrantadas, normas sustanciales como los artículos 189 y 196 del Código Penal Militar que tienen que ver con la descripción del delito imputado y la atenuación de la pena, pese a haberse acogido a la violación indirecta de la ley sustancial.

La acusación, en el fondo, se apoya en una apreciación personal del recurrente respecto a la forma como debieron ser valorados determinados medios de convicción; enfrentada a la lógica y razonable evaluación del Tribunal Superior, sin que de tal enfrentamiento resulte la comprobación de manifiestos u ostensibles errores de apreciación probatoria.

La duda, que no pasa de ser una opinión personal del recurrente, se opone a la certeza con que los falladores dieron por demostrado el hecho punible y la culpabilidad que en el mismo le correspondía al acusado por haberse apropiado en su propio beneficio de bienes que se encontraban bajo su vigilancia y custodia. La circunstancia de que otros objetos que se hallaban en el interior del inmueble hubiesen sido saqueados con antelación por otros vigilantes, como parece deducirse de ciertas constancias procesales, en nada modifica la situación del suboficial recurrente.

El acogimiento a la violación indirecta de la ley por yerros de apreciación probatoria no autoriza al recurrente para discurrir sin ninguna lógica dejando de lado la comprobación del error mismo y su incontrastable incidencia en las conclusiones de la sentencia atacada.

En criterio de la Sala no se evidencia la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o desconozcan el derecho a la defensa del procesado, cuyo reconocimiento se haga imperativo en aras de la sanidad del proceso y el respeto a las garantías consagradas en el artículo 29 de la Carta Política, reproducidas en los Códigos Penal y de Procedimiento.

No prospera la impugnación.

Decisión:

Por 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 del procedido Ubáner Ramírez Fernández, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresnedo, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgardo Suárez Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REDENCION DE PENA POR ENSEÑANZA

Los reclusos que acrediten la calidad para ser educador o instructor, podrán desempeñarse en dicha labor dentro del horario fijado pero sin exceder de cuatro (4) horas diarias, que constituyen el máximo autorizado por el Código de Procedimiento Penal para ser contabilizadas como un (1) día de trabajo. Cualquier exceso diario no será tenido en cuenta para la redención de pena a que se refiere el artículo 531 del citado estatuto.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Uclandia.*

Aprobado Acta número 046.

Vistos:

El procesado *Alexander Cetina Valderrama*, quien se halla detenido en la Penitenciaría Nacional de Picaleña de Ibagué, interpuso recurso de reposición contra la providencia de fecha 21 de abril del corriente año, mediante la cual se le negó el beneficio de libertad provisional, por no haber acreditado las dos terceras partes de la sanción que le fuera impuesta en las sentencias de instancias.

Al recurso se le dio el trámite previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte:

El recurrente fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué, según sentencia de fecha 25 de mayo de 1992, a la pena privativa de la libertad de veintiocho (28) meses de prisión, como coautor responsable del delito de falsedad material de particular en documento público, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo del 6 de agosto siguiente, el que

es ahora objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de su compañero de causa Eduardo Pinzón Heredia.

Conforme se dejó consignado en la providencia impugnada, Cetina Valderrama se halla privado de su libertad desde el 12 de mayo de 1992, fecha en la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la citada ciudad, le concedió el beneficio de libertad, por pena cumplida, dentro del proceso que se lo siguió por infracción a la Ley 30 de 1986, donde se le impuso como pena privativa de la libertad, la de seis (6) años de prisión, según sentencia de fecha 21 de junio de 1988, proferida por el Juzgado Treinta y Seis de Instrucción Especializado de Ibagué. En consecuencia, ha descontado efectivamente de la pena impuesta en este proceso, doce (12) meses y seis (6) días.

Por Resolución número 012 de fecha 7 de abril del presente año, emanada del consejo de disciplina del establecimiento carcelario ya mencionado, Cetina Valderrama fue designado como *instructor* y se le reconoció el tiempo laborado en dicha actividad a partir del mes de mayo de 1992, para los efectos de redención de pena, o sea, desde cuando fue puesto a disposición de este asunto. El procesado tiene derecho a que se le reconozca como rebaja de pena como *instructor* (art. 531 del Código de Procedimiento Penal), tan solo 632 (del 12 de mayo al 31 de diciembre de 1992), es decir, cuatro (4) horas diarias en los días ordinarios pues, el director de la Penitenciaría no certificó que hubiese laborado los sábados, domingos y festivos, ni figuran constancias sobre la instrucción realizada durante lo corrido del presente año. Las mencionadas horas le representan una redención de pena equivalente a dos (2) meses y diecinueve (19) días, los que sumados al tiempo efectivo en reclusión, dan un acumulado de catorce (14) meses y veinticinco (25) días, insuficientes para acreditar el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, razón suficiente para que la Corte no reponga su proveido ya mencionado.

Afirma Cetina Valderrama que "... el reconocimiento del tiempo como instructor, sólo puede ser tomado como lo está normado en el artículo 531 del C. de P. P., puesto que las pautas señaladas en la Circular número 0129 emanada de la Dirección General de Prisiones en el caso en comento y para efectos de contabilizar el tiempo redimido por enseñanza, no puede ser tenido en cuenta, habida consideración de que esa entidad no puede a través de una 'simple' circular entrar a reglamentar lo concerniente a los tópicos que deben observarse en el reconocimiento de rebaja de pena, toda vez que tal previsión sólo podrá hacerse en el *Decreto reglamentario*, el cual no ha sido expedido hasta la fecha en concordancia con el nuevo Código de Procedimiento Penal".

Enseña el artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, que: "El recluso que acredite que haya actuado como instructor de otros en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria, secundaria, arte-

sanal, técnica y de educación superior, tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de trabajo siempre y cuando haya acreditado las calidades necesarias para ejercer la función de instructor o educador".

Quiere decir lo anterior, que cuando un procesado ha sido autorizado para desempeñarse como instructor, cuatro (4) horas de esta actividad se le tendrán en cuenta, así sea en diferentes días, como equivalentes a un (1) día de trabajo y dos (2) de estos, como un (1) día de redención de pena.

El artículo 530 *ibidem*, que se refiere a la redención de pena por trabajo y estudio, autoriza al recluso para dedicarse a cualquiera de las dos actividades hasta ocho (8) horas diarias, para efectos de obtener una rebaja de pena equivalente a un (1) día, por cada dos (2) de trabajo o estudio, es decir, por diecisésis (16) horas, contabilizadas en días diferentes sin exceder del máximo allí previsto. Las labores de enseñanza están reguladas por el artículo siguiente, razón por la cual, el inciso 4º a que se refiere el procesado sólo está consagrado para la regulación de las actividades de trabajo y estudio previstas en la citada disposición.

El Decreto 1817 de 1964 (Código Carcelario), en su artículo 42 precisa las funciones del Director General de Prisiones, entre las que se destacan: "...d) Enviar instrucciones a los directores de los centros penales, con el objeto de uniformar, en cuanto sea posible, la reglamentación interna de tales establecimientos, para lograr su más conveniente y acertada organización;...i) Tomar las medidas necesarias para la reglamentación de trabajo de los detenidos y condenados;...". Por otra parte el Decreto número 576 de 1974 (por el cual se reorganiza el Ministerio de Justicia), en su artículo 17, establece nuevas funciones al Director General de Prisiones: "...f) Preparar y ejecutar los programas de trabajo y estudio de detenidos y condenados...".

Entonces, si con base en las facultades antes mencionadas, la Dirección General de Prisiones determinó que las jornadas de trabajo y estudio en los establecimientos carcelarios debe ser de 8:00 a.m. a 12 m. y de 1:00 a 5:00 p.m., tales actividades así como la de enseñanza debe acomodarse al citado horario.

Ello quiere decir que los reclusos que acrediten la calidad para ser educador o instructor, podrán desempeñarse en dicha labor dentro del horario fijado pero sin exceder de cuatro (4) horas diarias, que constituyen el máximo autorizado por el Código de Procedimiento Penal para ser contabilizadas como un (1) día de trabajo. Cualquier exceso diario, no será tenido en cuenta para la redención de pena a que se refiere el artículo 531 del citado estatuto.

Visto lo anterior y como quiera que Cetina Valderrama no acredita el cumplimiento del requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, la Sala mantendrá su decisión de fecha 21 de abril del corriente año.

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

Resuelve:

No reponer su providencia de fecha 21 de abril del corriente año, mediante la cual se negó al procesado Alexander Cetina Valderrama el beneficio de libertad provisional.

Notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimio Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

La finalidad del cambio de radicación no es otra que el aseguramiento de la imparcialidad en la dirección del asunto así como la efectiva protección de las garantías fundamentales inherentes al debido proceso. No cualquiera irregularidad en una actuación procesal ni el simple capricho de las partes ameritan un cambio de radicación. Es menester que existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del procesado o su integridad personal. / Grave para la administración de justicia sería el aceptar que cada vez que los funcionarios no accedan a las preensiones de las partes, haya necesidad de cambiar a los jueces naturales so pretexto de no ofrecer éstos garantía de imparcialidad.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santaafé de Bogotá, D. C., dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 045 (mayo 13 de 1993).

Decide, de plano, la Corte el incidente de cambio de radicación propuesto por el defensor del procesado *Humberto Palomar Avilés* sindicado del delito de peculado.

Antecedentes inmediatos:

El doctor Humberto Palomar Avilés se encuentra procesado en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva por el delito de peculado, por hechos que se desconocen toda vez que no fueron narrados en la documentación que se allegó al incidente; su defensor, solicita el cambio de radicación del Distrito Judicial de Neiva a otro, pues aun cuando no lo dice expresamente, se infiere al demandar del Juzgado el envío de la documentación a la Corte Suprema de Justicia y

al cuestionar a los funcionarios de ese Distrito Judicial, tanto a los jueces como al Tribunal, por las actuaciones que han tenido en el desarrollo de dicho proceso, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera: 1. Que el 31 de julio de 1991 su defendido rindió indagatoria ante el Juez Catorce de Instrucción Criminal, designando como su defensor al doctor Jairo Urueña Horta, quien tomó posesión sin presentar tarjeta profesional ni cédula de ciudadanía, lo cual hace inexistente la diligencia y de contera, nulo todo lo actuado.

Que presentada la solicitud de nulidad, el Juzgado la denegó; apelado ese proveído, tanto la Fiscalía del Tribunal como los Magistrados de dicha Corporación, confirmaron el auto con el siguiente argumento: "... Así como no se puede reconocer nulidad cuando existe certeza a cerca de la individualización del procesado, pues con tal determinación se sabe que se trata de una persona determinada, y, por ende, que no se va a condenar a un inocente, así haya errores en la identificación, entendida ésta como una adición a que esa individualización se hace con nombre, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado civil, profesión, etc., como lo tiene bien explicado y de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte...".

2. Que cuando corría el término de ocho días para alegar de conclusión en el proceso que instruía el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal, se remitió el proceso que contra el mismo procesado cursaba en el Juzgado 27 de la misma especialidad.

Dice que se opuso a este procedimiento porque las pruebas trasladadas tienen que ser ordenadas por auto interlocutorio según las voces del artículo 252 del C. de P. P.; que como se encontraba clausurada la investigación, lo procedente era anular el cierre para poder oír al procesado en ampliación de indagatoria y no fusionarlos como se hizo, violando el derecho de defensa porque se le formularon cargos por hechos respecto de los cuales no se le oyó.

El mismo peticionario, sin embargo, reconoce en su escrito que el Juzgado, al resolver sobre su petición, afirmó que no anuló porque consideró que se trataba de los mismos hechos por los que, además, se le interrogó como consta a folio 204 y fueron los mismos, controvertidos por la defensa en el alegato precalificadorio. Otro tanto hizo el Tribunal, generando la inconformidad, en general, con la administración de justicia de todo el Distrito Judicial.

3. Que en escrito de mayo de 1992 hizo ver al Juzgado que se había recibido indagatoria a dos de los procesados, distintos al que él apodera, designándoles defensor de oficio a ciudadanos no titulados y únicamente para esa diligencia; y que tan sólo se les nombró abogado un día antes de ordenar el cierre de la investigación, lo cual constituye nulidad por ausencia de defensa en la etapa del sumario.

Como se negara la nulidad pedida por dicha causa en ambas instancias, con el argumento de ser la misma ley la que permite el procedimiento seguido por el instructor y, además, existir falta de interés jurídico para alegarlo en virtud del principio de la unidad de defensa, se muestra inconforme porque al declararse la nulidad, ésta favorecería necesariamente a su cliente.

4. Que en el mismo memorial referido en precedencia, hizo ver que varios de los testigos que declararon (seis en total), no exhibieron la cédula de ciudadanía al momento de rendir el testimonio.

Admite, sin embargo, que la respuesta de las instancias fue que irregularidades de esa naturaleza no afectan la validez del proceso ni de la prueba, y que además, de los seis que se mencionaron, cuatro sí presentaron el documento, según lo refieren las actas correspondientes.

Agrega, al cuestionar tal procedimiento, que las instancias "se dedicaron a defender un proceso plagado de errores judiciales y a sostener una providencia que está viciada de nulidad y han esgrimido toda clase de entuertos para justificar lo que no se puede justificar".

5. Que demandó la revocatoria del auto de detención porque no existe mérito procesal para mantenerlo. Su inconformidad radica aquí en que se le respondió que "...debe estimarse extemporáneamente esta solicitud, puesto que no habiéndose dado fundamento alguno con posterioridad a la resolución acusatoria en que se ratifica la medida y la defensa no la controvierte, se estaría frente a un adefesio jurídico en que se sostiene una resolución de acusación, cuando no hay mérito para apoyar la medida de aseguramiento, por lo que se observa en la actitud de la defensa, el ánimo de retrotraer el proceso a una fase ampliamente ya superada".

6. Que como llegó a la conclusión que ninguno de los delitos imputados a su defendido existieron, solicitó la cesación de procedimiento.

Su desacuerdo con este punto, radica en que las instancias le respondieron que una vez proferida una resolución acusatoria, sólo es posible la cesación de procedimiento por causales objetivas; y aun cuando, pidió expresamente se le aplicara el código actual de procedimiento, no se accedió a ello a pesar de que en dicho ordenamiento si se permite esa forma de terminación del proceso.

7. Que cuando se corrió traslado para preparar la audiencia pública, solicitó multitudes y algunas declaraciones, todo lo cual le fue negado con el argumento de haber sido objeto ya de "confrontación y análisis por la defensa". Además, el Tribunal sugirió al Juzgado le impusiera las sanciones legales pertinentes por solicitar pruebas inconvenientes.

Termina su extenso escrito resumiendo lo plantado y, agrega: "Todo lo anterior nos demuestra que el Juzc Primero Penal del Circuito de Neiva y la Sala de Decisión no han dado ni darán garantías al doctor Humberto Palomar Avilés para seguir en el juicio en manos de ellos, como tampoco a la defensa, pues así lo dejan entrever en los autos, ese odio para con los dos, sin que ninguno hayamos tenido amistad o problemas con ellos es más, no los conocemos por ningún trato, solamente por el trámite judicial.

"Lo anotado es más que suficiente para que se produzca el cambio de radicación, toda vez que si los funcionarios se declaran impedidos, ningún juez del circuito de este territorio iría a cambiar el criterio del Tribunal, por ser su superior jerárquico y los demás miembros integrantes de la Sala Penal del Tribunal de Neiva, tampoco lo harían por colegage, es decir, se guardan la espalda".

Consideraciones de la Corte:

Tal como lo dispone el artículo 83 del C. de P. P., la finalidad del cambio de radicación no es otra que el aseguramiento de la imparcialidad en la dirección del asunto así como la efectiva protección de las garantías fundamentales inherentes al debido proceso. No cualquiera irregularidad en una actuación procesal ni el simple capricho de las partes ameritan un cambio de radicación. Es menester, como lo dice la norma referida, "que existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del procesado o su integridad personal".

Ninguna de las hipótesis allí referidas tiene comprobación en este incidente, en donde lo que se observa es un empecinamiento del defensor por sacar avante su particular punto de vista procesal: La nulidad de todo lo actuado.

Grave para la administración de justicia sería el aceptar que cada vez que los funcionarios no accedan a las pretensiones de las partes, haya necesidad de cambiar a los jueces naturales so pretexto de no ofrecer éstos garantía de imparcialidad. Pero aún, extremando la hipótesis, en el supuesto de ser ilegales esas decisiones judiciales, no habría lugar al cambio de radicación pues el ordenamiento señala correctivos para esos eventos como scribir la denuncia, si en verdad se tiene el convencimiento que la actuación es contraria a derecho; o la recusación, si existe alguna causa específica para ello. Pero decir irresponsablemente que se debe acceder al cambio territorial para el juzgamiento porque los restantes magistrados no ofrecen imparcialidad por ser compañeros de los integrantes de la Sala de Decisión cuestionada "porque se guardan la espalda", es un planteamiento inaceptable e irreverente con quienes dispensan justicia; es ignorar el carácter, independencia y probidad de quienes juraron cumplir la

Constitución y las leyes; es el expediente más fácil al que se acude, desgraciadamente con mayor frecuencia, para denigrar de la justicia y cuestionar sus decisiones sólo porque no coinciden con las peticiones formuladas. Es realmente innoble e inelocante, además de desleal y altamente disociador, comportamiento tal.

Para la Corte, objetivamente examinada la documentación allegada con el extenso escrito y por las mismas transcripciones hechas en éste, no hay razón para que se ordene el cambio de radicación pedido, ni para compulsar copias oficiosamente por irregularidad alguna que afecte gravemente las garantías procesales, independientemente de lo que pueda existir en el proceso y que se desconozca en este incidente.

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

Resuelve:

No acceder al cambio de radicación propuesto en el presente caso.
En firme, regrese la actuación al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópíese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Sagavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CONEXIDAD / RESOLUCION DE ACUSACION
/ CALIFICACION / COMPETENCIA / DEMANDA DE
CASACION

1. Aunque lo ideal es cumplir el mandato legal de que los delitos conexos deben investigarse y fallarse en un mismo proceso, su desobedecimiento no implica de por si la nulidad de la actuación salvo que como ahora lo dispone expresamente el legislador esa ruptura de la unidad procesal afecte los intereses jurídicos del sujeto en cuyo favor se invoca.
- / 2. La calificación incorrecta que invalida la actuación es únicamente la que se hace en la resolución de acusación.
- / 3. Ya la variación de la calificación jurídica no está superditada exclusivamente al resultado de nuevas pruebas, sino que ella puede hacerse también cuando la misma "no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario", en criterio del juez del conocimiento. Es claro que esta modificación no puede depender del capricho del juzgador.
- / 4. El hecho de que al juez que le correspondió actuar como juez permanentemente posteriormente avocara el conocimiento de ese mismo proceso, como lo formuló la acusación, mal puede pensarse que estuviera comprometido con ella y que por ende careciera de la imparcialidad necesaria para desempeñarse como juez de conocimiento. / 5. Todas las modificaciones (ampliación de la cobertura del recurso, incremento de las facultades oficiosas de la Corte y la posibilidad de formular cargos excluyentes) que ha tenido la regulación del recurso extraordinario de casación, de ninguna manera lo han desnaturalizado, pues éste sigue siendo lo que tradicionalmente ha sido: Un recurso extraordinario, que requiere de una especial técnica para su fundamentación y decisión, y que está regido por los principios de la taxatividad, de la limitación y de la prioridad. / Afecta el principio de no contradicción plantear simultáneamente la responsabilidad y la no responsabilidad de un mismo proceso y frente a una misma imputación.

Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz.

Aprobado Acta número 46.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado José Hernán Marín Guillermo y su defensor, contra la sentencia fechada el 22 de enero de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva lo condenó a la pena principal de diez (10) años de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, lo mismo que al pago, en concreto, de los perjuicios causados con la infracción, al declararlo responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Cicerón Trujillo Soto.

I. Antecedentes y actuación procesal:

Los hechos que originaron la formación de este proceso, fueron sintetizados así, en la sentencia impugnada:

"Con motivo de la celebración de la fiesta patronal en la vereda San Pedro de la Inspección de Policía de San Antonio del Pescado —Garzón—, el 29 de junio del año anterior (1990) en la escuela del lugar se oficiaron los actos religiosos en la mañana y después se inició el bazar, al que concurrieron bastantes vecinos, se hallaban varios integrantes de las familias Marín Guillermo y Cubillos Ramos, entre quienes con antelación se habían presentado algunos incidentes, al parecer por rivalidades en la explotación de las rutas de transporte terrestro.

"Ese día, después de las cuatro de la tarde se suscitó una riña en donde resultaron heridos varios miembros de las familias mencionadas y muerto Cicerón Trujillo Soto, pariente de los Cubillos Ramos, quien fue lesionado con arma de fuego por José Hernán Marín Guillermo cuando iba a auxiliar a su familiar Luis Enrique Cubillos que se encontraba herido" (fl. 21, cuaderno número 3).

La investigación fue adelantada por el Juzgado 22 de Instrucción Criminal, radicado en Garzón, que luego de practicar algunas diligencias escuchó en declaración indagatoria a José Hernán Marín Guillermo (fl. 10), quien se limitó a manifestar que de repente se inició una riña, en desarrollo de la cual "me mandaron un envase y yo por defenderme me cai en una cequia y entonces cuando me cai me cayó un muchacho y fue cuando me pegó un machetazo y yo de ahí en adelante quedé inconsciente y yo perdí el sentido y la sangre no me dejaba ver y yo hasta ahí me acuerdo", explicando luego que únicamente portaba una "peinilla", no obstante lo cual en ampliación de indagatoria (fl. 76)

reconoció que si tenía un revólver, que lo sacó y disparó, aunque advierte que "no le tiré a Cicerón puesto que con él fuimos amigos toda la vida".

El instructor, al resolver la situación jurídica, ordenó su detención preventiva "como presunto autor responsable de los hechos punibles de homicidio y lesiones personales de que fueron víctimas Cicerón Trujillo Soto y Luis Enrique Cubillos Parra" (fls. 24 y ss.).

También se vinculó al proceso mediante indagatoria a José Antonio Marín Ramírez (fl. 62 vto.), quien aunque admitió que durante la trifulca tenía una "peinilla" en sus manos, negó haberla utilizado en contra de alguno de los presentes "porque en ese momento fue cuando Tiberio me hizo el disparo". El instructor, no obstante, le decretó medida de aseguramiento (caución) por el delito de lesiones personales ocasionadas a Valerio Guillermo (fl. 85).

Posteriormente fueron escuchados en indagatoria Arcenio Figueroa Moreno (fl. 111) y los hermanos Teobaldo (fl. 107) y Ramiro Marín Guillermo (fl. 91). El instructor, al resolverles la situación jurídica, profirió medida de aseguramiento (cominación) contra el primero, por las lesiones personales causadas a Luis Enrique Cubillos, y contra el segundo, por las lesiones ocasionadas a Valerio Guillermo y Nelly Trujillo Cubillos. Al último de los indagados no se le dictó medida de aseguramiento alguna (fls. 132 y ss.).

La investigación fue cerrada (fl. 153) sin que hubieran sido vinculados al proceso en calidad de sindicados Valerio Guillermo y Mario, Nelson y Gilberto Bermeo, a quienes el instructor había ordenado "escucharlos en indagatoria" (fl. 127). Una primera calificación del sumario (fls. 178 y ss.), la anuló el Juzgado Segundo Superior de Garzón, al considerar que fue incompleta por haber dejado sin resolver lo atinente a los varios delitos de lesiones personales que también habían sido objeto de la investigación (fls. 193 a 195).

El instructor acogió la anterior decisión y calificó de nuevo la investigación, profiriendo resolución de acusación contra José Hernán Marín Guillermo por el homicidio de Cicerón Trujillo Soto y las lesiones causadas a Luis Enrique Cubillos Parra, en concurso "con el delito de porte ilegal de armas consagrado en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986". Acusó igualmente a José Antonio Marín Ramírez por las lesiones infringidas a Valerio Guillermo y a Nelly Trujillo, y finalmente, convocó a juicio a Teobaldo Marín Guillermo por las lesiones ocasionadas a Luis Enrique Cubillos Parra. El sindicado Ramiro Marín Guillermo fue desvinculado definitivamente del proceso (fls. 198 a 209).

Contra la anterior decisión, el defensor de José Hernán Marín Guillermo interpuso el recurso de reposición, y, subsidiariamente, el de apelación, en procura de que a su poderdante se le reconociera la atenuante de la "ira e intenso dolor", prevista en el artículo 60 del

C. P. (fl. 211). El instructor aceptó esta solicitud (fl. 216) y ordenó que el proceso regresara al Juzgado Segundo Superior de Garzón, el cual, mediante providencia de 19 de abril de 1991, aclaró el error en que se incurrió en relación con el segundo apellido de uno de los procesados (de José Antonio Marín Ramírez), y haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, decidió "variar la calificación provisional dada a este expediente", sólo para determinar que en el juzgamiento de José Hernán Marín Guillermo, no se tuviera en cuenta la atenuación punitiva a él reconocida por el instructor (fls. 232 a 236). El defensor del afectado con esta determinación apeló de la misma, pero el Tribunal la confirmó en su integridad (fl. 21 del cuaderno número 3).

Cumplidas todas las ritualidades propias del juicio, el Juzgado de conocimiento puso fin a la instancia mediante sentencia de 10 de octubre de 1991, en virtud de la cual condenó a José Hernán Marín Guillermo a la pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, lo mismo que al pago, en concreto, de los perjuicios causados, al declararlo responsable de los delitos de homicidio y porte de armas de fuego de uso personal. Por las lesiones causadas a Luis Enrique Cubillos, fue absuelto. Los procesados José Antonio Marín Ramírez y Arsenio Figueroa Moreno también fueron condenados de conformidad con el pliego de cargos, a la pena principal de dos (2) meses de arresto el primero y dos (2) meses y ocho (8) días el segundo. Teobaldo Marín Guillermo, finalmente, fue absuelto de la imputación (lesiones personales) que se le hizo (fls. 289 a 318).

El defensor de José Hernán Marín apeló la sentencia, y el Tribunal, al desatar el recurso, entre otras determinaciones decidió absolver a este sindicado del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tasando de nuevo la pena principal impuesta en un total de diez (10) años de prisión, mediante fallo contra el cual el mismo defensor interpuso el recurso de casación que ahora procede la Sala a resolver.

II. La demanda:

Causal tercera de casación.

A su amparo, el actor formula tres cargos a la sentencia:

Cargo primero. Considera el recurrente que el fallo impugnado se dictó en un juicio viciado de nulidad, por "violación y desconocimiento del debido proceso", toda vez que a Tiberio Guillermo, contra quien había serias pruebas de haber sido el autor de las lesiones causadas a José Antonio Marín Ramírez, no se le vinculó al proceso en calidad de sindicado, no obstante que el mismo funcionario instructor había ordenado que se lo escuchara en declaración indagatoria.

Para el libelista, "... es incuestionable que ha debido vincularse y definirse en este proceso la situación jurídica del presunto acusado Tiberio Guillermo. Lamentablemente no se hizo pero las consecuencias son obvias: El proceso se ve afectado irremediablemente (art. 305.2, C. de P. P.)".

Cargo segundo. Para el actor hubo una flagrante violación del debido proceso "por parte del Juzgado Segundo Superior de Garzón, cuando en virtud de proveído de 19 de abril de 1991 decidió variar la calificación provisional dada a este expediente relativa al estado de la reconoció en auto de fecha 16 de enero de este año para en su lugar adelantar el juzgamiento sin esta circunstancia de atenuación punitiva".

Sostiene el casacionista que la anterior determinación, "desconoció el procedimiento que reglamenta esta institución legal", porque en su sentir y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 501 del C. de P. P. (Decreto 1861 de 1989, art. 32), "la variación de la calificación provisional exige un mínimo de requisitos como prueba sobreviniente o que realmente no corresponda a los hechos controvertidos", y por tanto no puede hacerse por "cuestión de emociones ni criterio subjetivo del juez", agregando luego, para fundamentar su aserto, lo siguiente:

"Es obvio que así sea si se tiene en cuenta que esta inapreciable innovación es una garantía para los derechos del sindicado como de igual forma para la sociedad. Si se aguza un poco la memoria su causa se encuentra en la extinción del jurado que si tenía fallas como que estaba integrado por personas su funcionamiento fue a todas luces positivo".

Lucgo de transcribir algunos apartes del concepto emitido por el Fiscal Cuarto del Tribunal cuando la ya referida providencia fue impugnada, y de advertir que ante "esta severa pieza jurídica... está demás cualquier comentario adicional", el actor reitera su solicitud de nulidad.

Cargo tercero. La "irregularidad sustancial" que según el censor afectó el debido proceso, la hace consistir en que el juez que avocó el conocimiento de este asunto y profirió la sentencia de primera instancia (el Segundo Superior de Garzón), alcanzó a intervenir en la instrucción del sumario, en su calidad de Juez 22 de Instrucción Criminal:

"El señor Juez Segundo Superior de Garzón —especifica el actor— ejercía el cargo de Juez 22 de Instrucción Criminal. Aún más, estaba de turno en la fecha de los luctuosos acontecimientos y le correspondía dictar el primer auto para efectos del levantamiento del cadáver a las 22:00 horas. Por reparto condujo la investigación por un lapso superior a 30 días y evacuó numerosas e importantes diligencias".

En su intento por demostrar que lo anterior es "una irregularidad sustancial" que afecta el debido proceso, expresa el libelista:

"No dice, no autoriza el legislador delegado en parte alguna del estatuto procedimental, en materia específica de la jurisdicción y competencia, que es posible en situaciones excepcionales el *híbrido jurídico* consistente en que un juez puede gozar del privilegio de actuar como instructor en parte y del conocimiento en lo restante. No es apego a la exégesis, a lo literal, sino respecto a las funciones y delimitaciones que establece la ley con miras a cerrarle el paso a la confusión y el caos jurídico. Sobre el particular es oportuno recordar una de las enérgicas frases del señor Fiscal Cuarto del honorable Tribunal Superior."

"El juez de instrucción *investiga y califica*. El de conocimiento, *juzga y falla*. Para qué invitarlo a prejuzgar o a asumir otras posiciones delicadas cuando las normas consultan la más exigente gramática y sintaxis.

"Si los anteriores planteamientos no son simple entelequia hay que admitir entonces que al acumular el señor juez funciones de instrucción y fallador desconoció el artículo 1º del Decreto 50 de 1987, o, *Código de Procedimiento Penal*".

Causal primera de casación.

Sin especificación alguna, el actor, al enunciarla, se limita a transcribir en su totalidad el ordinal 1º del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 1861 de 1989, art. 15).

Luego y a manera de fundamentación, el censor transcribe los artículos 470, 247 y 1º del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987, que es el aplicable a este caso), y recuerda a la Sala que si "ha sostenido en forma clara, inequívoca, la defensa justa, en cualquiera de su modalidades o conjuntamente. La ira, únicamente como tesis subsidiaria". A continuación y después de hacer referencia a una jurisprudencia de esta Sala sobre la legítima defensa, el libelista afirma que su poderdante no fue "el provocador" de los hechos, sobre lo cual existe en el proceso "prueba incontrastable, digna de credibilidad".

Agrega luego que "en la antesala de la tragedia hubo dos provocaciones, ambos casos de parte de los Cubillos-Ramos", para demostrar lo cual acude a la confesión de Luis Enrique Cubillo Parra y a los testimonios de Armando Lamilla Vargas y Olga Páramo Muñoz.

Posteriormente se apoya en las deponencias de Aquileo Rayo Méndez, ante cuya testimonio dice inclinarse "por su imparcialidad, por lo convincente y desprevenido de su exposición", Rodulfo Rayo, Jesús David Lamilla Leguizamo, Luis Henry Guillermo Méndez y de los hermanos José Antonic y Héctor Trujillo Leaño, para concluir que

con base en todas ellas "se demuestra de manera elocuente, se estructura, mejor la figura de la legítima defensa que he sostenido a partir del momento en que me hice cargo de los intereses jurídicos del señor Marín Guillermo. Sólo subsidiariamente el estado de ira".

Se queja luego de que los citados testimonios fueron subestimados o ignorados por el Juzgado Segundo Superior, "sin analizarlos detenidamente a la luz de los principios de la ciencia probatoria en que se inspira el Código Procedimental... para acogerse al fácil expediente de la versión del clan Cubillos Ramos".

Entra luego el actor a tratar de sustentar la subsidiaria tesis de la ira, para lo cual cita algunos apartes del fallo de primera instancia y extrae afirmaciones de varios deponentes, para concluir afirmando: "En estas condiciones tendría que pasarse como por sobre aspas por los testimonios de María Dolores Guillermo, Aquileo y Rodulfo Rayo, Jesús David Lamilla Leguizamón, Armando Lamilla Vargas, Leonor Trujillo Leaño, por citar unos pocos, los que en su conjunto, por concatenación y suma lógica conducen sin mayores esfuerzos al reconocimiento en favor de José Hernán Marín Guillermo de la tantas veces mentada justa defensa, o, la circunstancia modificadora de responsabilidad penal: La ira".

Agrega el recurrente que no se tuvo en cuenta lo dispuesto por el artículo 295 del C. de P. F., y culmina así la sustentación de este cargo:

"En síntesis: José Hernán Marín Guillermo en la trágica tarde sampedrina defendió su vida, su integridad personal, de una agresión injusta, inminente, imposible de otra forma ante la ausencia de la autoridad policial. No fue el provocador sino provocado, en el tremendo tiroteo esgrimió un arma de defensa personal. Si la víctima como solaz de la fatalidad fue un entrañable amigo de toda la familia no desvirtúa la figura eximiente y si ilustra bastante de lo que verdaderamente fue la bien llamada *batalla campal*. Que la ofensa a su madre le atrofió su siquis y su voluntad es algo incuestionable".

Al finalizar su escrito, el censor pide a la Corte que de prosperar alguno de los cargos formulados al amparo de la causal tercera, así se declare y determine "a partir de qué actuación procesal surte sus efectos". "Si prospera la causal 1^a —agrega— casará la sentencia y dispondrá lo que en derecho corresponda. Legítima defensa o ira".

III. Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte:

Causal tercera de casación.

Como se dijo atrás, tres fueron las censuras que el actor formuló al amparo de esta causal, las cuales se estudiarán en el orden propuesto por el demandante.

Cargo primero:

1. Para el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal esta censura quedó "corta", porque el actor se limitó a enunciar "los supuestos vicios del proceso", sin comprobar "en qué medida ellos trascienden a la violación de los derechos o garantías de los sujetos procesales, o resquebrajan por tal modo la estructura misma del proceso".

Agrega la Delegada que el actor "no hace el más mínimo intento por ligar el hecho de la no vinculación del procesado con el resultado final del proceso y las consecuencias que el mismo haya podido tener en la sentencia adversa impugnada. Todo lo anotado, revela el desconocimiento de las reglas técnicas que rigen la casación incluso en tratándose de alegaciones de nulidad que no por ser posible declararlas de oficio pueden quedar al gareto, como si en tales eventos no se acudiera a un recurso extraordinario".

A pesar de lo anterior el Ministerio Público entra a responder el cargo, admitiendo que la situación fáctica planteada corresponde a la realidad procesal, pero agregando con énfasis que de ella no puede deducirse la invalidez del proceso, "porque independientemente de lo acontecido, es lo cierto que el delito que a los no vinculados se les podría imputar, tiene su existencia autónoma e independiente de los ilícitos que si fueron materia de pronunciamiento final en la sentencia impugnada, aun cuando hayan ocurrido en las mismas fechas y circunstancias, ya que la acción desarrollada por cada uno de los sindicados obedeció a su propia participación dentro del marco del enfrentamiento y les acarrea, si así se demostrare, una responsabilidad penal independiente, que tal es el supuesto de ella".

Luego de hacer referencia al artículo 14 del C. de P. P., en el cual se dispone que "la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte el derecho de defensa", la Delegada sostiene que la hipótesis prevista en la citada norma es la que se ha presentado en el caso *sub examine*, en el cual simplemente se dio la ruptura de la unidad procesal, pero sin afectarse en ningún momento los derechos "de los aquí enjuiciados"... porque es un hecho cierto que durante la tramitación procesal siempre se respetaron los derechos de los sometidos a juicio, estuvieron ellos asistidos de un defensor, tuvieron la posibilidad de contradecir las pruebas argüidas en su contra, dispusieron de los medios legales convenientes para su defensa material y técnica, nunca recibieron restricciones a este respecto, ni la comprobación podría producirles atenóidea la circunstancia de que los hechos que se encuentran pendientes de investigación si bien, como se dijo, tuvieron ocurrencia el mismo día de los aquí juzgados y bajo similares condiciones de hecho, son autónomos e independientes y no afectan la defensa de los aquí vinculados".

No obstante que el censor en verdad no planteó ninguna nulidad por incorrecta calificación, pues aunque criticó que el ilícito imputable

a Tiberio Guillermo no era el de lesiones sino el de tentativa de homicidio, acató que ello de momento no tenía ninguna trascendencia ("no interesa de momento la calificación provisional que se le diera al delito", fl. 4), el Procurador Delegado consideró necesario referirse a este asunto, para expresar que la calificación jurídica que se haga de la conducta del aludido Guillermo es cuestión que corresponderá al funcionario que "aprehenda el trámite" de su caso, lo cual "ninguna relación tiene(n) con lo aquí sucedido, pues como se dijo en el acápite anterior, tales hechos son autónomos e independientes de los aquí juzgados y pueden ser materia de juicio separado".

2. Plena razón asiste a la Delegada al pedir a la Corte que este cargo sea desechado, pues aunque el hecho que en él se plantea (la no vinculación a este proceso en calidad de sindicado de Tiberio Guillermo, ante la innegable conexidad de su conducta con las demás que sí se investigaron) en realidad ocurrió, ello no trajo ninguna consecuencia para la situación procesal de José Hernán Marín Guillermo, a cuyo nombre se presentó la demanda de casación objeto de este proveído.

Reiteradamente esta Corte ha sostenido que aunque lo ideal es cumplir el mandato legal de que los delitos conexos deben investigarse y fallarse en mismo proceso, su desobedecimiento no implica de por sí la nulidad de la actuación, salvo que como ahora lo dispone expresamente el legislador (art. 14 del Decreto 050 de 1987 y art. 88 del Decreto 2700 de 1991), esa ruptura de la unidad procesal afecte los intereses jurídicos del sujeto en cuyo favor se invoca, lo cual no ha sucedido en el caso *sub judice*.

Tal como lo destacó la Delegada, la no vinculación a este proceso de Tiberio Guillermo como sindicado, en manera alguna comprometió la defensa de José Hernán Marín Guillermo, pues aunque los hechos ocurrieron dentro de las mismas circunstancias, el juicio del primero en este mismo proceso, en nada habría afectado la situación de Marín, y en estas condiciones esta censura habrá de desecharse.

Aunque en sentir de la Sala el casacionista no planteó nulidad alguna por incorrecta calificación del delito imputado a Tiberio Guillermo, es evidente que así en gracia de discusión se admitiera que se trata de una tentativa de homicidio y no de unas simples lesiones personales, esto jamás comportaría la nulidad del proceso, pues la calificación incorrecta que invalida la actuación es únicamente la que se hace en la resolución de acusación, y ello es obvio que no se ha presentado en estas diligencias.

Cargo segundo:

1. La Delegada, después de destacar las deficiencias técnicas de la formulación de esta censura, considera que la misma no puede prosperar, porque el Juzgado Segundo Superior de Garzón se sometió

estrictamente a lo previsto en el artículo 501 del C. de P. P., toda vez que luego de "estudiar el expediente con motivo de la nulidad que el mismo defensor ahora recurrente había propuesto estimó que los hechos constitutivos para el instructor de un estado de ira, no respondían a las exigencias que el artículo 60 del Código Penal trae para el reconocimiento de esa especial diminuente punitiva atendiendo, no su capricho sino el examen de la situación que lo llevó a afirmar lo siguiente: 'Quiere decir lo anterior que tanto los Marín como los Cubillos estaban prevenidos unos y otros, se consideraban enemigos y por tanto estaban preparados para lo que pudiera ocurrir. Y es que la conducta tan pasiva y ejemplar que se abona a José Hernán no es cierta... de manera que la prueba procesal ofrece la certeza de que hubo una riña voluntaria entre los dos bandos enemigos lesionándose mutuamente, circunstancia que demerita la alegación de José Hernán hecha ya en ampliación de indagatoria de haber actuado en estado de ira'".

Consecuente con su planteamiento, el agente del Ministerio Público pide la desestimación de este cargo.

2. La Sala comparte las razones que esbozó la Delegada. Baste con recordar que inicialmente el artículo 501 del Decreto 950 de 1987 supeditaba la posibilidad de variar la calificación, a que la situación probatoria hubiera sufrido algún cambio: "Cuando de las diligencias practicadas en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública, varie la adecuación típica del hecho punible..." rezaba el referido texto legal.

Mas lo que no vio o no quiso ver el recurrente, es que el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989 que subrogó la norma citada, introdujo una modificación trascendental: Ya la variación de la calificación jurídica no está supeditada exclusivamente al resultado de nuevas pruebas, sino que ella puede hacerse también cuando la misma "no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario", en criterio del juez de conocimiento.

Es claro que esta modificación no puede depender del capricho del juzgador, pero también es verdad, como lo destacó la Delegada, que la decisión del Juez Segundo Superior de Garzón no fue caprichosa, sino el resultado de un mesurado análisis probatorio, tan acertado, que mereció la confirmación del Tribunal Superior de Neiva (fis. 21 y ss. del cuaderno número 3).

Este cargo, pues, tampoco puede prosperar.

Cargo tercero:

1. Aquí también, al igual que lo hizo en relación con la primera censura, el Procurador Delegado principia por admitir la realidad fáctica que sirve de premisa a este cargo:

"Es bien cierto como lo anota el demandante que el doctor Guillermo Cabrera Perdomo sirvió el cargo de Juez 22 de Instrucción Criminal cuando menos hasta los días finales del mes de julio de 1990 y que por tal razón actuó como funcionario instructor desde el momento mismo en que las autoridades judiciales tuvieron conocimiento de los hechos hasta el día 27 de julio del año mencionado, fecha que aparece en la última acusación firmada por él. También es verdad que en desarrollo de tal función el doctor Cabrera Perdomo tomó algunas decisiones importantes para los efectos procesales como son la apertura de instrucción y la resolución de la situación jurídica del indagado José Hernán Marín Guillermo, y algunas otras atinentes a las pruebas y a la necesidad de vincular como sindicados a otros posibles autores del delito.

"Pero así como se acepta lo anterior, preciso es reconocer que el funcionario mencionado no volvió a tener contacto con el proceso hasta el día 4 de diciembre de 1990, fecha en la cual hubo de estudiar la actuación no ya como juez instructor sino como funcionario de conocimiento, pues por entonces desempeñaba el cargo de Juez Segundo Superior de Garzón. Es éste el hecho que el censor estima constitutivo de violación al principio del debido proceso, si bien hay que adivinar que tal infracción puede predicarse por el hecho de que una misma persona haya actuado como instructor y juzgador de una actuación".

Más adelante agrega la Delegada lo siguiente, para rebatir la nulidad aducida:

"Las razones subyacentes en la alegación del demandante, sin embargo, no pueden ser atendidas aún dentro del más exegótico marco de interpretación de las normas procesales y constitucionales vigentes, porque si bien es sabido que una de las garantías procesales indeclinables dentro de un proceso penal democrático es la de que el juez que acusa sea diverso de aquel que debe tomar en últimas la decisión del juzgamiento, tal planteamiento no ha sido recogido en tal magnitud por las disposiciones procesales colombianas, de una parte; y de otra, fácilmente se advierte que lo ocurrido en esta actuación no fue la identidad de jueces acusador y fallador porque el doctor Cabrera Perdomo no instruyó completamente el averiguatorio; su actividad estuvo restringida a los pasos iniciales del sumario y no se ve en lo actuado pre-juzgamiento alguno o intención de sacar avante lo que él haya podido realizar mientras se desempeñaba como juez de instrucción, que es, en últimas, el fundamento de la garantía: Separar las etapas de acusación y juicio para evitar que el

encargado de ésta se vea impelido a dictar sentencia en sentido idéntico al de la acusación, que se convierta en juez parcial".

Consecuente con los anteriores planteamientos, el Ministerio Público pide a la Corte desestimar también esta censura.

2. También respecto de este cargo la Sala coincide con las razones expuestas por la Delegada.

Hasta que se inició la vigencia del Decreto 050 de 1987, estatuto procesal aplicable al caso *sub examen*, el juez que formulaba la acusación (auto de proceder) era el mismo encargado del juzgamiento, pues el instructor únicamente adelantaba la investigación y una vez completa o ante el vencimiento de los términos legales, enviaba el proceso al juez de conocimiento, que calificaba el mérito del sumario y continuaba con la tramitación del juicio hasta culminarlo con la sentencia.

El anterior sistema fue objeto de múltiples críticas, porque, fundamentalmente se afirmaba, era imposible encontrar en un funcionario juzgador la imparcialidad requerida, cuando este mismo era el encargado de formular la acusación, y por ende, en principio podría tener interés en que ésta terminara exitosamente.

Por la razón anotada y como especial garantía para el procesado, se inició con el Decreto 050 de 1987 la tendencia de que el juez que acusara fuera distinto del que fallara el asunto. Así lo consagró el artículo 467 del citado estatuto, aunque no de manera general: "Funcionarios competentes para calificar. En los procesos por delitos de competencia de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales Superiores y de los Juzgados Municipales, el mérito del sumario será calificado por la corporación o juez municipal correspondiente.

"En los procesos por delitos de competencia de los Jueces del Circuito y Superiores, el mérito del sumario será calificado por el Juez de Instrucción Criminal".

De cara a la norma transcrita, no queda la más mínima duda de que este proceso que en su momento era de competencia de los Jueces Superiores, tenía que ser calificado "por el Juez de Instrucción Criminal", y así en efecto sucedió: El Juzgado que calificó su mérito, fue el 22 de Instrucción Criminal, a cargo de la doctora Cecilia Aguirre Leguizamo (fis. 198 a 209). Y también por mandato legal, el juez de conocimiento a quien correspondía adelantar el juicio y proferir la sentencia pertinente, era el Juez Superior (art. 70.1.a). Esta norma procesal también se cumplió, como que esta última etapa fue realizada por el doctor Guillermo Cabrera Perdomo, en su carácter de Juez Segundo Superior de Garzón. Se respetó, entonces, la garantía consagrada por el legislador.

La fortuita circunstancia de que al doctor Guillermo Cabrera Perdomo le hubiera correspondido hacer el levantamiento del cadáver (fls. 2 y vto.), abrir la investigación (fls. 5 y vto.), recibir las indagatorias de José Hernán Marín Guillermo y José Antonio Marín Ramírez y resolver la situación jurídica del primero (fls. 24 a 29), lo mismo que practicar en su carácter de Juez 22 de Instrucción Criminal otras diligencias procesales que se cumplieron hasta el 27 de julio de 1990, fecha de su última actuación (fl. 62 vto.), y que posteriormente avocara el conocimiento de este mismo proceso en su calidad de Juez Segundo Superior de Garzón, y como tal dirigiera la etapa del juicio y dictara la correspondiente sentencia, es algo que de ninguna manera desconoce la garantía procesal que se comenta.

Lo precario de su actuación y el poco tiempo que estuvo dirigiendo la investigación, no le permitió formarse un criterio global y definitivo sobre los hechos objeto de la misma. Y como él no formuló la acusación, mal puede pensarse que estuviera comprometido con ella y que por ende careciera de la imparcialidad necesaria para desempeñarse como juez de conocimiento.

Esta censura, consecuentemente, también será desechada.

Causal primera de casación.

1. La Delegada inicia la respuesta a la censura hecha con fundamento en esta causal de casación, advirtiendo que a pesar de que algún "sector de la doctrina ha venido afirmando que a partir de la expedición del Decreto 050 de 1987, pero más aún desde el Decreto 2700 de 1991, se han quebrado los rigorismos técnicos que gobiernan el recurso extraordinario de casación y que, por ello, casi cualquier alegato que se presenta a la manera de una demanda, debe ser estimado como suficiente para adentrarse en el análisis de los yerros denunciados, so prettexto de poner en vigencia el derecho material", ella no lo considera así:

"Es indesconocible si que en las recientes reformas procesales se ha tratado de acomodar las normas a los caminos ya señalados por la jurisprudencia de la Corte en cuanto al punto, admitiendo como demandas de casación escritos que exhiben algunos vicios técnicos en especial en lo referente a los cargos excluyentes y a la necesidad de romper el fallo, pese a las deficiencias de la demanda, cuando él ha afectado garantías sustanciales de los sujetos procesales. Ello sin embargo no significa que el legislador haya liberalizado completamente las exigencias de la demanda en sede de casación, pues aún dentro del actual Código de Procedimiento Penal, el más liberal de este movimiento, se contemplan algunos requisitos que son de obligatorio cumplimiento por el de-

mandante, más aún si se miran los fines mismos que debe perseguir el recurso extraordinario de casación que, lejos de ser una instancia adicional, conserva su naturaleza de ser un juicio técnico-jurídico contra la sentencia de segundo grado que viene, además, amparada de las presunciones de acierto y legalidad.

"Varios son los requisitos que debe presentar la demanda, siendo unos de aplicación general (claridad y precisión, el más importante) y otros dependientes de la causal que se aduzca para tratar de quebrar el fallo impugnado. La demanda, en todo caso, debe ser un trabajo de lógica jurídica caracterizado por su precisión y coherencia, que no solamente denuncie los errores cometidos por el sentenciador, sino que además demuestre su existencia y la importancia que los mismos tienen en la sentencia cuestionada; que además señale las normas que fueron objeto de la violación y la forma y consecuencias de tal infracción, porque siendo como es el recurso de casación de naturaleza dispositiva, compete al demandante señalar a la Corte el camino a seguir y el contenido de los pronunciamientos que espera ante la eventual prosperidad de su ataque, y al tribunal de casación le está vedado entrar a suplantar al libelista para complementar o modificar el libelo".

Después de señalar la anterior premisa, el Procurador Delegado continúa su concepto destacando los múltiples y graves defectos técnicos que en relación con este cargo presenta la demanda.

En primer término, advierte "que el casacionista invocó como fundamento del recurso en este aparte el contenido de la causal primera de casación, sin precisar en modo alguno si la violación de la ley alegada provenía de un error del sentenciador sobre las pruebas o sobre las normas jurídicas aplicadas, vale decir, sin especificar si se trata de una violación directa o indirecta", aunque admite que del contenido del libelo se desprende "que el actor persigue demostrar la existencia de una violación indirecta de la ley sustancial".

Luego de destacar la Delegada cómo el actor principia por presentar aspectos propios del estado de ira, cuando había advertido que esta tesis era subsidiaria de la legítima defensa, en relación con la cual tampoco destaca hechos relevantes, concluye así: "En suma, en este aspecto de la demanda carece de precisión y claridad, no pudiéndose saber, a ciencia cierta, si lo pretendido por el actor es el reconocimiento de la legítima defensa en el actuar del imputado, o procurar la diminuente punitiva del artículo 60 del Código Penal".

"La enunciada subsidiariedad de los ataques —continúa el representante del Ministerio Público— podría eventualmente ser puntual para desbrozar la anotada confusión de la

demandas, pero entonces se toparía el analista con la necesidad de separar uno a uno los argumentos consignados para tratar de entenderlos según su personal criterio. Evidentemente, si en la hoja quince del escrito comienza el censor recordando los elementos de la legítima defensa, y en este mismo folio, párrafos más adelante, recuerda el contenido de la versión rendida por Iain Enrique Cubillos Parra para destacar que en ella se puede advertir el espíritu prevenido de Cubillos, cabría preguntarse, siguiendo el esquema del escrito, acaso tal ánimo prevenido tiene importancia como requisito de la legítima defensa? es quizás determinante de una agresión? qué papel juega esta alegación dentro del contexto de la demanda? Todas son respuestas que si bien pueden brindarse con fundamentos lógicos, no resultan coherentes con lo alegado en este punto, pues lo que se pretende en el escrito, al parecer, es resaltar la existencia de un comportamiento ajeno, condicionante —junto con otras circunstancias— de la diminuente punitiva prevista en el artículo 60 del Código Penal".

Agrega el Procurador otra grave falla técnica del libelo: A pesar de que por su contenido puede inferirse que se alude a la violación indirecta de la ley sustancial, "no se especificó si los yerros que ahora se endilgan al sentenciador son de hecho o de derecho, ni la clase de los mismos, ausencia esta que impide determinar las pretensiones del recurrente porque no se puede extractar de lo dicho por él, cuáles podrían ser los falsos juicios que achaca al Tribunal y mucho menos, establecer si sus argumentaciones resultan coherentes y lógicas frente a la sentencia y a la realidad procesal. Nótese, a manera de ejemplo, lo que sucede con relación al testimonio de Armando Lamilla Vargas, una de las pruebas mencionadas por el casacionista: Inicialmente la menciona destacando parte de su contenido y quizás podría pensarse que pretende construir sobre ella la demostración de un falso juicio de existencia, mas una vez terminada la transcripción, acotó el memorialista: 'Difícil encontrar en el proceso un testimonio más honrado y preciso y sincero y lógico que éste...', con lo cual debe entenderse que se reclama no contra la falta de estimación de la prueba, sino contra la forma como ella entró a ser valorada por el sentenciador pues, al parecer, no fue asumida de conformidad con lo perseguido por el censor en esta demanda".

Concluye la Dolegada su concepto pidiendo a la Corte desestimar también este cargo por las múltiples deficiencias técnicas que presenta en su formulación, y consecuentemente, no casar la sentencia impugnada.

2. En realidad, no puede pensarse que las modificaciones hechas a la reglamentación del recurso extraordinario de casación por los Decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991, lo hayan desnaturalizado de tal

modo que prácticamente pasó a convertirse en una instancia más, que se puede excitar sin formalismo alguno y en desarrollo de lo cual lo que antes era de competencia exclusiva del actor, haya pasado a ser de conocimiento oficioso de la Corte. Nada más alejado de la realidad normativa que esta apreciación; que por lo mismo resulta totalmente equivocada.

Si se analizan las normas atinentes al recurso extraordinario de casación plasmadas en el Decreto 050 de 1987 (arts. 218 y ss.), se advierte con facilidad que tal vez la única modificación introducida a la regulación anterior que merece destacarse, sea la que consagra una excepción al principio de limitación que rige este recurso y que aparece prevista en el inciso segundo del artículo 227. En virtud de esta norma, la Corte podrá, oficiosamente, declarar la nulidad que afecte el proceso. Claro que en realidad este cambio no fue nada novedoso, porque desde mucho antes ya la jurisprudencia de esta Corte venía procediendo, de oficio, a declarar las nulidades que de manera ostensible viciaran el proceso.

El nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), en verdad, hizo más profundos cambios a la casación. Merecen destacarse los tres más sustanciales, pues varios otros se refieren exclusivamente al trámite:

a) En primer lugar, amplió la cobertura del recurso, al permitir interponerlo no sólo contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o excede de cinco años, sino también, aunque de manera excepcional y dejando siempre su admisión librada a la discrecionalidad de la Corte, contra sentencias de segunda instancia, así no haya sido dictada por los Tribunales, y sin importar la calidad ni la cantidad de la pena prevista para el delito —inciso final del art. 218— (Cfr. Auto de octubre 28 de 1992, Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda);

b) Otra modificación importante consiste en que extendió un poco más las excepciones al principio de limitación, toda vez que en virtud de lo dispuesto por el artículo 228, ahora no solamente es posible declarar de oficio las nulidades que afecten al proceso, sino que también se puede "casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales", así la demanda de casación no se haya ocupado de este aspecto. Aquí también es oportuno advertir que desde antes la Corte venía ya protegiendo las garantías fundamentales, a través de la nulidad, oficiosamente declarada;

c) Una última innovación, también importante, es la que tiene que ver con la posibilidad de formular cargos excluyentes, a condición de que el recurrente los plantee "separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria" (art. 225, inciso final).

Pues bien. Todas estas modificaciones (ampliación de la cobertura del recurso, incremento de las facultades oficiales de la Corte y la posibilidad de formular cargos excluyentes) que ha tonido la regulación de este recurso, de ninguna manera lo han desnaturalizado, pues éste sigue siendo lo que tradicionalmente ha sido: Un recurso extraordinario, que requiere de una especial técnica para su fundamentación y decisión, y que está regido por los principios de la taxatividad, de la limitación y de la prioridad.

Se dice que es un recurso eminentemente técnico en su formulación, porque al no tratarse de una instancia más, en la cual el *ad quem* tiene la facultad para juzgar *ex novo* con la misma amplitud del *a quo*, sino de un recurso extraordinario, en el cual se ataca la sentencia por errores *in judicando* o *in procedendo*, es preciso que en la demanda, que no es más que el escrito sustentatorio del mismo, se señale la causal de casación que se invoca dentro de las taxativamente previstas en la ley, explicando con claridad y precisión sus fundamentos.

La Corte, igualmente, con la técnica propia, deberá estudiar el contenido de la demanda para decidir si satisface los requisitos legalmente exigidos. Si la admite, al momento de entrar a resolver el recurso y en virtud del principio de limitación, no podrá ocuparse, como norma general y salvas las excepciones ya anotadas, del estudio de causales distintas de las invocadas, ni corregir o ampliar la fundamentación que de ellas se hizo en la demanda.

Tampoco podrá la Corte eludir el principio de la prioridad, en virtud del cual unas causales deben resolverse con prelación sobre otras y en orden diferente del de su enunciación legal, no obstante que la prosperidad de una cualquiera de ellas invalida el fallo impugnado. Ello sucede con la causal tercera, que, ordinariamente, de prosperar dejaría sin valor no sólo la sentencia, sino también parte del proceso, razón por la cual es obligatorio para la Corte resolver lo atinente a esta causal en primer término, sin importar el orden establecido en la demanda y prefiriendo dentro de ella los cargos según el mayor grado de irradiación que sus efectos alcanzarían a producir en caso de prosperar el ataque. No hacerlo así y resolver la prosperidad de otras causales sin respetar este principio, implicaría proferir una sentencia, la de sustitución, en un proceso viciado de nulidad, incurriendo así en el mismo vicio imputado al fallo recurrido. ¡Qué paradoja!

Si la demanda de casación hubiera quedado desprovista de sus requisitos técnicos, pues desde luego que el legislador habría abolido el auto admisorio, y con él, la posibilidad de su rechazo *in limine*. Pero no fue así. Hasta el nuevo Código de Procedimiento Penal exige un pronunciamiento expreso sobre este punto y faculta a la Corte para declarar desierto el recurso, "si la demanda no reúne los requisitos" (art. 226).

En armonía con todo lo expuesto, es obvio que el cargo formulado al amparo de la causal primera de casación resulta inaceptable, ante el absoluto desconocimiento de la técnica en su presentación. Las fallas ostensibles que en este punto destacó la Delegada y que la Sala comparte en su integridad, son razones suficientes para que el mismo no pueda prosperar.

Para abundar, agréguese una más: Afecta el principio de no contradicción plantear simultáneamente la responsabilidad y la no responsabilidad de un mismo procesado y frente a una misma imputación, y eso es lo que ha hecho el censor en este cargo: Predicar que Marín Guillermo obró conforme a derecho porque actuó dentro de las circunstancias de la legítima defensa (causal excluyente de antijuridicidad), y, simultáneamente, sostener que su conducta si fue antijurídica y culpable, ya que sólo es merecedor de una atenuación punitiva.

Es cierto que el nuevo estatuto procesal, que por favorabilidad podría aplicarse retroactivamente en este punto, si permite formular cargos excluyentes, pero a condición de que se haga "separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria" (art. 225, inciso final), y aunque el actor afirmó que la tesis de la "ira" era subsidiaria a la de la legítima defensa, la verdad es que se ocupó de ambas tesis de una manera conjunta, lo que llevó a una confusión tal, que la misma Delegada se vio en la necesidad de destacar: "En suma, en este aspecto la demanda carece de precisión y claridad, no pudiéndose saber, a ciencia cierta, si lo pretendido por el actor es el reconocimiento de la legítima defensa en el actuar del imputado, o procurar la diminuente punitiva del artículo 80 del Código Penal".

Todo esto se habría evitado si estos cargos se hubieran planteado "separadamente" y no de manera conjunta, y si la condición de "subsidiaria" de la tesis de "la ira" hubiera sido algo más que un mero enunciado.

Ni siquiera, pues, frente a las normas del nuevo Código de Procedimiento Penal, resulta posible examinar este cargo.

En consecuencia, la demanda será desechada y el fallo impugnado no se casará.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimio Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA / DEFENSOR

1. Es incomprensible que en un proceso el defensor opte por no solicitar pruebas, o resuelva no participar en la práctica de diligencias que no exigen su presencia, pero para que esa actitud pueda ser calificada como una estrategia defensiva, deben existir elementos de juicio que permitan esa inferencia. Es verdad que hay abogados mucho más diligentes y de mayor iniciativa que otros; también es cierto que existen diversas maneras de orientar la estrategia defensiva, así como en algunos casos los profesionales incurren en errores tácticos que afectan los intereses de sus clientes, eventualidades estas que no tienen por qué conducir a la nulidad del proceso. / 2. El principio consistente en que no puede invocar la nulidad quien haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular no tiene efecto cuando se trata de la falta de defensa técnica. / 3. La violación de una garantía constitucional tan importante como el derecho de defensa, cuyo respeto y preservación debe ser una preocupación permanente de los jueces en bien del estado de derecho, no puede ser admitida so pretexto de lograr mantener incólume un determinado proceso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel.

Aprobado Acta número 45 (mayo 13 de 1993).

Vistos:

El Juzgado Primero Superior de Rionegro (Antioquia) condenó a Alfonso García Arango a la pena principal de ciento veintiséis (126) meses de prisión por los delitos de homicidio y lesiones personales. El Tribunal Superior de Antioquia confirmó la sentencia adicionándola en cuanto a señalar la pena de multa correspondiente a las lesiones personales en tres mil pesos (\$ 3.000,00) y compulsación de copias

para investigar la posible violación del Decreto 3664 de 1986. Dispuso además que la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas sería por un término de diez (10) años.

El defensor del acusado presentó demanda de casación contra la sentencia anterior, impugnación que procede la Sala a resolver.

I. Hechos y actuación procesal:

Los primeros los resume el Procurador Delegado así:

"Iniciándose la noche del sábado 14 de julio de 1990, en el establecimiento de billares de propiedad del señor Jairo Castaño, ubicado en el perímetro urbano del municipio antioqueño de El Retiro, se presentó una riña entre Alfonso García Arango y Gustavo Antonio Ocampo Arenas y un amigo de éste al parecer de nombre 'Ramón'. Dicho altercado, aparentemente, finalizó cuando los hermanos Juan de Dios y Juan Gregorio Arenas Ocampo mediaron en él, según lo manifestado por este último. Transcurrido un tiempo —desconociéndose con precisión cuanto— después de aquel primer episodio, y cuando Juan de Dios y Juan Gregorio Arenas Ocampo, acompañados de su primo Gustavo Antonio Ocampo Arenas, se dirigían a sus respectivas residencias, fueron sorpresivamente agredidos por Alfonso García Arango quien con repetidos disparos de arma de fuego causó la muerte a Juan de Dios y lesiones personales a Juan Gregorio y Gustavo Antonio. Este último provisto de una peinilla, alcanzó a lesionar a García Arango en su antebrazo derecho obligándolo a emprender la huida, siendo capturado posteriormente en el hospital local a donde acudió en busca de atención médica".

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Retiro, Despacho que luego de recibir las primeras declaraciones oyó en indagatoria a Gustavo Ocampo Arenas y Alfonso García Arango, designándoles como defensor para esa diligencia a una persona de "reconocida honorabilidad", por ausencia de abogado.

Practicadas otras diligencias, se resolvió la situación jurídica de los indagados con auto de detención para García Arango y absteniéndose de dictar medida de aseguramiento para Ocampo Arenas.

Por competencia asumió la conducción del proceso el Juzgado Sesenta y Nueve de Instrucción Criminal. Recaudadas otras pruebas, se clausuró la investigación y se procedió a la calificación del mérito del sunario, profiriendo resolución de acusación contra Alfonso García Arango por el homicidio agravado de Juan de Dios Arenas Ocampo y las lesiones personales de Juan Gregorio Arenas Ocampo y Gustavo

Antonio Ocampo Arenas. Respecto del implicado en las lesiones personales del homicida, ordenó reapertura de investigación con el fin de recibir otras declaraciones.

La etapa del juicio fue avocada inicialmente por el Juzgado Primero Superior de Medellín, y luego, de acuerdo con lo señalado en el Decreto 2270 de 1990, remitió el expediente al Juzgado Primero Superior de Rionegro. Agotada la audiencia pública se produjo la sentencia en la cual se tomaron las siguientes determinaciones. Condenó al acusado pero por homicidio simple, en concurso con lesiones personales, fijando la pena de prisión en ciento veintiséis meses; en igual tiempo tasó la interdicción de derechos y funciones públicas. Además, le impuso la obligación de pagar a favor de los herederos del occiso el valor equivalente a quinientos (500) gramos oro por perjuicios materiales y doscientos (200) gramos oro por perjuicios morales, y para el lesionado Juan Gregorio Arenas ciento cincuenta gramos por perjuicios materiales y la misma cantidad por perjuicios morales.

El Tribunal Superior confirmó la sentencia condenatoria con las modificaciones y adiciones ya referidas.

II. La demanda:

La defensora invoca la causal tercera de casación, pues estima que la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad como consecuencia de varias irregularidades que enuncia así: "A) Careció de defensor durante toda la fase instructiva, y aún en la etapa probatoria del juicio, sin que los funcionarios encargados en su momento del proceso, hubiesen cumplido oficiosamente tal falencia; B) Se omitió la práctica de pruebas relacionadas con un incidente previo o los hechos materia de investigación protagonizado por el procesado Alfonso García Arango, y quienes a la postre resultaron también afectados en su integridad física (Juan de Dios Arenas Ocampo, Juan Gregorio Arenas Ocampo, Gustavo Antonio Ocampo Arenas) y uno más de nombre 'Ramón'. Aún en las pruebas practicadas se advierte desinterés del funcionario por indagar sobre el referido incidente que hubiese podido arrojar circunstancias favorables al procesado; C) Se incurrió además en irregularidades que transciende en afectación del derecho de defensa del sentenciado a saber:

"—No se notificó personalmente al procesado detenido la providencia de mayo 7 de 1991, proferida por el Juzgado Primero Superior de Rionegro (fl. 156 vto.) mediante la cual se señalaba el día 14 de mayo como fecha para la celebración de audiencia pública.

"—Se omitió también la notificación personal al procesado detenido, de la providencia de mayo 15 de 1991, emanada del mismo des-

pacho, mediante la cual se aceptaba la renuncia de su defensor, cuya única actuación fue precisamente esa renuncia.

"Esa carencia de defensa y las irregularidades denunciadas, concurren a la estructuración de las causales de nulidad previstas en los numerales 2º y 3º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, cuya fuente superior es el artículo 29 de la Constitución Nacional".

Para desarrollar el primer tema que plantea el cargo, la libelista recuerda que en la diligencia de indagatoria actuó como defensor de oficio un ciudadano honorable que no tenía la calidad de abogado titulado. Analizando el texto de la injurada sostiene que esa asistencia no fue garantía suficiente, pues allí se le formularon preguntas que cualquier profesional del derecho hubiera objetado en ejercicio de la facultad prevista en el inciso 2º del artículo 385 del C. de P. P.

Si bien el artículo 139 del estatuto procesal autoriza nombrar como defensor en la indagatoria a un ciudadano honorable, con posterioridad a ese acto surge para el funcionario el deber de garantizar al procesado el derecho de defensa, con sustitutos como la defensoría pública o la de oficio. En este caso el proceso continuó sin nombrar defensor para García Arango.

Afirma que los dos defensores que designó el acusado antes de la calificación no realizaron ninguna actuación, y durante el término para alegar únicamente presentó un manuscrito el procesado.

Transcribe apartes de la providencia calificatoria, en donde el juez admite que hay vacíos en la investigación, por cuanto no se averiguaron las circunstancias en que se desarrolló el incidente previo al homicidio, ni el relatado en la indagatoria respecto al atropellamiento con una bicicleta. Allí mismo se decreta la práctica de pruebas encaminadas a aclarar esos hechos, dentro de la reapertura de investigación ordenado en favor de Gustavo Antonio Ocampo.

En la etapa probatoria del juicio no hubo intervención del defensor ni del Fiscal, únicamente se recibieron dos declaraciones de las ordenadas de oficio por el Juzgado.

Ya fijada la fecha para audiencia pública, en auto que no se notificó al procesado, el defensor allega un memorial en el cual renuncia al poder en razón a que se desempeña en ese momento como Auditor Especial de la Contraloría Departamental. Posteriormente se evacía la diligencia con intervención de un defensor de oficio, al que la demandante le reconoce la meritaria labor realizada para sacar adelante la causa confiada.

Como síntesis agrega: "Como se puede inferir claramente de la anterior reseña procesal, el ciudadano Alfonso García Arango, en su humilde y precaria condición de procesado carente de recursos econó-

micos y con muy escusa ilustración, debió asumir directamente su propia defensa, sin que el Estado lo garantizara el derecho inalienable de toda persona enfrentada a un proceso penal a gozar de una defensa técnica y real. El Pacto de Nueva York de diciembre 16 de 1966 (art. 14), la Convención de San José de Costa Rica, de noviembre 23 de 1969, acogidos y ratificados por las Leyes 74 y 16 de 1978, respectivamente, así como los artículos 1º del C. de P. P. y 29 de la Constitución, se constituyeron en letra muerta para Alfonso García Arango, quien sólo hasta la audiencia y ya siendo demasiado tarde, pudo tener acceso a un defensor que dijera con las palabras adecuadas lo que él trató de balbucear a través del proceso. Pero ya insistimos, era demasiado tarde para probar y debió afrontar ese momento definitivo con todos los vacíos y todas las falencias que se denunciaron en la resolución acusatoria y que de alguna manera se admiten por los falladores de primera y segunda instancia.

A continuación cita varias decisiones de la Corte que consagran la necesidad de que se garantice el derecho de defensa a través de todo el proceso, lo que permite afirmar que en el caso que nos ocupa se vulneró esa garantía, ya que el acusado careció de defensa técnica durante toda la fase instructiva y el periodo probatorio del juicio.

Para demostrar la incidencia de la violación del derecho de defensa y la inactividad probatoria en las sentencias, transcribe varios párrafos de los fallos de primera y segunda instancia, en los cuales los juzgadores reconocen la existencia de vacíos probatorios pero niegan su trascendencia en los resultados del proceso. Anota la defensora, que si hubiera tenido mayor interés investigativo respecto de los móviles y circunstancias en que ocurrieron los incidentes previos, por lo menos se hubiera reconocido a García Arango atenuantes de la responsabilidad.

En lo atinente a la falta de notificación del auto que fijaba fecha para la celebración de la audiencia y del que aceptaba la renuncia del defensor y ordenaba comunicar tal situación al procesado, la impugnante manifiesta que es probable que esas irregularidades por sí solas no justifiquen una declaratoria de nulidad, por ello las denuncia en el texto de la violación del derecho a la defensa, como una muestra más de desamparo que padeció el procesado.

La petición es que se case la sentencia y se decrete la nulidad de todo lo actuado desde el auto que declaró cerrada la investigación.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Sala casar la sentencia impugnada y en consecuencia decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que clausura la investigación.

Dice que es incomprendible que pese a que durante todo el proceso se haya admitido la existencia de una riña que antecedió al homicidio y las lesiones personales, los jueces no hayan mostrado el más mínimo interés en establecer las causas y circunstancias de dicha riña y la incidencia que tuvo en los resultados subsiguientes. Si por parte de los funcionarios existió una marcada indiferencia investigativa, los defensores de confianza no se quedaron atrás, pues nada hicieron por los intereses de su poderdante y lo dejaron solo en el proceso. Si el expediente llegó a la segunda instancia y aún a casación, fue por la actividad del propio acusado quien se encargó de interponer los recursos.

Agrega que los defensores no solicitaron pruebas, ni los jueces supieron esa actividad omisiva, dejando sin constatar citas mencionadas por el procesado en su indagatoria. Alfonso García careció de una real y efectiva defensa técnica lo cual repercutió negativamente en sus intercisos. En la indagatoria fue asistido por una "persona de reconocida honorabilidad" y permaneció sin defensor durante casi treinta días hábiles, término dentro del cual se recepcionaron cuatro declaraciones, se le dictó auto de detención, se aportaron pruebas documentales se averiguaron sus antecedentes y se dictó un auto decreto la recepción de catorce testimonios, de los cuales se recaudaron siete.

El 31 de agosto de 1990 se posesionó el defensor designado por el acriminado, pero nada hizo durante los diecinueve días que se desempeñó como tal, presentando luego renuncia por no llegar a un acuerdo sobre honorarios. El 25 de septiembre asumió la defensa otro abogado, quien no realizó ninguna actividad propia de sus deberes durante los siete meses y diecinueve días que duró su mandato, periodo en el cual se clausuró la investigación, se calificó el mérito del sumario, se profirió resolución de acusación y se adelantó casi la totalidad del juicio.

De lo anterior, concluye la Delegada, que no exagera al afirmar que el implicado careció de defensor durante todo el proceso, pues si bien contó con dos abogados de confianza, ellos asumieron una actitud totalmente pasiva, "tanto es así que fue García Arango el único que presentó alegato de conclusión una vez cerrada la investigación (fl. 113); fue él quien bajo ese concepto de defensa material intentó, con sus limitaciones, desvirtuar la acusación por medio de dos manuscritos allegados al expediente (fls. 139 y 145), y fue él quien finalmente impugnó las sentencias de primera y segunda instancia".

Como ejemplo evidente de la incuria del abogado señala, que el imputado tuvo derecho a la libertad provisional porque transcurrieron seis meses desde la ejecutoria sin que se hubiera celebrado la audiencia pública, sin embargo su defensor no la solicitó.

De lo sostenido por el procesado en la indagatoria y en los manuscritos que hizo al Juzgado, la mayoría no se constató, es así que no se concretó el motivo y desarrollo de la riña inicial; no se escuchó en declaración a Jairo Castaño, Rodrigo Castaño, Patricia Sánchez, la señora madre de García Arango, José Luis Herrera, Jaime Arturo López Gómez, Antonio Mejía, Manuel Tiberio García y Rodrigo Giraldo personas éstas que son mencionadas en el curso de la investigación y que podían aportar datos no solamente sobre el primer incidente sino también en cuanto al por qué del homicidio y las lesiones personales.

Durante la instrucción siempre se sostuvo que un sujeto de nombre Ramón intervino en el primer problema, sin embargo nunca se hizo nada por identificarlo y oír su declaración. Además resulta extraño que siempre se dijera que los hermanos Arenas Ocampo, especialmente Juan de Dios, no intervinieron en ningún altercado, pese a lo cual, en el acta de levantamiento del cadáver y en el protocolo de necropsia se afirma que el occiso tenía "herida de 2 cms. ocasionada con ACP en tercio medio de brazo izquierdo", aspecto que no fue tenido en cuenta por los jueces.

Coincide el Procurador Delegado con la libelista en la crítica a la forma como se efectuaron los interrogatorios tanto a los procesados como a las declarantes, y censura además la constancia dejada por el Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal (fl. 106 vto.) en el sentido de que el propietario del billar de nombre Jairo Castaño no estaba el día de los hechos, informe respecto del cual se pregunta desde cuándo puede servir de base para que el funcionario se abstenga de recibir una declaración, y también, si el secretario está autorizado para averiguar previamente a la recepción del testimonio, si el testigo conoce o no algo sobre los hechos.

Aunado al desamparo en que dejaron al acusado sus defensores, sobrevino la negligencia de los jueces para adelantar la investigación, quedando los vacíos que ellos mismos admiten en sus providencias, aspectos que bien podrían haber sido recomendados en favor del imputado. "Es así que el estado de ira de que trata el artículo 60 del C. P. que la casacionista ahora pone de relieve y que el juez instructor no descarta, pues así lo dejó entrever en el auto enjuiciatorio, no puede ser desecharado en el proceso y quedó planteado como una posibilidad, la cual terminó en el plano de la hipótesis por la orfandad probatoria, lo que en últimas lesionó los intereses del acusado, no siendo válido, frente a esa evidente carencia de prueba, afirmar de facto, como lo hizo el sentenciador de segundo grado, que quedó "sin vigencia aquello de la ira o intenso dolor".

Sostiene que en este proceso el silencio de los abogados no puede ser tenido como una estrategia técnica de defensa, pues ellos a lo largo del proceso no solicitaron ni siquiera copias del expediente para enterarse de su contenido. El silencio para ser aceptado como táctica

debe ir acompañado del ejercicio responsable de otra actividad tendiente a solidificar dicha táctica "pues de lo contrario la labor del abogado se convertiría en una simple presencia inerme que en nada se compadece con la filosofía y los objetivos de la existencia del defensor".

Finaliza el Ministerio Público diciendo, que el artículo 29 de la Constitución garantiza la defensa en el sumario y el juicio, de modo que cuando en la fase instructiva está ausente esa garantía no puede hablarse de la prosperidad del juicio. Tampoco se puede entender que las falencias en todo el proceso se enmendaron porque el acusado contó con buena defensa en la audiencia pública.

III. Consideraciones de la Sala:

En la demanda en estudio se observa que su autora incurrió en el común error de sustentar la petición de nulidad aduciendo numerosas irregularidades, la mayoría de las cuales carentes de fundamento legal y hasta de lógica, como por ejemplo la que apoya en la falta de notificación del auto que fijó fecha para una audiencia pública que nunca se realizó, o la falta de información de la renuncia al poder presentado por su abogado, sobre lo cual obra constancia de que se envió el oficio número 30 y además, lo ocurrido a continuación no deja duda de que el procesado se enteró y no designó otro defensor concurrendo a la audiencia con el de oficio.

Pero al margen de esos puntos que en lugar de reforzar la argumentación principal le quitan seriedad, es inobjetable que el libelo contiene el planteamiento de un problema importante, como es la presunta falta de defensa técnica, tesis acogida por el Ministerio Público para coadyuvar la petición de que se case la sentencia y se decrete la nulidad del proceso.

Del análisis de ese tema nos ocuparemos a continuación:

Ante la ausencia de un profesional inscrito, Alfonso García fue asistido en indagatoria por un ciudadano honorable que no tenía la condición de abogado, operación permitida por el artículo 139 del estatuto procesal aplicado, de manera que la diligencia por ese aspecto es válida como también por lo relacionado con algunas preguntas, pues si bien es cierto no fueron técnicamente formuladas, también lo es que de ninguna manera afectaron las garantías del indagado, quien por cierto a todas respondió negando.

Pero ocurre que desde el día de la indagatoria —18 de julio de 1990— hasta el 31 de agosto del mismo año, el implicado no tuvo defensor, y el que se posesionó en esta última fecha, renunció al poder el 18 de septiembre siguiente sin haber realizado actuación alguna, aduciendo no haber llegado a un acuerdo sobre honorarios.

El 25 de septiembre se posesionó un nuevo defensor de quien se debe resaltar lo siguiente: No asistió a ninguna diligencia; no solicitó pruebas en el sumario ni en el juicio; no presentó alegato de conclusión; no se notificó de ninguna providencia; y cuando se le informó la fecha para la audiencia pública, entregó un memorial renunciando al poder por estar desempeñando en ese momento el cargo de Auditor Especial de la Contraloría.

Es comprensible que en un proceso el defensor opte por no solicitar pruebas, o resuelva no participar en la práctica de diligencias que no exigen su presencia, pero para que esa actitud pueda ser calificada como una estrategia defensiva, deben existir elementos de juicio que permitan esa inferencia. En el caso que nos ocupa y dentro de una interpretación lógica, es imposible llegar a semejante conclusión pues sería absurdo calificar de "estrategia" la absoluta inactividad del abogado, quien llegó hasta el extremo de entrar a ocupar un cargo público abandonando por completo sus deberes profesionales y dejando a su poderdante sólo a su suerte. Tal sería la forma como se desentendió del proceso, que únicamente cuando se le comunicó la fecha de la audiencia se acordó de renunciar al poder.

No puede decirse que la claridad que arrojaban los hechos limitaba la actividad de la defensa, ya que como lo destaca la impugnante, son precisamente los juzgadores de primera y segunda instancia quienes reconocen la deficiente actividad probatoria. El Juez de Instrucción dice en el auto calificadorio:

"Claro está, mucho aún es lo que hay por ahondar en la investigación si tenemos en cuenta que la misma adolece de serios vacíos, que aun cuando no afectan de nulidad el material probatorio compilado si pueden en un futuro incidir en la calificación de la conducta que en contra de García Arango se ha de proferir. Tal es el caso del enfrentamiento anterior a los hechos de sangre protagonizado por el aludido sindicado con otras personas, al parecer con el cosindicado Ocampo Arenas, en cuyo esclarecimiento y circunstancias en que tuvo desarrollo ningún esfuerzo gastó el Juzgado instructor por establecer. Y lo propio aconteció con el incidente referido por el mismo acriminado en su diligencia de indagatoria, relacionado con el atropello de la bicicleta y posterior desafío por parte de uno de los hermanos Arenas Ocampo. Y es que en verdad que el total esclarecimiento de estos hechos constituye un factor basilar para la calificación, en especial el acontecido poco antes de la muerte de Juan de Dios y el lesionamiento de sus dos consanguíneos restantes, como quiera que bien pudo a la postre inferirse de ellos alguna circunstancia atenuante de responsabilidad, verbo gracia (sic), un estado de ira. En todo caso, se repite, tal situación no incide en la calificación que en este momento se profiere".

El Juez Primero Superior afirma en la sentencia:

"Ahora bien, no por el hecho de que en la encuesta subsisten algunos vacíos probatorios en relación con los antecedentes que en últimas desataron aquel trágico acontecer, como se consignó en el auto de calificación del sumario miradas las versiones de los dos inicialmente protagonistas de la reyerta, Gustavo Antonio, su amigo 'Ramón' y Alfonso García Arango, tal situación se torna en campo abonado para que esas ilicitudes queden en la más completa impunidad".

Y el Tribunal al referirse a las pruebas en el fallo de segundo grado dice (fl. 191).

"Frente a la polémica propuesta por el procesado en su escrito de apelación y sustentación, ha de probatorio en forma detenida y desprevenida, la razón estuvo siempre de parte del juez de primera instancia, muy a pesar de que ciertamente no se fue diligente en el recaudo de las pruebas, ni en la etapa sumaria, ni en la del juicio, pero a decir verdad, la recollectada es escasa en cantidad pero robusta en calidad, pues que con ella se han satisfecho, en sentir de este Cuerpo Colegiado, los presupuestos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, para mantener en firme la medida dictada por el Despacho fallador, de sentencia condenatoria, en contra de los intereses del señor Alfonso García Arango y por los hechos punibles, cometidos en concurso, que le fueran deducidos a lo largo y ancho de la averiguación en sus dos fases".

En realidad era forzoso reconocer que la labor investigativa fue en alto grado deficiente, pues no hay duda de que se resolvió el proceso como si el único hecho existente hubiera sido aquel en el cual se produjeron el homicidio y las lesiones, olvidando que era necesario clarificar los incidentes anteriores, o por lo menos hacer lo posible por lograrlo, para producir una decisión realmente justa.

Con razón el Ministerio Público relaciona como declaraciones no recepcionadas las de Jairo Castaño, Rodrigo Castaño, Patricia Sánchez, José Luis Herrera, Jaime Arturo López Gómez, Antonio Mejía, Manuel Tiberio García y Rodrigo Giraldo, "personas todas éstas que son citadas en el curso de la investigación y que ciertamente podían suministrar datos no sólo de las circunstancias que rodearon a la inicial riña sino también el por qué o el motivo del homicidio y las lesiones personales, confirmando o desvirtuando así las afirmaciones del procesado".

Tampoco se hizo esfuerzo alguno para identificar al sujeto de nombre "Ramón" que intervino en el incidente inicial y cuya declaración

era de suma importancia. De otra parte, no obstante que en la necropsia de Juan de Dios Arenas dice que se halló herida de dos centímetros ocasionada con arma cortopunzante en tercio medio del brazo izquierdo, se concluyó que él no intervino en el primer altercado sin hacer una averiguación más detallada sobre ese hecho.

3º No sería de recibo que se pretendiera justificar la falta de defensa con el argumento de que el acusado desde la indagatoria negó haber sido el autor de los disparos, pues ello podría ser una explicación de por qué su abogado no solicitó pruebas, pero no es motivo para justificar que no alegara de conclusión, ni participara en ninguna diligencia.

Es más, el hecho mismo de que el acusado se empeñara en negar sin tener en cuenta que las pruebas de cargo eran en todo sentido contundentes, es un elemento de juicio que contribuye a confirmar la carencia absoluta de asesoría profesional, pues esa actitud era evidentemente perjudicial para sus intereses, ya que al no aceptar su intervención en los hechos se estaba privando de alternativas de defensa con mayor probabilidad de éxito.

4º Es verdad que hay abogados mucho más diligentes y de mayor iniciativa que otros; también es cierto que existen diversas maneras de orientar la estrategia defensiva, así como que en algunos casos los profesionales incurren en errores tácticos que afectan los intereses de sus clientes, eventualidades estas que no tienen por qué conducir a la nulidad del proceso.

Sin embargo, lo que se observa en el asunto que ocupa la atención de la Sala es un caso distinto, pues el balance que se obtiene del estudio del expediente nos muestra a una persona de muy escasa cultura, sin recursos económicos, en una localidad en la que no hay abogados inscritos, que logra designar un defensor que no hace absolutamente nada para merecer ese nombre, y en cambio sí aporta abundante información que demuestra que su figuración fue puramente nominal.

El principio consistente en que no puede invocar la nulidad quien haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular no tiene efecto cuando se trata de la falta de defensa técnica, así lo ha entendido la doctrina, y lo ha aplicado esta Sala en decisiones anteriores en que ha declarado nulidades por negligencia en el cumplimiento de la misión. A este respecto es oportuna la cita que trae la demanda de una providencia de febrero 3 de 1981, con ponencia del doctor Fabio Calderón Botero, en donde analizando el derecho de defensa dice:

... También se quebranta cuando de manera absoluta falla la defensa formal o técnica porque el apodeardo o el defensor, por manifiesta incapacidad o por incicia, se limita

a ser un pasivo protagonista del trámite procesal o un simple espectador de la suerte del procesado".

El numeral 3º del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal convirtió en norma legal este principio, incorporando el siguiente texto:

"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".

Pero si la falta de defensa técnica da lugar a nulidad, es obvio que en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, en donde en la mayoría del proceso "figuró como defensor" el abogado Libardo Osorio Hoyos, se hace necesario compulsar copias dirigidas a la autoridad competente para la investigación disciplinaria, ya que el incumplimiento de su deberes profesionales no tiene en el expediente ninguna explicación.

5º Otro aspecto que es importante precisar, consiste en que la Sala no desconoce que el defensor de oficio nombrado para la audiencia pública alegó ausencia de prueba para condenar, pero de ahí no puede deducirse que haya sido una estrategia defensiva no solicitar pruebas durante todo el proceso, pues de una parte, él no actuó sino en esa diligencia, y de otra, su intervención empezó cuando ya no había oportunidad probatoria, de manera que no le quedaba camino distinto a procurar cumplir su misión con lo que encontró en el expediente, lo cual lo obligaba a hacer un planteamiento que prácticamente no tenía ninguna posibilidad de éxito, ya que los elementos de juicio sobre la autoría son concluyentes.

Es lamentable que estos casos ocurran en el juzgamiento de hechos tan graves como el investigado, pero la violación de una garantía constitucional tan importante como el derecho de defensa, cuyo respeto y preservación debe ser una preocupación permanente de los jueces en bien del estado de derecho, no puede ser admitida so pretexto de lograr mantener incólume un determinado proceso.

El cargo prospera, en consecuencia se declarará la nulidad de lo actuado a partir del auto que cerró la investigación. Como el acriminado lleva privado de su libertad más de ciento veinte días y la actuación queda en la etapa sumarial, procede concederle la libertad provisional en aplicación del numeral 4º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, previa diligencia de compromiso sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 419 *ibidem* y constitución de una caución a órdenes de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín y Antioquia por valor de cien mil pesos (\$ 100.000), suma que se fija teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la capacidad económica del acusado.

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 la sentencia recurrida.*

Segundo: *Decretar la nulidad* del proceso a partir del auto que ordena el cierre de la investigación inclusive.

Tercero: *Decretar la libertad provisional* de Alfonso García Arango, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la motivación.

Cuarto: Expedir las copias ordenadas para la investigación disciplinaria del abogado Libardo Osorio Hoyos.

Quinto: Para el cumplimiento del trámite de la libertad ordenada se comisiona al señor Juez Primero Penal del Circuito de Ibagué, Despacho que deberá recibir el título de la caución, suscribir la diligencia de compromiso y expedir la boleta de libertad siempre que no esté requerido por otra autoridad.

Cópíese, notifíquese, cumplase y devuélvase al Tribunal de origen para que lo remita a la Unidad de Fiscalía competente.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, con salvamento de voto; Edgar Saavedra Rojas, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

NOTIFICACION (SALVAMENTO DE VOTO) / DERECHO DE DEFENSA (SALVAMENTO DE VOTO)

Forma agudo contraste el que cada día la legislación procedural deja librada a la responsabilidad del abogado su gestión y de ahí que no sea necesario notificarle personalmente proveídos de vital importancia, con la práctica jurisprudencial que afina anulaciones en el hecho de no haber actuado, no haber estado presente, no haber alegado, no haber solicitado pruebas, no haber recurrido, etc. Prefiero entonces, en circunstancias tales respetar lo hecho, o lo no hecho, por el profesional escogido, y mirar la actuado como respuesta adecuada a las garantías de defensa que dispensa el procedimiento penal.

Estoy muy distante de la forma como la mayoría de la Sala interpreta el derecho de defensa, pues no dejo de advertir en la decisión asumida ciertas inquietantes ideas, no sólo en cuanto a lo que debe ser el desarrollo del mencionado principio, sino en contraste con recientes resoluciones.

En este punto, nos seguimos moviendo de manera dificultada. Forma agudo contraste el que cada dia la legislación procedural deja librada a la responsabilidad del abogado su gestión y de ahí que no sea necesario notificarle personalmente proveídos de vital importancia, con la práctica jurisprudencial que afina anulaciones en el hecho de no haber actuado, no haber estado presente, no haber alegado, no haber solicitado pruebas, no haber recurrido, etc... También que, cuando el abogado pretende la práctica de alguna diligencia, la petición puede merecer el rechazo por inconducente, por importinente, sin que la renovación de alegato sobre su exclusión convenga a la casación para variar ese criterio. Pero, si al respecto, no se ha cursado una solicitud, la pretensión ante la Corte corre mejor suerte porque ahora ya si se magnifica su importancia y trascendencia, cuando debiera someterse la pretensión a igual criterio para deducir su ninguna esencialidad. Igualmente cabe destacar que cuando el abogado está atento al desarrollo del proceso, su silencio e inactividad, se suele interpretar como táctica propia (peculiaridades) de la defensa. Pero si deja incóluemes, como ocurre en el caso en estudio, las deficiencias de la instrucción, confesadas por los funcionarios de conocimiento o de juzgamiento, ya no se comprende esta posición como lo que es, o sea,

evidente ejercicio de una modalidad de defensa, en la cual se guarda para lo último el arsenal del análisis y se explota lo favorable del proceso al enjuiciado. Ahora, si el abogado alega su propia inatención, descuidó, ligereza, omisión, se le responde con que no es dable invocar la propia torpeza; pero si, por ejemplo, cambia de togado para la casación y éste recuerda esta situación, entonces ya se encuentra terreno abonado para aceptar el raciocinio. Total, resulta menos que imposible encontrar un hilo orientador en esta clase de asuntos y advertir una pauta segura que aleje lo coyuntural y aleatorio de la interpretación. Siempre he creído que algo se atina en situación tal, cuando se justiprecia la realidad procesal y se llega a vislumbrar que el defensor quiso beneficiarse y beneficiar al procesado con las falencias del instructor o con los desaciertos del juzgamiento. Y mucho agrega a esto, cuando se advierte que la asistencia no se encomendó a un abogado de oficio sino a uno de confianza. Prefiero, entonces, en circunstancias tales respetar lo hecho, o lo no hecho, por el profesional escogido, y mirar lo actuado como respuesta adecuada a las garantías de defensa que dispensa el procedimiento penal.

Porque de no, el silencio, la reticencia, la omisión, etc., conscientes, cobrarán más estímulo y será la constante de los procesos, ya que al autor de conducta tal se le acrecentarán las oportunidades de indepida ventaja: Lograr el beneficio de sus intereses por la deficiencia de la investigación, consiguiendo una absolución o una posición atenuada, o, en caso de condena, alegar en casación un defecto de defensa, para obtener la retracción del proceso cuando ya éste no tiene oportunidad de recoger pruebas, o aparecen deterioradas o manipuladas, o ya no merecen la credibilidad inicial.

En el fondo, lo que se quiere ya no es tanto que los hechos surjan establecidos por acción del cuidado puesto por quien dirige y tiene esta primordial obligación, sino por lo que aporte o solicite la defensa. Así como están las cosas en la interpretación de estos fenómenos, mejor sería introducir un artículo que obligase al juez, en un determinado momento de la instrucción, a incitar, reclamar o conmover la actuación del defensor, para que éste no pueda tan impunemente alegar esta falta u omisión de actividad.

Hace poco, y yo estimé que el punto estaba en esta posición, dijo la Sala: "No se puede desconocer la real participación del defensor, para decir que ésta no se dio o se produjo de manera reprochable, porque otras habían podido ser y con mejor éxito, las actividades a desarrollar para el objetivo de la defensa, pues la garantía no llega hasta el extremo de comprender también su acertado ejercicio, ya que los abogados pueden cometer errores o incurrir en omisiones que afecten los intereses de sus poderantes, sin que por ello pueda afirmarse válidamente que se ha violado algún derecho procesal. Una cosa es que a juicio de un defensor se hubiera podido hacer una intervención más activa en algunas diligencias y presentando más peticiones

de las que realizó su antecesor, o que no se comporta la estrategia asumida por éste y otra que no haya existido defensa técnica.

"Coincide la Sala con la apreciación del Procurador en cuanto a que el proceder de defensor respondió a una particular manera de ejercer el derecho de defensa, pues aprovechando lo que en su criterio constitúa una deficiencia probatoria, en la audiencia pública de juzgamiento alegó como fundamento central de su solicitud de absolución, la carencia de pruebas necesarias para la sentencia condenatoria, opción válida dentro del ejercicio de la profesión de abogado, que no produjo los resultados esperados ante la cuidadosa labor del sentenciador, que analizando profundamente los diversos medios de convicción allegados a los autos, concluyó en la por encontrar demostrados suficientemente los requisitos exigidos.

"Pero así se tomara la defensa ejercida como discutible por existir otras posibilidades para concretarla, tampoco por esto devendría la nulidad del trámite con base en la alegación. Tiene razón la Delegada cuando dice que si bien las pruebas extrañadas por el defensor en la audiencia pública, 'habían podido ser practicadas a petición suya y seguramente con resultados precisos —que no por ello determinantes necesariamente de un contenido diferente de la sentencia—, tal situación no revela en modo alguno ausencia total de técnica, pues tan válido es afirmar ahora este postulado, como sostener que tal estrategia defensiva fue justamente esa: Procurar que la actuación estuviera desprovista de pruebas para asegurar o al menos perseguir una absolución sobre la base del principio universal del *in dubio pro reo*' —Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel, mayo 4 de 1993—".

Sucintamente, en el caso debatido encuentro que el procesado tuvo defensor de confianza como ahora lo tiene en la casación, lo cual representaba una situación de eficacia para sacar el mejor provecho de su compromiso con la justicia. No es el caso, pues, de persona abandonada a la suerte de un defensor de oficio, sino de alguien que confió en quien debía confiar, al que debió llamar para que le informase de cómo estaba la averiguación y lo que podía esperar de ésta, y que seguramente le debió decir por qué no se esmeraba en pedir pruebas, en interponer recursos, o sea, porque el instructor reconocía la complejidad del caso, la deficiencia de lo investigado, los vacíos no remediados, todo lo cual se debía aprovechar al final, como en efecto se alegó prolíjamente en la audiencia, en donde se tuvo un dinámico defensor que exploró y aprovechó todas las posibilidades.

Al escrito de folio 158, en el cual el abogado Libardo Osorio Hoyos renuncia al poder por encontrarse desempeñando una Auditoría Especial en la Contraloría Departamental, se le da un efecto y significación que no puede representar, esto es, que desde su posesión como defensor pasó a ser empleado público. Y esto se afirma sobre los siguientes datos:

El 18 de julio de 1990, García Arango rinde indagatoria. El 28 de agosto, se decretan numerosas diligencias —fl. 84—. El 31 de agosto, García designa como su apoderado al doctor Germán Agudelo A., quien como tal figura por espacio de unos dieciocho días. El 24 y 25 de septiembre, el doctor Libardo Osorio Hoyos recibe poder y se poseciona —fls. 108 y 110—. El enjuiciamiento lleva fecha de octubre 31 de 1990 —fls. 115 y ss.—, en el cual se afirma que “claro está mucho aún es lo que hay por ahondar en la investigación si tenemos en cuenta que la misma adolece de scrios vacíos” y se señalan varias diligencias, que se decretan en el juicio —enero 15 de 1991, fl. 140—. En auto de enero 24 de 1991, se niega la libertad de García y la providencia se notifica al abogado Osorio Hoyos —enero 25, fl. 143 vto.—.

Esto indica a las claras, que el doctor Osorio Hoyos, hasta esta última fecha estuvo durante cuatro meses en plena capacidad de actuar y que conoció la resolución acusatoria, el resultado de las pruebas decretadas, debiéndose elegir, fundadamente, que sabía de las deficiencias procesales favorables a la defensa de su patrocinado, así se dieran declaraciones como las de Carlos Agudelo Villegas —fls. 60 y ss.— demostrativas del afán de García por armarse innecesariamente y de buscar, también innecesariamente, a quienes hizo objeto de su ataque, así fueran siguiéndoles, como se desprende del testimonio de Marta Ligia Gil —fl. 11—, posición lógicamente aceptable como plan defensivo, en el cual era mejor dejar las oscuridades y huir de todo amago de dilucidación, para acentuar los defectos y acrecentar las vacilaciones.

Luego viene su renuncia y la sustitución, como abogado de oficio, por parte del doctor Abel J. Ramírez, quien dispuso desde el 18 de junio hasta el 9 de agosto, para preparar la audiencia, en la cual, ciertamente, se desempeñó eficazmente, explotando los vacíos, incertidumbre y dudas de esta averiguación.

Esto, para mí, aparta intensamente la deducción de un abandono profesional y de una orfandad absoluta del procesado, quien durante buen tiempo y en singulares condiciones de oportunidad, contó con un abogado de confianza que resulta creíble entender la situación probatoria, debió ser requerido por su poderdante por el estado de su proceso y también produjo informaciones al respecto.

De otro lado tengo que apuntar, para finalizar, lo siguiente:

No parece poca eficacia del derecho de defensa el que se retrotraiga el proceso a la etapa anterior a la calificación, en donde sólo se alegará, vitalmente, lo que esta misma reconoce: Las deficiencias probatorias. Y tampoco encuentro razonable la trascendencia de las pruebas invocadas por el recurrente en casación, porque el incidente de la bicicleta, no pudo ser más balsámico (ver lo que dice de éste el procesado —fls. 22 vto. y 23—), como también trasunta rebajada condición lo sucedido el día de los hechos varias horas antes, en la casa

de juegos de azar de Jairo Castaño, pues Gustavo A. Ocampo (fl. 19) le restó significación ("un incidente pequeño temprano ese día") y el procesado ni lo rememoró como aspecto meritorio. Simplemente, en autos se trata de esas rencillas dc campesinos, que por capricho, por orgullo mal entendido y supremacias de vanidosos, meramente circunstanciales, se forman en nuestros villorrios y que suelen dirimirse injustamente con el empleo de la fuerza, en el caso a estudio, acudiendo a un sorpresivo ataque, según la completa versión que de los hechos hace la ya citada Marta Ligia Gil, ante lo cual decrece toda consideración sobre la reacción que pudieron tener los ofendidos en ese instante de agresión mortal, pues ello no constituye al ofensor en protagonista justificado.

Estas las razones para apartarme de la conclusión de la Sala, que he escuchado con toda atención, pero que no comparto en lo más mínimo.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Veldsquez.

DERECHO DE DEFENSA / DEMANDA DE CASACION / INDEMNIZACION

1. Es verdad que la Constitución Nacional y la ley procesal garantizan el pleno ejercicio de la defensa material y técnica de los acusados en las dos etapas del proceso y de manera especial en el juicio, prohibiendo que un solo defensor asuma la representación de personas con intereses encontrados, porque forzosamente alguna de ellas quedaría abandonada y sin la asistencia técnica debida quebrantándose en esta forma el derecho a su defensa. / 2. La impugnación, como viene observándose con preocupación en las demandas introducidas últimamente, se limita a una apreciación personal del impugnante respecto a la forma como debieron ser valorados determinados medios de persuasión, enfrentada a la valoración crítica y razonada realizada por el Tribunal Superior, sin que de tal confrontación se evidencie la existencia de manifiestos u ostensibles errores de apreciación probatoria de naturaleza trascendente. / 3. El juzgador en ningún caso podrá sustraerse al deber legal de señalar el monto de los perjuicios individuales o colectivos ocasionados por el hecho punible, cuando declara la responsabilidad penal del procesado.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 46 (18 de mayo de 1993).

Vistos:

El Tribunal Superior de Cundinamarca mediante sentencia de 28 de noviembre de 1991 reformó la dictada por el Juzgado Único Superior de Facatativá condenando a *José Mesías Cifuentes Ortiz* a la pena principal de cuarenta meses de prisión, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago de la suma de quinientos mil pesos como daño

emergente y el equivalente a setecientos gramos oro por concepto de lucro cesante y perjuicios morales; como responsable del delito de homicidio en Leovicelido Cifuentes; fallo recurrido en casación por su defensor.

La misma providencia confirmó la absolución decretada en favor del procesado Angel Alirio Cifuentes Ortiz.

Hechos:

Leovicelido Cifuentes y su tío José Mesías Cifuentes Ortiz mantenían enconada enemistad por cuestiones de herencia y en tales condiciones la tarde del 5 de mayo de 1990 se encontraron en una cantina de la población de Vergara (Cundinamarca); oportunidad en la que aquél desenfundó su revólver y lo accionó contra éste, sin que le diera fuego profiriendo amenazas de muerte.

José Mesías se dirigió a casa de su progenitora donde se armó de revólver y salió a la calle encontrándose de nuevo con Leovicelido seguido de cerca por Angel Alirio Cifuentes Ortiz con quien había departido en la cantina, disparando contra su sobrino en confusas circunstancias produciéndole la muerte.

Actuación procesal:

El Juzgado Promiscuo Municipal de Vergara inició la investigación vinculando a ella mediante indagatoria a los hermanos José Mesías y Angel Alirio Cifuentes Ortiz, el primero de los cuales manifestó haber desenfundado su revólver porque Leovicelido le hizo dos disparos; pero como el arma no le diera más fuego se abalanzó a quitarle su revólver suscitándose un forcejeo en desarrollo del cual éste se disparó; es decir, que la muerte se produjo en forma accidental y el segundo, negó su participación en los hechos limitándose a reseñar el comportamiento pendenciero de la víctima momentos antes de su deceso.

Definida la situación jurídica de los sindicados con medida de aseguramiento de detención preventiva, cuya revocación fue pedida por su defensor siendo negada por el funcionario instructor y allegada al informativo abundante prueba testimonial, el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Facatativá por auto de 3 de agosto 1990 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra los hermanos Cifuentes Ortiz como coautores de homicidio agravado por las circunstancias contempladas en los ordinarios 1º y 4º del artículo 324 del Código Penal; pronunciamiento apelado por el defensor de ambos procesados y reformado por el Tribunal Superior de Cundinamarca en el sentido de mantener el enjuiciamiento pero por homicidio voluntario reconociendo que José Mesías obró en estado de ira o intenso dolor, causado por comportamiento grave e injusto de la víctima (art. 60 del C. P.).

A petición de la defensa fue oido en ampliación de indagatoria el sindicado José Mesías Cifuentes, oportunidad en la que se retractó de lo dicho en su primera versión en razón de haber sido mal aconsejado por su abogado aclarando que se vio obligado a dispararle al occiso para defender su vida de una grave e injusta agresión, siendo ésta la verdad de lo ocurrido.

Celebrada audiencia pública el Juzgado Unico Superior de Facatativá puso fin a la instancia con sentencia de 30 de agosto de 1991 por la que absolió a Angel Alirio Cifuentes de los cargos formulados en su contra y condenó a su hermano José Mesías a la pena principal de cinco años de prisión, a las accesorias de rigor y al pago en concreto de la suma de veintitrés millones de pesos en que fueron estimados los perjuicios causados; fallo apelado por su defensor y confirmado por el Tribunal Superior de Cundinamarca con las modificaciones anotadas, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demandas de casación:

El demandante, luego de resumir los hechos y la actuación procesal criticando la forma como el Tribunal Superior valoró el acervo probatorio para penalizar a su representado, se acoge a las causales tercera y primera de casación del artículo 226 del anterior Código de Procedimiento Penal, con apoyo en las cuales formula los siguientes cargos a la sentencia impugnada.

Primero: Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad por incompatibilidad de la defensa de los procesados José Mesías y Angel Alirio Cifuentes Ortiz durante el sumario, toda vez que estuvieron representados por el mismo profesional del derecho no obstante que, de acuerdo a la prueba de cargo obrante en autos y a las explicaciones vertidas por los sindicados surgió "un enfrentamiento de intereses defensivos, que limitaba y excluía la uniformidad de un solo defensor, por cuanto si defendía a uno, indudablemente perjudicaba al otro, o guardando esa pasividad, los perjudicaba a ambos" con lo que se quebrantó el artículo 134 del C. de P. P. (hoy 143 de la nueva codificación) que prohíbe al defensor la representación de intereses contrapuestos.

Segundo: Violación indirecta del artículo 323 del C. P., por aplicación indebida, proveniente de la errada apreciación de la prueba testimonial y técnica de los expertos en balística del DAS conforme a la cual resulta demostrado que la conducta de José Mesías encaja dentro de las causales de justificación del hecho por haber obrado en legítima defensa de su vida (art. 29-4 *ibidem*).

Refiriéndose a los testimonios rendidos por Jorge Vidal Triana, Marco Túlio Suárez y Reinaldo Quintana; la "versión" de los técnicos del DAS que participaron en diligencia de inspección judicial y re-

construcción de los hechos y a las explicaciones dadas por el procesado recurrente en ampliación de indagatoria concluye que "el dia de los hechos la vida de José Mesías Cifuentes, estuvo en inminente peligro, que éste disparó su arma para repeler el ataque que le ofrecía Leoviceldo Cifuentes. No se puede exigir a José Mesías Cifuentes desplegar una conducta distinta. Para salvar su vida tenía que cortar la vida de su injusto agresor".

Si a lo anterior se suma un primer encuentro de los protagonistas en la cantina de Elisa de Méndez, lugar en el que Leoviceldo rastilló su revólver contra la humanidad de José Mesías sin darle fuego y luego lo amenazó de muerte en presencia de varios testigos infiérese que aquél era enemigo capital de su asistido.

Critica la actitud del Tribunal por no haberle asignado a dichas pruebas el valor exculpatorio que contienen..

Tercero: Violación directa del artículo 41 del anterior C. de P. P. e indirecta de los artículos 103 y 104 del C. P., por haberse condenado al procesado recurrente al pago en concreto de los perjuicios materiales y morales en cuantía de veintitres millones de pesos sin aparecer demostrado qué persona o personas naturales pudieron resultar perjudicadas con la muerte de Leoviceldo Cifuentes preguntándose quién pudo haber sufrido daño y a quién se le deben pagar los perjuicios decretados.

Termina solicitando casar la sentencia recurrida.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia acusada porque ninguno de los cargos contenidos en la demanda puede prosperar pues en lo tocante con la nulidad alegada no precisó el libelista cuál de dichas causales se dio, limitándose a señalar como violado el artículo 134 del anterior C. de P. P., sin demostrar la incompatibilidad de la defensa por la presencia de intereses encontrados que dificultaran o limitaran su adecuada representación.

"Quizá el punto de apoyo del censor —agrega— radicó en el hecho de no haber tenido finalmente la misma suerte los procesados, pues mientras Angel Alirio Cifuentes fue absuelto, sobre su prójimo José Mesías Cifuentes recayó sentencia condenatoria suceso normal en cualquier decisión judicial que para nada rompe la unilateralidad de la defensa. El hecho que el nuevo apoderado —hoy censor— destaque la abismal diferencia entre la primera injurada en la que el procesado subsumió su conducta en una circunstancia 'accidental' en tanto que para su ampliación, la encajara en lo prescrito por el artículo 20 numeral 4 del Código Penal, no

implica necesariamente que por ello la asistencia del primer abogado haga incompatible y menos excluyente la defensa con respecto a la del otro sindicado; pudieran ser más bien estrategias defensivas enfrentadas".

Refiriéndose al segundo cargo expresa que arrojóce de insubsanables fallas de orden técnico en su presentación y desarrollo porque habiéndose acogido el impugnante a la violación indirecta de la ley de que trataba el artículo 226 de la anterior codificación procesamental penal (Decreto 850 de 1987) debió precisar y demostrar si la errónea apreciación de los testimonios citados y del informe técnico de balística se produjo por un error de hecho o de derecho manifiesto y trascendente y en cuanto al último cargo afirma que presenta las mismas falencias de orden técnico a más de encontrarse mal planteado por aludir a la titularidad de la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios causados con el delito, aspecto que nada tiene que ver con la obligación impuesta al juez en el sentido de condenar en concreto al pago de dichos perjuicios haya constituido o no parte civil (art. 187 del anterior C. de P. P.).

Consideraciones de la Corte:

Primer cargo: La nulidad alegada carece de fundamento en el proceso porque el demandante se limita a señalar, en abstracto, la incompatibilidad de la defensa como motivo invalidante del juicio sin particularizar de qué manera pudieron ser vulnerados o limitados los derechos inalienables de los sindicados, ni precisar cuáles fueron los intereses encontrados o incompatibles que impedían el ejercicio común de una cabal y efectiva defensa.

Ningún obstáculo jurídico encontró el defensor de los hermanos Cifuentes Ortiz para abogar en su defensa durante el sumario pues basado en las explicaciones dadas por ellos en sus indagatorias y en la variada y aburrida prueba testimonial pidió la revocación de la medida de aseguramiento que pesaba contra Ángel Alirio; presentó alegato precalificadorio solicitando cesación de procedimiento en favor de los dos incriminados y apeló de la resolución de acusación profirida en su contra, manteniendo inalterable en sus alegaciones la misma posición dialéctica y siguiendo la misma estrategia defensiva, esto es, la ajeniedad en el hecho punible por parte de Ángel Alirio y la justificación del mismo, prodigable de la conducta de José Mesías por haber obrado en legítima defensa de su vida.

De manera que si la existencia de intereses encontrados que limitaran o dificultaran la defensa de los procesados, o de uno de ellos, no se vislumbra por ninguna parte y no pasa de ser una especulación del demandante, la supuesta incompatibilidad aducida como nulidad resulta fallida no pudiendo afirmarse válidamente que para defender a uno de ellos tuvo que perjudicar al otro.

Es verdad que la Constitución Nacional y la ley procesal, garantizan el pleno ejercicio de la defensa material y técnica de los acusados en las dos etapas del proceso y de manera especial en el juicio, prohibiendo que un solo defensor asuma la representación de personas con intereses encontrados, porque forzosamente alguna de ellas quedaría abandonada y sin la asistencia técnica debida, quebrantándose en esta forma el derecho a su defensa.

Pero como ya se anotó, esa no es la situación que se presenta en el caso objeto de juzgamiento, en donde no existió enfrentamiento en la posición adoptada en el curso del proceso por los dos hermanos Cifuentes, de donde se desprende que perfectamente un solo abogado podía asumir su representación de defensa como sucedió en la etapa del juicio.

Ejecutoriada en el presente caso la resolución acusatoria, los hermanos acusados designaron sendos defensores con los cuales se adelantó el juicio hasta su terminación.

No prospera el cargo formulado.

Segundo cargo: Pese a que la identificación del error probatorio endilgado al juzgador (de hecho o de derecho) desapareció como exigencia de la causal primera de casación de acuerdo a las previsiones del Estatuto Procedimental Penal vigente (art. 220 del Decreto 2700 de 1991), normatividad aplicable al caso por razones de favorabilidad; ello en mancha alguna releva al recurrente de la obligación de comprobar el error mismo por omisión, suposición o tergiversación de la prueba o del hecho por ella revelado, o por haberse apreciado sin las formalidades exigidas para su aducción, lo mismo que la incidencia definitiva del error en las conclusiones de la sentencia trocando una absolución en condena, o viceversa, o mitigando los rigores de la sanción. De lo contrario, la demanda se convertiría en un insustancial alegato de instancia.

No cabe duda que en el presente caso el demandante señaló como pruebas dejadas de apreciar por el fallador ciertos testimonios según los cuales da por estructurada la legítima defensa de su patrocinado; sin embargo, no cuestionó para nada las declaraciones rendidas por los hermanos del occiso Ana Emilia, Blanca Aurora y Serafín Arias Cifuentes ni los resultados de la diligencia de necropsia según la cual el cadáver presentaba cuatro orificios de entrada de proyectil de arma de fuego: Uno en el hombro, dos en la espalda y uno en el brazo; pruebas a las que los sentenciadores les asignaron significativo valor demostrativo para descartar las hipótesis del caso fortuito y la legítima defensa esgrimidas a lo largo del proceso como causales de inculpabilidad o de justificación del hecho punible.

De modo pues, que si dichas probanzas tenidas como soporte de la sentencia acusada desde el momento mismo de proferirse resolución

de acusación contra José Mesías Cifuentes Ortiz no fueron controvertidas ni menos desvirtuadas en sus alcances inculpatorios mal puede reclamarse de la Corte una decisión radicalmente opuesta a la del Tribunal Superior cuando éste abundó en consideraciones de todo orden y su fallo viene precedido de la presunción de acierto y legalidad.

La impugnación, como viene observándose con preocupación en las demandas introducidas últimamente, se limita a una apreciación personal del impugnante respecto a la forma como debieron ser valorados determinados medios de persuasión, enfrentada a la valoración crítica y razonada realizada por el Tribunal Superior, sin que de tal confrontación se evidencie la existencia de manifiestos u ostensibles errores de apreciación probatoria de naturaleza trascendente.

No prospera el cargo formulado.

Tercer cargo: Tampoco este reproche puede fructificar porque, como bien anota la Procuraduría Delegada, el juzgador en ningún caso podrá sustraerse al deber legal de señalar el monto de los perjuicios individuales o colectivos ocasionados por el hecho punible, cuando declara la responsabilidad penal del procesado (arts. 56 del C. de P. P. vigente concordante con el 187 de la anterior codificación).

La determinación de la persona natural o jurídica perjudicada con el delito es cuestión que tiene que ver con la titularidad de la acción indemnizatoria dentro del proceso penal y no con la concreción del valor de los perjuicios, como ya se dijo.

El no haberse constituido parte civil dentro del proceso no impedía la condenación del penalmente responsable al pago en concreto de los perjuicios causados con la muerte violenta de Leoviceldo Cifuentes; condenación que se debe entender hecha en favor de su compañera de vida marital y de sus hijas, o de quienes acrediten haber sufrido perjuicio o menoscabo patrimonial con el delito perpetrado.

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 del procesado José Mesías Cifuentes Ortiz de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópíose, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Suárez Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / PROVIDENCIA

1. Habrá lugar al recurso de casación, en el primer caso, cuando se aplique indebidamente la norma por una equivocada selección, y en el segundo cuando aplicando la que se adecúa al caso motivo de juzgamiento se vulnera por la existencia de errores de hecho o de derecho de contenido probatorio. El segundo motivo de casación se da cuando la sentencia se dicta en discrepancia con los cargos que fueron formulados en la resolución de acusación; sobre todo si se hace en detrimento de los intereses de los procesados. El tercer motivo de casación surge cuando se ha incurrido en una irregularidad constitutiva de nulidad, que se da de manera irregular por la inservidumbre de las formas propias de cada juicio. / 2. La resolución judicial es una unidad integrada por una parte motiva y otra resolutiva, en los cuales aquella contiene los argumentos dialécticos que han de dar fundamento a ésta, es decir en la primera se dan las explicaciones justificativas de la decisión final que se concreta en la parte resolutiva. Pero aún tratándose de dos partes de la misma unidad, siendo la motiva un proceso de raciocinio lógico, es apenas natural y obvio que deba analizarse la providencia en su integridad y no en uno de sus apartes, porque al separarlo de su contexto es probable que se le haga decir lo que en realidad no se dice.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado Acta número 46.

Vistos:

Por providencia del 20 de noviembre de 1991, el Juzgado 19 Superior de Santafé de Bogotá condenó a Gerardo Quintana Hernández a la pena principal de diez años de prisión como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Luis Enrique Buitrago.

La sentencia del 28 de febrero de 1992 confirmó integralmente la decisión anterior.

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

Presentada la correspondiente demanda de casación fue admitida por llenar las exigencias legales. Se escuchó el criterio del Procurador Delegado quien solicitó no casar el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos:

En horas de la noche del 2 de febrero de 1991, varias personas se encontraban en la tienda de propiedad de la señora María Oliva Toro de López, localizada en el barrio El Consuelo de la ciudad capital, entre ellas Luis Enrique Buitrago, su madre y Omar García García conocido como El Chancero; y un poco más tarde llegaron Gerardo Quintana Hernández y José María Ocampo Gutiérrez quienes se ubicaron en el mostrador y solicitaron se les sirviera cerveza. García García frecuentemente entraba y salía del establecimiento, conducta que no gustó a los recién llegados, por lo que procedieron a golpearlo, especialmente el segundo que estaba en un más avanzado estado de ebriedad. Tal proceder desagradó a los concurrentes y dio lugar al reclamo de Luis Enrique Buitrago; entonces, surgió un problema entre éste y los iniciales agresores, y motivó que Quintana Hernández sacara un arma de fuego, disparara contra Buitrago, y emprendiera la huida perseguido por la madre del agredido, quien logró alcanzarlo y sujetarlo, a pesar de recibir algunos golpes en la cabeza; mientras tanto, llegó la Policía y realizó la captura del sindicado.

El lesionado fue trasladado a un centro asistencial donde falleció dos días después.

Actuación procesal:

El 7 de febrero de 1991, el Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Criminal ordenó la indagación preliminar; pero ya esa misma determinación la había adoptado el 4 del mismo mes el Juzgado Ciento Diecisiete de Instrucción Criminal.

En consecuencia, por auto del 27 de febrero de 1991 se abrió proceso penal, no obstante que las mismas diligencias habían dado base al Juzgado Treinta y Cinco Penal Municipal para dictar auto cabeza de proceso el 5 de febrero. En la misma fecha se recibió indagatoria a Quintana Hernández.

El 12 de febrero de 1991 el Juzgado Municipal se abstuvo decretar la detención preventiva del sindicado por el delito de lesiones personales. Sin embargo, por auto del 19 de marzo de 1991 el Juzgado Cincuenta y Cinco de Instrucción Criminal dictó auto de detención contra Gerardo Quintana Hernández.

En proveído del 17 de julio de 1991 se concedió la libertad al sindicado por llevar más de 120 días en detención preventiva.

Mediante calificadorio del 18 de julio de 1991 se dictó resolución de acusación por el delito de homicidio simple y se revocó la libertad concedida.

El 6 de noviembre de 1991 se realizó la diligencia de audiencia pública y se dictó sentencia de primera instancia el 20 del mismo mes y año.

El 28 de febrero de 1992 se dictó sentencia de segunda instancia.

Los argumentos de la impugnación:

El recurrente considera que al dictarse sentencia se violó el numeral 4 del artículo 29 del C. P. al no reconocer que se había actuado en una situación de causal de justificación, por haberse actuado en legítima defensa.

En la demostración de la causal dice el censor que el Tribunal dio credibilidad a la madre del occiso y a Omar García García; en cuanto a la primera aduce que por tratarse de persona unida por tan especiales afectos, su testimonio debe ser analizado de manera más seria y profunda; y en relación con el segundo declarante asegura que no se apreció su afirmación sobre la existencia de una balacera de la que no habla la madre del occiso.

Luego manifiesta que el testimonio de García también es discordante en cuanto dijo que había escuchado un disparo, cuando el fallecido presentaba dos heridas de arma de fuego. De lo anterior concluye que los testimonios tenidos en cuenta no fueron veraces.

Argumenta el actor que los hechos no fueron tan simples, puesto que las demás declarantes no dan razón sobre quién hizo los disparos, ni las condiciones en que fueron hechos en relación con la existencia de una agresión o de una actitud defensiva.

Como conclusión de las anteriores consideraciones el censor afirma: "Luego las cosas no son tan absolutamente claras como las ve el Tribunal; de ahí que la Corporación, a nuestro parecer erró en la apreciación de dichas pruebas. Y es que tanto se equivocó el Tribunal que sin ningún comentario concedió credibilidad suficiente para condenar a la madre del sindicado (sic), quien como se dijo, expuso a

su manera de ver los hechos que no concuerdan siquiera con lo que sucedió según lo vemos con el testimonio de García García. Dicha falta es justificable por las especiales circunstancias de dicha mujer pues era su hijo el receptor de las mortales heridas pero no fue vista por el Tribunal".

De otra parte, el demandante expresa que la forma en que se retiró el procesado del sitio de los hechos no fue debidamente interpretado por el Tribunal que lo consideró como una corroboración a la falta de justificación, cuando su retiro del sitio era por tratarse de una persona extraña en el medio donde el lesionado era conocido de todos.

Para el casacionista el Tribunal se equivoca cuando sostiene que el arma decomisada al procesado fue la misma con la que se lesionó al occiso, cuando no existe prueba que sustente tal afirmación, porque lo único que se afirma en el proceso es que con dicha arma pudieron haberse realizado los disparos mortales.

El impugnante advierte que no se precisó cuántos proyectiles podía tener el arma con que se disparó y que mientras la madre del occiso habla de tres disparos, García sólo menciona uno; y tampoco si el número de disparos que se hizo era compatible con la capacidad del arma que tenía el procesado.

El recurrente tacha de equivocada la aprobación del Tribunal conforme a la cual el cuerpo del occiso no presentaba rastros de pólvora, ni de quemaduras; situación demostrativa de que el occiso en ningún momento estuvo cerca del procesado, pero que no tuvo en cuenta que quienes realizaron la diligencia de levantamiento del cadáver no hubieran percibido tales rastros de un disparo hecho a quemarropa.

Así mismo critica al Tribunal cuando afirma que uno de los proyectiles ingresó por la espalda y que ello descarta la posibilidad de la legítima defensa alegada; y argumenta que si los disparos fueron hechos sucesivamente y si la trayectoria de los mismos es como aparece es porque los testigos no dicen la verdad o porque el acto de defensa se produjo y la situación de los proyectiles se explicaría por los bruscos movimientos realizados por el occiso.

Plantea un segundo cargo, con base en las argumentaciones del Tribunal, en el sentido de que si se trató de dos golpes con la mano que le habría asestado el occiso, ello no hubiera justificado esta reacción del procesado, pero considera que tales golpes si son motivo suficiente para que hubiera actuado en situación de ira e intenso dolor que no fue reconocida por los juzgadores de instancia.

El recurrente hace consistir el tercer cargo en la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación, puesto que en ésta se reconoció: "...no siendo claras sus excusaciones, y sin justificación alguna, como quiera que no hubo proporcionalidad en la agresión". Apoyándose en tal afirmación, ase-

gura que se reconoció un exceso en la legítima defensa, que no fue considerada por los sentenciadores.

Termina solicitando sean tenidas en cuenta sus argumentaciones, pero sin formular una petición de conformidad con los cargos propuestos.

*Las consideraciones del Procurador
Primero Delegado en lo Penal:*

Solicita no se case la sentencia impugnada con base en las siguientes apreciaciones:

"Así, sea lo primero indicar que no precisa claramente la causal que invoca, porque si bien indica que se ampara en la causal primera de casación, esto es la violación de la ley sustancial, en ningún momento específica si se acoge al cuerpo primero o segundo de la misma, es decir a la violación directa o indirecta de la ley sustancial --aunque del desarrollo del cargo se desprende que se ampara en el cuerpo segundo al haberse dedicado a controvertir el material probatorio, pero en ese caso ha debido concretar el cargo indicando si se trata de un error de hecho o de derecho, y en cada caso determinar cuál es el falso juicio que se presenta.

"En desarrollo del cargo manifiesta el libelista lo siguiente a folio 6 del cuaderno de casación:

"... El Tribunal dio credibilidad a los testimonios de la madre del occiso y del señor Omar García García. El primero de los testimonios pertenece a la madre herida y ofendida del señor Buitrago y por este hecho es digna de ser apreciada en forma más profunda y más cuidadosa que cualquiera otra".

"Posteriormente a folio 7 del cuaderno en mención y en relación con el mismo punto expresa el demandante:

"... Así, la honorable Corporación a la cual nos dirigimos puede deducir que los testimonios tenidos en cuenta para confirmar la sentencia condenatoria no son del todo veraces ni tampoco son dignos de ser creídos como para tenerlas como plena prueba del hecho en cuanto a la autoría y sobre todo en cuanto a la forma como el autor se comportó durante el desarrollo del mismo".

"De los párrafos transcritos se desprende que se ataca el valor que se le dio a los testimonios de la madre del occiso y del señor García, es decir se plantea una crítica probatoria, lo cual no es válido en desarrollo del recurso de casación

por no ser esta una instancia más del proceso. Aquí lo que se debe demostrar es que el material probatorio fue tergiversado o desconocido, pero no que se le dio mucha o poca credibilidad, porque al encontrarnos bajo el sistema de la sana crítica en virtud del cual la única limitación que tiene el juez es la de apreciar racionalmente el material probatorio, pudiendo determinar el valor de cada uno de los elementos de prueba de acuerdo con el grado de credibilidad que los mismos le ameritan, sin control judicial salvo error ostensible.

"Posteriormente y dentro del mismo cargo manifiesta:

"... De otra parte, el arma que fue incautada al señor procesado, tenía en su proveedor 5 tiros pero faltó en el proceso, lo que debe obrar en favor de mi defendido como siempre se propuso, determinar cuántas balas podía alojar la recámara de aquella. Esta prueba era importantísima y no se ahondó lo suficiente sobre ello y el Tribunal no apreció que tal vacío tenía que favorecer a mi defendido".

"Dentro de este cargo y sin que tenga nada que ver con el mismo, alega el demandante la falta de práctica de una prueba que en su concepto era fundamental para su defendido, lo cual denota desconocimiento de la técnica del recurso, porque la falta de práctica de pruebas, nunca se pudo alegar a la luz de la causal primera, si a lo sumo como una nulidad por violación al derecho de defensa, pero esto conlleva, en este caso, que se entremezclen causales de casación, lo cual atenta contra el principio de autonomía de las causales.

"Reiteradamente la Corte ha indicado que:

"... El recurso extraordinario de casación es para acusar la sentencia por errores *in iudicando* o *in procedendo*, no para pretender revivir el debate propio de las instancias, ni para anteponer el criterio personal que tuvo el fallador en la decisión, problemas de lo que adolece también el libelo *sub examine*" (Casación, octubre 30 de 1990, Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel).

"Este cargo se convierte en un típico alegato donde se contraponen criterios de valoración pretendiendo de la Corte que se acoja el del demandante y se deseche el del Tribunal, lo cual como se desprende del extracto jurisprudencial no es válido a nivel de este recurso extraordinario.

"El cargo no puede prosperar.

"Segundo cargo.

"Se considera que existió violación del artículo 60 del Código Penal por cuanto no se reconoció el estado de ira e intenso dolor en favor de su defendido.

"El cargo, como fue presentado, deja ver un absoluto desconocimiento de las más elementales reglas que rigen el recurso de casación. Así, no precisa la causal que aduce para pedir la anulación del fallo, siendo esta una exigencia de carácter legal que obedece al principio de taxatividad que rige este extraordinario recurso.

"La única causal que sería aplicable al caso concreto sería la primera, porque en últimas lo que se alega es el desconocimiento de la ley sustancial, pero en este caso debió concretar si se amparaba en el cuerpo primero o segundo de la causal y además el sentido de la violación.

"Como manifiesta que no se le debió dar credibilidad al dicho de la madre del occiso, la Delegada entiende lo que pretendió (sic) fue atacar el material probatorio y el análisis que de él se hizo por los jueces, por lo que necesariamente se debió acudir a la vía indirecta, pero correspondía en este caso concretar si se trataba de un error de hecho o de derecho.

"A lo ya indicado se suma el que no concretó las normas sustanciales que fueron supuestamente violadas, con lo cual deja a la Corte sin saber ni siquiera cuál es la normatividad que pudo ser vulnerada, ya que fuera de manifestar que se violó el artículo 60 del Código Penal, no hace ninguna otra referencia a la normatividad, por lo que podemos señalar la falta de una proposición jurídica, exigencia que se debe cumplir para que el cargo pueda prosperar.

"En uno de los apartes del cargo a folio 9 del cuaderno de casación expresa el demandante:

"... Ya hemos dicho que no debe creerse el dicho de la denunciante (madre del obitado) y las demás personas no nos dicen circunstancias especiales de los hechos entre las que está la agresión advertida en la indagatoria de mi defendido. Luego debe creérsele por la indivisión de la confesión".

"En el cargo vuelve a insistir en el mismo error que se había señalado, al analizar el cargo anterior, y que radica en confundir la violación de la ley sustancial por vía indirecta, con el proceso de valoración que realiza el juez, el cual no es atacable en casación, porque el valor y la credibilidad que

se les dé a los diferentes elementos probatorios, no implica ni desconocimiento, ni tergiversación de elemento probatorio alguno. Aquí lo único que hace es contraponer criterios de valoración al estilo de un alegato de instancia, pero se olvida que la casación no es una tercera instancia, donde se puede revivir el debate probatorio, ni que su finalidad es esa. La casación fue creada para unificar la jurisprudencia, obtener la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación procesal y para obtener la reparación de los agravios inferidos a las partes por el juez al aplicar la ley.

"Finalmente se ve que lo único que hace el defensor es afirmar que no se reconoció la circunstancia de ira e intenso dolor, pero sin llegar en ningún momento a respaldar su afirmación con argumentos que permitiesen pensar que efectivamente lo manifestado por la defensa tiene validez.

"El cargo tampoco puede prosperar.

"Tercer cargo.

"Acudiendo a la causal segunda de casación considera que se presenta incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, ya que en la parte motiva del pliego de cargos se reconoció que existió un exceso en la legítima defensa, por falta de proporcionalidad que no se concedió en la sentencia, por lo cual se presenta la incongruencia mencionada.

"Frente a esto tenemos que decir que la demanda no se puede dirigir contra argumentos o manifestaciones vertidas en la providencia, sino contra el contenido integral de la decisión, y no se puede olvidar que lo que obliga frente al contenido de la sentencia es la parte resolutiva del pliego de cargos, que es donde se concretan los mismos y que señala la materia sobre la cual se deberá dictar la sentencia. Sobre conceptos vertidos en la providencia no puede pretenderse que se produzca un cargo contra la sentencia, porque la congruencia se determina del contenido integral del pliego de cargos que se concreta en la parte resolutiva y será sobre ella que se determinará si la sentencia se dictó acorde con el auto de enjuiciamiento.

"Por otra parte tampoco es cierto que en la parte motiva de la resolución de acusación se hubiese reconocido un exceso en la legítima defensa, porque la misma providencia deja ver con claridad que la agresión inicial provino del procesado hacia el señor Omar García García, por lo cual el hoy occiso tuvo que entrar en defensa del señor García. Para que se

pueda hablar de la existencia de la causal de justificación de legítima defensa necesariamente tiene que haber existido en contra de quien se defiende una agresión injusta, que no se da por cuanto quien empezó el altercado y quien desde un comienzo agredió fue el hoy procesado. Es el fenómeno de la falta de provocación que se requiere en la justificante. El defensor hace referencia a una frase suelta que utiliza en el pliego de cargos pero no para indicar la existencia del exceso en la causal de justificación, sino todo lo contrario para indicar que sus disculpas no son claras.

"Incluso dentro del pliego de cargos se deja de ver en el análisis que se hace que la agresión inicial provino del hoy procesado, por lo que la posible existencia de un exceso sólo se da en la imaginación del defensor.

"Así a folio 13 del segundo cuaderno la Juez 55 de Instrucción Criminal manifiesta lo siguiente:

"... Por otra parte en lo que toca con el aspecto subjetivo del delito, valga decir, la responsabilidad que le compete al implicado Gerardo Quintana Hernández en la comisión de los hechos antes descritos, se tiene conocimiento que el día de los hechos se encontraban en el establecimiento referido diversas personas entre las que se encontraron Tránsito Bernal Buitrago, su hijo Luis Enrique Buitrago —el hoy occiso— la propietaria del mismo María Oliva Toro de López, y otros. Que de todos ellos, mientras departían allí unos tragos, dos sujetos —Mario Ocampos y Gerardo Quintana— llegaron, arribaron al lugar, e ingirieron licor en forma provocadora y agresiva, indisponiéndose con Omar García García ... Que Gerardo Quintana no satisfecho sin mediar palabra decidió dispararle a Luis Enrique, causándole las heridas que provocaron su muerte' (El subrayado es nuestro).

"El Juzgado deja ver cómo la agresión inicial fue del procesado y éste sin mediar palabra disparó contra el señor Buitrago produciéndole la muerte. Todo esto permite señalar que nunca en el pliego de cargos se llegó siquiera a considerar la posibilidad de conceder que se actuó en exceso de legítima defensa".

Consideraciones de la Sala:

El censor plantea un primer cargo al amparo de la causal primera por considerar que se violó el artículo 39 del C. P., pero no determina si la impugnación la dirige por una violación directa o indirecta de la ley sustancial; debiendo deducirse del desarrollo de la demanda que es por la segunda, en cuanto cuestiona la apreciación probatoria que

del material de convicción existente hicieron las instancias; y dentro de tal orientación tampoco precisa si se trata de un error de hecho o de derecho, por lo que según las apreciaciones bien se puede suponer que se trata del primero de los eventos.

En la demostración de la causal el impugnante critica que el Tribunal le hubiera dado credibilidad al testimonio de la madre del occiso, pues considera que por la existencia de esa relación ha debido ser apreciado con mayor profundidad. De la misma manera cuestiona la credibilidad que se le dio al testigo García García de quien dice habló de una balacera, pero después menciona un disparo cuando la realidad es que el occiso recibió dos. Con lo anterior en realidad se plantean consideraciones probatorias que no son admisibles en el recurso extraordinario de casación en cuanto cuestionan la apreciación probatoria de los juzgadores de instancia, pretendiendo la validez de las evaluaciones propuestas por el censor, para que de esta manera primen sobre las que hicieran las instancias.

La repetición incesante y uniforme que hace la Corporación de tales presupuestos tiene su razón de ser en la naturaleza extraordinaria del recurso, puesto que, sólo frente a las instancias las partes gozan de toda la libertad para hacer las consideraciones probatorias que a bien estimen. Al ser superadas dichas etapas, una de las finalidades de tan especial recurso es garantizar la legalidad del proceso y como es apenas obvio de la sentencia; por ello, en sede de casación, las causales son taxativas. Ahora bien, la finalidad del procedimiento es la aplicación y predominio del derecho sustancial (arts. 220, C. N. y 9º del C. de P. P.) y por consiguiente cuando se viola una norma de derecho penal material o una norma procesal de contenido material, bien sea de manera directa o indirecta, habrá lugar al recurso, en el primer caso, cuando se aplique indebidamente la norma por una equivocada selección, y en el segundo cuando aplicando la que se adecúa al caso motivo de juicio se vulnera por la existencia de errores de hecho o de derecho de contenido probatorio; en estos casos concretos el impugnante debe demostrar por qué el resultado del proceso hubiera sido otro si no se hubiera omitido la apreciación de pruebas existentes legalmente dentro del proceso; o no se hubieran supuestos pruebas que no fueron producidas en el proceso; o por haberle dado a la prueba legalmente producida un sentido fáctico diverso del que naturalmente indicaba, como sería el caso del dictamen siquiatrónico que determina la existencia de un imputable y el juez en el momento del juicio con base en tal pericia afirma su inimputabilidad. Si se tratara de un error de derecho la función del casacionista será demostrar que se le dio a la prueba un valor que la ley no le confiere o que apreció las pruebas cuando existían ilegalidades en su producción que impedían su consideración, o se apartó ostensiblemente de la sana crítica.

El segundo motivo de casación se da cuando la sentencia se dicta en discrepancia con los cargos que fueron formulados en la resolución de acusación; sobre todo si se hace en detrimento de los intereses del

procesado y ello sucedería cuando llamado a juicio por un homicidio simple se le condena por uno agravado. Por el contrario, obviamente no se presenta esta discrepancia como causal de casación cuando dictada la resolución por un homicidio simple, en la sentencia se le reconoce haber actuado en situación de ira originada por grave e injusta provocación.

El tercer motivo de casación surge cuando se ha incurrido en una irregularidad constitutiva de nulidad, que se da de manera regular por la inobservancia de las formas propias de cada juicio.

Como se ve, en todas y cada una de las causales que son motivo de casación se produce una violación a la legalidad del proceso, bien sea por vulneración del derecho penal material o por desconocimiento de las normas procesales de contenido material.

Es por lo anterior que al recurso extraordinario le son extrañas alegaciones relacionadas con la evidencia de los hechos demostrados, que son argumentaciones que se deben agotar en las instancias; por ello, las únicas motivaciones de carácter probatorio aceptadas en esta instancia extraordinaria son las relacionadas con la suposición, omisión o tergiversación probatoria que hubieran producido la violación de normas de contenido material y porque, como es lógico concluir, la presencia de este tipo de errores, nos enfrenta a un proceso afectado en su legalidad. Ello es claro en razón de que la sentencia se fundamentó en prueba que no existía, o desconoció prueba fundamental recaudada, que de haber sido considerada hubiera llevado al sentenciador a una solución diversa de la que es motivo de impugnación; o habiendo apreciado la prueba que existía fue tergiversada, haciéndola demostrar hechos que naturalmente no podía probar.

En estos precisos casos no existe duda que se desconoce la legalidad del proceso, o en mejor palabra, la necesaria y obligatoria obsecuencia de los funcionarios jurisdiccionales al concepto constitucional del debido proceso.

El casacionista en el asunto que motiva este juzgamiento se limita a presentar consideraciones de tipo probatorio en las que cuestiona la validez de las formuladas por las instancias para proponer la preeminencia de las propias.

Igualmente el recurrente cuestiona que no se hubiera determinado cuál era la capacidad de proyectiles que tenía el arma decomisada al sindicado y dentro de la misma argumentación critica que no se hubiera decretado una prueba pericial para determinar tal situación. Aquí vulnera el casacionista el principio de autonomía de las causales que gobierna el recurso extraordinario, porque es obvio que la no práctica de una determinada prueba no puede ser elegida al amparo de la causal primera, sino dentro de la causal de nulidad y siempre y cuando que tal omisión hubiese afectado de manera trascendente el derecho a la defensa.

De la misma manera el demandante protesta por haberse afirmado que el arma decomisada al procesado fue la misma con la que se produjo la muerte a Buitrago. Sobre ese punto se observa que por ejemplo la resolución de acusación, dice, luego de hacer una serie de consideraciones del acervo probatorio que llevan al funcionario a concluir en la presunta responsabilidad del sindicado, que se le decomisó una pistola calibre 25 mm. "y que el arma que lo disparó fue una pistola de igual calibre", lo que indica que los cargos formulados no fueron sobre la base de que la pistola decomisada fuera la misma con la que se produjeron los disparos mortales, sino que era del mismo calibre, hecho que concatenado con el resto del acervo probatorio llevó en su momento al funcionario a la formulación de cargos y posteriormente a los funcionarios de juzgamiento para dictar la correspondiente decisión de responsabilidad.

En las condiciones precedentes se hace imperioso el rechazo del cargo propuesto tal como lo solicita el Procurador Delegado.

El impugnante plantea un segundo cargo, basado en que no se reconoció la situación de ira originada en una grave e injusta provocación en la que, en su sentir, habría actuado el procesado.

Nuevamente demuestra el casacionista que desconoce la exigente técnica que domina el recurso de casación, pues no indica la causal en la que se ampara para dirigir el ataque, y por lo argumentado ha de deducirse que formula la impugnación por la causal primera, sin determinar si es por violación directa o indirecta, debiéndose suponer que lo hace por el segundo sentido puesto que hace consideraciones de tipo probatorio; sin embargo tampoco indica si se trata de un error de derecho o de hecho.

En definitiva, el actor propone un alegato de instancia, en cuanto afirma que no se le ha debido dar credibilidad al dicho de la madre del occiso; no a otra conclusión ha de llegar para la demostración de la absoluta carencia de técnica que exhibe el libelo cuando afirma: "Ya hemos dicho que no debe creerse el dicho de la denunciante (madre del obitado) y las demás personas que nos dicen circunstancias especiales de los hechos entre las que está la agresión advertida en la indagatoria de mi defendido. Luego debe creérsele por la indivisión de la confesión".

En circunstancias tan precarias es claro que el cargo propuesto en segundo lugar también debe ser rechazado tal como lo solicita el Procurador Delegado.

El tercer reproche formulado al amparo de la causal segunda se estructura en la supuesta falta de consonancia entre los cargos formulados en la resolución de acusación y la sentencia, puesto que en la parte motiva de aquella providencia se le había reconocido al implicado haber actuado en exceso de legítima defensa. Aquí nuevamente

el censor demuestra sus falencias técnicas porque de una afirmación aislada existente en la parte motiva de una decisión judicial no se pueden extraer las conclusiones que mejor le convengan; pues ante todo debe recordarse que la resolución judicial es una unidad, integrada por una parte motiva y otra resolutiva, en las cuales aquella contiene los argumentos dialécticos que han de dar fundamento a ésta, es decir, que en la primera se dan las explicaciones justificativas de la decisión final que se concreta en la parte resolutiva.

Pero aún tratándose de dos partes de la misma unidad, siendo la motiva un proceso de raciocinio lógico, es apenas natural y obvio que deba analizarse la providencia en su integridad y no en uno de sus apartes, porque al separarlo de su contexto es probable que se le haga decir lo que en realidad no se dice.

El fundamento del cargo lo extrae el censor del siguiente aparte de la resolución de acusación: "no siendo claras sus excusaciones, y sin justificación alguna, como quiera que no hubo proporcionalidad en la agresión".

Por si lo anterior no fuere suficiente, no es cierto, bajo ninguna perspectiva, que en la resolución de acusación se reconoció, la actuación del procesado en situación de exceso de una de las causales de justificación; por el contrario, el texto de la parte motiva es suficientemente claro al formular los cargos por el delito de homicidio doloso sin ninguna clase de atenuantes, ni agravantes.

En tales condiciones y tal como lo solicita el Fiscal de la Corporación se rechazará el cargo formulado.

Son suficientes las consideraciones procedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

**PECULADO CULPOSO / LEGALIDAD DE LA PENA
/ COMPETENCIA / DETENCION / PROHIBICION DEL
EJERCICIO DE UNA INDUSTRIA, ARTE,
PROFESION U OFICIO**

1. La inspección judicial a los libros radicadores del Juzgado, a fin de precisar la fecha en que se dio origen a la radicación de expedientes, no tiene ninguna incidencia en la responsabilidad del juez, pues la radicación de los procesos no es función de éste y no se le puede acusar del incumplimiento de ella. / 2. La previsibilidad constituye el límite más allá del cual no existe la culpa. / Si el plazo para poner el arma a disposición de las autoridades militares pudiera llegar hasta el momento en que se termine la investigación, ello no implica que el juez durante el período que considere necesario mantener el arma en su despacho pueda descuidar sus funciones de tenerla bajo su custodia y él verá en últimas bajo qué condiciones debe responder por su seguridad. / 3. En el trámite de la segunda instancia no hay término probatorio, y por ello no son procedentes las pruebas allegadas por el defensor en la audiencia sustentatoria del recurso. / 4. La prohibición del artículo 31 de la Constitución, reproducida por el artículo 217 del estatuto procesal, no impide, cuando el sentenciador ha violado el principio de legalidad de la pena, norma también de rango máximo, que el superior proceda a hacer el ajuste que corresponda, así la corrección implique un incremento punitivo. / 5. El artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que los funcionarios de la Rama Jurisdiccional serán tenidos en establecimientos especiales, distintos a los ordinarios de reclusión, se extiende a los exfuncionarios.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 047.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor y el procesado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual condenó al doctor *Cristóbal Lozano Romero*, Exjuez Primero de Instrucción Criminal Radicado en la misma ciudad, a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y privación del ejercicio de la profesión por un tiempo igual al de la pena principal y le negó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Hechos y actuación procesal:

El Tribunal Superior de Barranquilla, mediante auto de febrero 5 de 1992 ordenó la acumulación de procesos adelantados contra el doctor Cristóbal Lozano Romero por el delito de falsedad —Radicación número 47504— y el punible de peculado culposo —Radicación número 47373—.

1. Proceso por falsedad ideológica:

Se originó en la denuncia formulada por Alvaro Cuesta Fernández contra el doctor Cristóbal Lozano Romero, en donde señala los siguientes hechos:

En el proceso seguido contra Bertha Marín Camacho y otros, por los delitos de falsedad y peculado, el Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal de Bogotá dispuso, entre otras cosas, la entrega de una camioneta Toyota al señor Euclides Durán Coima o a su representante. Apelada la anterior decisión, el Tribunal Superior de esta ciudad lo remitió al Tribunal de Barranquilla por competencia, Corporación que confirmó la providencia impugnada. Para dar cumplimiento a la orden de entrega del vehículo, el proceso en comisión fue repartido y enviado con oficio de julio 26 de 1988 al Juzgado Primero de Instrucción Criminal, en donde se recibió, no se radicó, se desapareció, y el titular ordenó mediante comunicación dirigida al DAS de Bogotá la entrega de la camioneta a persona distinta a la indicada.

El Tribunal Superior de Barranquilla, previa indagación preliminar, abrió investigación el 31 de julio de 1990.

En junio 14 de 1991 se calificó el sumario con resolución de acusación contra el doctor Cristóbal Lozano Romero, Exjuez Primero de Instrucción Criminal radicado en Barranquilla, por el delito de falsedad ideológica. Se dictó medida de aseguramiento en la modalidad de detención, se ordenó reapertura del proceso para el reato de falsedad por sustracción, y se admitió el desistimiento de la parte civil.

En auto de diciembre 18 de 1991, se ordenó la práctica de algunas pruebas en la audiencia pública, solicitadas por el defensor del procesado.

Pruebas recaudadas:

- a) Se ratificó la denuncia y se allegó a las diligencias prueba documental que acredita que el doctor Lozano Romero fue nombrado y tomó posesión el 1^o de septiembre de 1988 como Juez Primero de Instrucción Criminal Radicado en Barranquilla;
- b) La Secretaría del Tribunal informó que el expediente contra Bertha Marín Camacho y otro, procedente del Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal de Bogotá, luego del trámite correspondiente y resuelta la apelación se envió al Juzgado de Instrucción Criminal en turno. Posteriormente el Juzgado Ochenta remitió otra actuación al expediente que se ordenó enviar al Juzgado Primero de Instrucción Criminal a quien le correspondió el proceso por reparto. Anexa fotocopia de las libretas de entrega de procesos donde consta que fueron recibidos, así como fotocopia de los oficios correspondientes;
- c) Declaración de Pedro Manuel de Piñeres Pérez, auxiliar de servicios generales de la Sala Penal del Tribunal, quien manifiesta que según anotaciones hechas por él en el libro que lleva, cuyas copias se le ponen de presente, el expediente lo llevó al Juzgado de Instrucción en turno para que fuera sometido a reparto y fue recibido por Maira Castro en julio 26 de 1988; que el día 9 de septiembre del mismo año llevó las diligencias que hacían parte del expediente anterior al Juzgado Primero de Instrucción Criminal, a quien le correspondió por reparto, y que fueron recibidas por René Fontalvo Vásquez;
- d) Rosa Vizcaíno Sandoval, secretaria del Juzgado Primero de Instrucción Criminal para la época de los hechos, manifiesta que el proceso relacionado con la camioneta Toyota se lo dio en la Secretaría el empleado René Fontalvo, ella se lo entregó al juez Cristóbal Lozano quien le dijo que lo iba a llevar a su casa para estudiarlo porque era muy voluminoso. Tiempo después recibió una llamada del DAS de Bogotá solicitándole la confirmación de un oficio procedente del Juzgado donde se ordenaba la entrega del vehículo Toyota y el juez, que para ese entonces ya no era el doctor Lozano, le ordenó que buscara el expediente sin obtener resultados positivos.

Sostiene que el escribiente Ramón Larios Lobo le dijo que el doctor Lozano le entregó un memo para que elaborara el oficio que fue enviado a Bogotá ordenando la entrega del vehículo. Cuando se inició la búsqueda del expediente con motivo de la visita al Juzgado del abogado que averiguaba sobre el destino del automotor Toyota, ella fue con René Fontalvo hasta el Juzgado Tercero del Distrito Penal

Aduanero —donde el doctor Lozano se desempeñaba como juez— a preguntarle sobre el expediente y éste le dijo que un día que ella no estaba en la Secretaría él ordenó sacar de allí dos estantes para que los llevaran al cuarto de archivo con los negocios por competencia y ese expediente se lo había entregado a uno de los empleados para que lo pusiera en el archivo y debía estar ahí enredado;

e) Ramón Eduardo Larios Lobo escribiente grado 5º del Juzgado para ese entonces, asegura que el doctor Cristóbal Lozano le encargó directamente la elaboración del oficio que ordenaba la entrega del vehículo, le pasó un memo donde colocó las características del vehículo y la persona a quien debía ser entregado. Dice que nunca vio el proceso pero confirma que el oficio fue firmado por el juez quien le puso el sello. Hizo original y las copias del oficio, pero que ninguna de estas fue archivada. Explica que el oficio ordenaba al DAS de Bogotá citar a la señora Bertha Marín para que recibiese el vehículo y una vez se diera cumplimiento a lo ordenado se remitiera al Juzgado en Barranquilla el acta de entrega. Asegura igualmente, que dicha acta fue recibida por él y entregada al doctor Cristóbal Lozano, y que el sello siempre reposaba en el despacho de este;

f) Fotocopia autenticada, remitida por la Procuraduría Regional de Barranquilla, de una constancia expedida por el Juez Primero de Instrucción Criminal doctor Cristóbal Lozano, calendada el 25 de enero de 1989, donde señala que por reparto correspondió al Juzgado a su cargo el proceso seguido contra José Joaquín Ortiz, Bertha Marín Camacho y otros por el delito de abuso de confianza donde aparece como víctima Euclides Durán Colina, proceso que en la actualidad se encuentra en ese despacho y que fue iniciado por el Juzgado Octenta de Instrucción Criminal de Bogotá, que dictó cese de procedimiento a favor de Bertha Marín Camacho y otro en providencia de enero 21 de 1988 que fue confirmado por el Tribunal, en providencia de julio 16 de 1988. En cuanto al vehículo "ordenaron la entrega al señor Euclides Durán Colina", que no se había hecho para la fecha de la certificación, solicitada mediante escrito por el doctor Octavio A. Sánchez (fl. 134);

g) René de Jesús Fontalvo, escribiente grado 5º del Juzgado afirma que él recibió el proceso contra José Joaquín Ortiz y se le entregó a Dina Rosa Vizcaíno. Asegura haber oido cuando el doctor Cristóbal Lozano le pidió el expediente a la secretaría, "y en presencia de mi persona ésta se lo entregó el proceso en mención" pero no recuerda si recibió o no el expediente contra Bertha Marín. Tiene conocimiento que el oficio donde se ordenó la entrega del vehículo fue elaborado por Ramón Larios y sabía que la camioneta había sido entregada a persona distinta de la ordenada en los autos;

h) Wilberto Enrique Estrella, escribiente grado 9º, expresa que tuvo conocimiento de los hechos por comentarios de sus compañeros de oficina, especialmente de Ramón Larios;

i) En la inspección judicial practicada al Juzgado Primero de Instrucción Criminal, el juez comisionado limitó su indagación a la revisión del folder de oficios correspondientes al mes de noviembre de 1989, constatando que no aparece legajado el oficio 0750 con el cual se ordenó al DAS la entrega de la camioneta Toyota, de acuerdo con las copias enviadas por el quejoso junto con el acta de entrega, con destino al proceso disciplinario;

j) Juan Carlos Schwartzman González empleado de confianza del doctor Cristóbal Lozano, en su declaración se muestra como una persona que ignora absolutamente todo lo concerniente a los hechos investigados;

k) Fotocopia del oficio 0750 de noviembre 27 de 1989, suscrito por el doctor Cristóbal Lozano, dirigido al DAS, así como el acta de entrega del vehículo marca Toyota a la señora Bertha Marín Camacho, de fecha enero 19 de 1990, de la cédula de ciudadanía de la señora antes citada y del acta de decomiso del mismo automotor de fecha julio 14 de 1988 —fls. 129 y ss.—;

l) Fotocopia debidamente autenticada del auto del Tribunal Superior de Barranquilla de julio 16 de 1988 en el cual confirma los puntos 1º, 2º y 4º de la providencia de enero 21 del mismo año proferida por el Juzgado 80 de Instrucción Criminal de Bogotá, revoca el punto 3º y ordena que se remita el expediente al Juzgado de Instrucción Criminal en turno para lo de su resorte —fl. 146—;

m) Resultado de las pruebas grafológicas tomadas al doctor Cristóbal Lozano que cotejadas con la firma que aparece en el oficio 0750, se concluye que acredita su autenticidad y se conceptúa que el doctor Lozano Rornero fue la persona que elaboró la firma que aparece estampada en dicho oficio —fl. 254—;

n) Peritaje practicado por el DAS, sobre las muestras tomadas a las máquinas de escribir del Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Barranquilla, en el que se concluye: "De lo expuesto en el resultado, tégase al texto mecanográfico de duda, como estampado por la máquina S.250585" —fl. 303—;

ñ) El doctor Cristóbal Lozano en su injurada niega haber ordenado la entrega de la camioneta Toyota, pero admite que firmó el oficio 0750, haciendo parecer que ello ocurrió sin conocer su contenido. Menciona la animadversión y persecución de que ha sido objeto por parte de su secretaría y que tal vez el oficio 0750, pudo haber sido introducido entre otros por esta empleada en forma trampa para que lo firmara. Dice que desconocía la desaparición del expediente y sólo vino a enterarse por información de los periódicos. Niega que el proceso de Bertha Marín hubiera pasado por su despacho cuando se desempeñó como Juez Primero de Instrucción Criminal. Posteriormente en ampliación de indagatoria expresa que si tuvo conocimiento del expediente

porque una vez lo vio en el despacho de la secretaría, pero que jamás pasó por el suyo.

2º Proceso por peculado culposo.

Los hechos que originaron esta investigación según el informativo enviado por la Procuraduría Regional, se contraen a la desaparición del proceso adlantado en el Juzgado Primero de Instrucción Criminal, seguido contra Alvaro de Jesús Acevedo Vásquez por porte ilegal de armas y a la desaparición o a la apropiación del revólver marca Smith Wesson, calibre 38, cañón corto, pavón negro, cacha de madera, número extremo 098870, número interior 00164, que hace parte del proceso antes citado.

El revólver mencionado estaba al cuidado del doctor Cristóbal Lozano Romero quien era para esa fecha, titular del despacho.

Repartidas las diligencias, el Magistrado sustanciador ordenó abrir la correspondiente investigación.

Se ratificaron algunos testimonios vertidos en las diligencias practicadas por la Procuraduría Regional, allegadas a este proceso:

a) Dina Rosa Viacáinó, secretaria del Juzgado Primero de Instrucción Criminal es la única persona que asevera que el juez Cristóbal Lozano Romero usaba el arma como suya. Los testigos que señala como conocedores de la apropiación del revólver desmienten las afirmaciones de la empleada y son enfáticos en manifestar que no saben nada al respecto;

b) Los otros empleados del Juzgado, Ramón Eduardo Larios, Wilberto Enrique Estrella, Juan Carlos Schwartzman y René de Jesús Fontalvo, declaran que el doctor Cristóbal Lozano, en su calidad de juez guardaba todos los objetos que llegaban al Juzgado haciendo parte de los procesos; algunos de ellos señalan que el precitado revólver lo guardaba en la segunda gaveta de su escritorio, la cual no brinda mucha seguridad, ya que tenía el seguro dañado y en consecuencia se podía abrir fácilmente. Todos coinciden en negar haber visto el arma al servicio del juez;

c) Oficio número 363 de junio 8 de 1990, suscrito por el doctor Jairo A. Altamar Colón, Juez Primero de Instrucción Criminal Radicado en Barranquilla, en el cual se informan detalladamente todos los datos que aparecen en el libro radicador de negocios iniciados, respecto del proceso seguido contra Alvaro de Jesús Acevedo Vásquez, que fue iniciado el 24 de julio de 1989, día en que le correspondió por reparto a ese despacho judicial y cuya última actuación de las allí señaladas se cumplió el 26 de los mismos. Según informe de la Secretaría, el negocio aludido no aparece en los archivos del Juzgado, e igualmente puso en conocimiento mediante comunicación de mayo 9 de 1990 que el revólver calibre 38 correspondiente a dicho negocio se

encuentra en poder del anterior juez, doctor Cristóbal Lozano Romero, ya que no fue relacionado en el acta de entrega;

d) El doctor Cristóbal Lozano Romero, manifiesta en la indagatoria que de su despacho desapareció el revólver ya reseñado y un texto de Derecho Laboral, motivo por el cual formuló la correspondiente denuncia, que ratificó posteriormente en el Juzgado Tercero Penal Municipal. Asevera que el arma y el libro estaban guardados en una gaveta de su escritorio, sin llave y sin seguro. Expresa que el revólver no lo envió a las autoridades encargadas de su custodia —Segunda Brigada—, porque consideraba que no era el término indicado para remitirlo a las autoridades respectivas, ya que no se habían practicado una serie de pruebas en dicho proceso. Sostiene que nunca tomó el revólver para su uso personal. Adjunta copia de la denuncia por la pérdida del arma y del libro.

El Tribunal a quo calificó el mérito del sumario el 7 de junio de 1991, con resolución de acusación contra el doctor Cristóbal Lozano Romero, por el delito de peculado culposo. Ordenó la reapertura de la investigación en relación con el posible reato de falsedad por ocultación, supresión o destrucción de documento público. Impuso al acusado medida de aseguramiento en la modalidad de conminación.

La Corte en providencia de noviembre 20 de 1991, confirmó el auto calificatorio que fue materia de apelación.

Sentencia impugnada:

Realizada la audiencia pública, el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante providencia del 12 de noviembre de 1992 profirió sentencia condenatoria contra el procesado Cristóbal Lozano Romero.

1º Respecto del delito de falsedad ideológica, luego de hacer un análisis de las pruebas, consigna entre otras, las siguientes consideraciones:

El doctor Lozano no niega en su indagatoria haber firmado lo que él llama una certificación, pero dijo desconocer su contenido, que atribuye a una argucia maliciosa de su secretaria de quien dice sentir animadversión hacia él por haberla denunciado ante la Procuraduría. Tan infantil y pueril excusa no puede ser atendible si quien emite el documento público es un funcionario de la categoría de juez de la República, pues se trata del accionar de un hombre que valiéndose de su condición de privilegio como administrador de justicia, olvidó principios de ética y moral que son fundamento y base de su "doble condición de abogado y juez", atentando contra el orden jurídico establecido contra el derecho que le asistía a una de las partes en el proceso.

Hace relación a aspectos que demuestran el manejo irregular que se le dio al proceso, para concluir que se patentiza la forma desorde-

nada e irresponsable como se manejaba el despacho judicial, circunstancias que facilitaron que el doctor Lozano ordenara mediante oficio que el DAS entregara el vehículo Toyota a Bertha Marín, cuando el auto del Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal de Bogotá, confirmado por el Tribunal de Barranquilla, había dispuesto que se entregara a Euclides Durán Colina.

Para el sentenciador el testimonio de Ramón Eduardo Larios, arroja elementos de convicción que surgen de la claridad y precisión con que expone los hechos; coincide el declarante con Dina Vizcaíno y René Fontalvo, en señalar que el doctor Lozano lo pidió el expediente a la secretaría, se quedó con él y que éste no fue radicado. Refiriéndose al proceso es claro y preciso cuando dice que el juez le solicitó le hiciera un oficio mediante un memo donde le colocó las características del vehículo y la persona a quien debía ser entregado.

En el mismo oficio firmado por el doctor Lozano y remitido en original y copia, se ordena al DAS la entrega del vehículo y remisión del acta de entrega, cuyo contenido es el mismo que dice Larios elaboró para enviar a Bogotá.

La conducta de doctor Lozano desde el mismo día en que se recibió el proceso en el Juzgado, no fue clara, así lo demuestran los testimonios de sus subalternos los cuales son de recibo, porque sin que se radicara, se lo solicita a la secretaría con el pretexto de estudiarlo, manteniéndolo en su poder por largos meses, luego de los cuales utilizando a un escribiente emite un oficio cuyo contenido es absolutamente falso porque allí expresa que en cumplimiento al auto proferido por ese despacho se ordena al personal del DAS se haga entrega del vehículo que se describe en calidad de depósito a la señora Bertha Marín Camacho.

Es un documento falso porque nunca dictó un auto en ese expediente como él mismo lo reconoce, y la orden de entrega del vehículo debió ser para Euclides Durán y no para Bertha Marín.

La prueba grafológica practicada acredita su autenticidad y se conceptualiza que Lozano Romero fue la persona que elaboró la firma que aparece estampada en el oficio número 0750.

Las pruebas técnicas practicadas por el DAS en el texto del oficio número 0750 cotejado con las muestras tomadas por el juez comisionado en las máquinas de escribir, dio como resultado que el oficio fue elaborado con la máquina S.250585 perteneciente al Juzgado del cual era titular el doctor Lozano.

Por lo anterior, considera el Tribunal que se hallan cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 247 del C. de P. P. para condenar.

2º Respecto del delito de peculado culposo, el Tribunal hace un análisis de los elementos estructurales del delito relacionados en el artículo 137 del C. P. y señala las pruebas recaudadas que demuestran que se hallan cumplidos.

Considera que no obstante que la secretaria Diná Vizcaíno, imputa algunos hechos que fueron desmentidos en el proceso, es atendible su testimonio porque contiene la relación de hechos concretos que ni siquiera el procesado puede desestimar. Asegura que cuando llegaron las diligencias contra Acevedo, un empleado le dijo que había llegado un negocio que tenía un libro que decía "yoga" y ella observó que tenía un revólver pequeño, pero todos los objetos de valor como armas, dineros, títulos, etc., los guardaba el doctor Lozano en su escritorio con llave. No vio más el arma hasta un día que el juez se la mostró al doctor Reyes, Personero de Sabanalarga.

De las pruebas trasladadas del proceso de falsedad, ordenadas mediante auto, es importante la constatación que hace el Juez Cuarto Superior en el Juzgado Treinta de Instrucción Criminal, del estado de inseguridad encontrado en el escritorio destinado para el juez cuya cerradura "Safe" de la gaveta superior izquierda, no corresponde a las que normalmente traen estos escritorios, pero funciona perfectamente. Aun cuando se determinan signos de violencia en la madera exterior e interior del sitio donde está la cerradura. La gaveta grande que queda debajo hacia el lado izquierdo no tiene ninguna seguridad, disponible para ser abierta por cualquier persona.

El mal estado en que se hallaba el escritorio procedía de tiempo atrás, así lo aseguran empleados como René Fontelvo quien se desempeña como tal desde el 15 de septiembre de 1985, del texto de la indagatoria del doctor Lozano y de la prueba documental recaudada resulta incuestionable que el revólver se mantuvo guardado en un sitio sin las seguridades del caso por un lapso bastante largo.

El doctor Lozano tenía dos alternativas que le permitían obrar diligentemente para asegurar el revólver entregado a su cuidado: Guardarlo en la gaveta pequeña que tenía llave y donde él asegura que guardaba los cupones y objetos de valor o enviarlo al Comando General, como lo establece el artículo 53 del Decreto 1663 de 1979.

Le asiste razón a la Fiscal del Tribunal, cuando afirma en la vista pública, que con las pruebas recaudadas se acreditó el aspecto objetivo y estructural de la conducta investigada, pues se dan para el peculado culposo, toda vez que si bien es cierto no se probó el ánimo de apropiación por parte del sujeto, si aparece que por la conducta omisiva, imprudente y negligente de éste, se dio lugar a la pérdida o extravío del bien que tenía bajo su custodia y en razón de sus funciones.

Dice el Tribunal: "Nos hallamos ante una culpa inconsciente pues el entonces titular del Juzgado, no quiso ni previó el hecho típico

cuando debía y podía preverlo. Situar un arma que le fue entregada en administración y custodia porque formaba parte de un proceso, en una gaveta sin ninguna seguridad supone por parte del procesado, un comportamiento ligero que lo llevó a no darle aplicación a la norma que obliga a los funcionarios a poner en buen recaudo en el Comando General, las armas en breve tiempo".

La tesis del defensor resulta deseable cuando asegura que no existió omisión del deber de cuidado por parte del imputado en la pérdida del revólver, ni podía exigirsele previsibilidad de extravío del arma y del expediente porque en la conducta de éste hay ausencia del factor culpabilidad la que excluye el delito.

Tampoco es prudente esgrimir la culpa del Estado porque no le ofreció al procesado las seguridades locativas del caso para que el arma no se extraviara, porque tales argumentos serían válidos si no existiera la norma del Decreto 1663 de 1979 cuyo objetivo principal es buscar la seguridad de las armas decomisadas.

Agrega que no le asiste razón al señor Fiscal cuando solicita que se exima de responsabilidad al procesado, fundándose en que desconocía el decreto que lo obligaba a enviar el arma al Comando, ignorancia que ni siquiera alega el procesado en su defensa, y que además tampoco serviría de excusa para justificar el hecho —art. 19 del C. de P. P.—.

Existe certeza de que el revólver se extravió del escritorio del doctor Lozano cuando desempeñaba sus funciones como titular del entonces Juzgado Primero de Istrucción Criminal de Barranquilla, y de que éste es responsable del hecho por negligencia en cumplimiento de sus deberes como tal.

3º Para efecto de cuantificar la pena se tuvo en cuenta que la sentencia es respecto de dos procesos acumulados y acogiéndose a las directrices del artículo 26 del C. P., que establece un mínimo partiendo para ello del delito con pena más grave, que en este caso es el de falsedad ideológica que establece tres (3) años de prisión como sanción menor, aumentado en otro tanto. Sin embargo como el otro ilícito concurrente por la acumulación lo es el de peculado culposo —art. 137, C. P.—, que consigna una punibilidad que oscila de seis (6) meses a dos (2) años de arresto, estima la Sala que la pena más grave que viene se debe adicionar en cuatro (4) meses más, cuantificando un total de cuarenta (40) meses de prisión que es la sanción definitiva que debe pagar el procesado.

4º Teniendo en cuenta que la pena señalada resulta ser superior a tres años de prisión, excluye al acusado del subrogado de la condición de ejecución condicional —art. 68 del C. P.—. En consecuencia revoca el beneficio de libertad concedido al procesado para que una vez quede ejecutoriada la sentencia, se oficie a las autoridades con el

fin de que se haga efectiva la captura de éste y sea remitido a la Cárcel Nacional Modelo a órdenes del Tribunal.

5º Se condena a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y privación del ejercicio de la profesión por un tiempo igual al de la pena principal.

6º No se condena al pago de indemnización de perjuicios, en razón a que la parte civil en el proceso de falsedad ideológica desistió de sus pretensiones.

Fundamentos de la impugnación:

1º Inconforme con las determinaciones tomadas por el Tribunal *a quo*, el defensor del procesado interpone recurso de apelación con fundamento en que el análisis probatorio que se efectúa en la sentencia no tiene suficiente fuerza legal para deducir una sentencia condenatoria, de tal modo que se infringe el artículo 247 del C. de P. P.

Estima que la parte motiva no hace una crítica formal ni juiciosa al alegato de la defensa, que con criterios fundados demostraban la inocencia del acusado.

Solicita en forma principal la revocatoria de la sentencia y la absolución de su defendido.

Subsidiariamente: a) La rebaja de la pena, de acuerdo a los principios modernos y técnicos de dosimetría punitiva y por consiguiente la condena de ejecución condicional conforme al estatuto penal; b) La nulidad por violación del derecho de defensa, que se configura en el hecho de que el defensor solicitó pruebas para la audiencia (fl. 362) estas no se practicaron por indebida aplicación del nuevo Código cuando estando solicitadas debieron decretarse nuevamente —arts. 1º, 7º, 10 y 249 inciso 2º y 29 de la C. N.—.

2º El procesado apeló, al momento de la notificación de la sentencia y en escrito dirigido al Tribunal, se limita a solicitar lo siguiente:

- a) La revocatoria y absolución consiguiente;
- b) Subsidiariamente la condena de ejecución condicional previa rebaja de pena;
- c) Subsidiariamente la nulidad por violación del derecho de defensa al no practicarse las pruebas pedidas por su defensor y decretadas como aparece demostrado en autos;
- d) No cabó la prohibición del ejercicio de la profesión de abogado, porque los hechos no sucedieron en ejercicio de ella.

Cita como normas violadas los artículos 304, numeral 3º, 249, 1º, 7º y 10 del C. de P. P. y 29 de la C. N.

3º El actual defensor del procesado solicitó la celebración de audiencia pública con el fin de sustentar el recurso en esta segunda instancia, y en su intervención hizo los siguientes planteamientos:

a) Pide que se declare la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia pública, por irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y por violación del derecho de defensa —art. 304 numerales 2 y 3— que se presenta en la etapa del juicio adelantado por el delito de peculado culposo, toda vez que el entonces defensor del procesado solicitó algunas pruebas, para ser practicadas en la diligencia de audiencia pública tales como la ampliación de los testimonios de la secretaría del Juzgado para la época de los hechos Dina Rosa Vizcaino, del Oficial Mayor y de los otros empleados hasta llegar al notificador para que dieran cuenta a la justicia de lo que había acontecido en relación con el primer hecho; el Tribunal encontrando conducente la solicitud de pruebas las decretó. En tres ocasiones se suspendió el debate público por excusas de los sujetos procesales diversas del apoderado, y estando en ese interregno se produjo la acumulación de otra causa por el delito de falsedad ideológica en documento público.

Agrega que como sobrevino el tránsito de legislaciones, se aplicó el artículo 446 del nuevo C. de P. P. y se corre de nuevo traslado a las partes, en cuyo término el sindicado y su apoderado se abstuvieron de formular nuevas solicitudes por cuanto consideraron que las pruebas habían sido decretadas, sin embargo una vez se produjo la acumulación y antes de que se diera el trámite correspondiente al artículo 446, el sindicado solicitó la misma práctica de pruebas. De esa manera estaba ya consolidada una etapa defensiva para la audiencia donde no sólo se iba a hacer una exposición oral sobre la situación jurídica del sindicado, sino donde previamente se iban a practicar las pruebas que eran vitales, conducentes e incidían en lo fundamental de la responsabilidad para llegar a una determinación seria al final del proceso con el fallo respectivo.

Aduce que la audiencia se inició haciendo caso omiso de la práctica de pruebas y se dictó sentencia, luego resulta indudable que esa etapa del juicio debe invalidarse. La Corte ya ha tenido posiciones reiteradas al respecto en donde es clara la conclusión de que la causal de nulidad se impone por omisión de las pruebas, por lo tanto el decreto de la misma debe predominar en la decisión que se profiera en este caso.

b) En lo que respecta al peculado culposo, hace un análisis de la prueba testimonial recaudada para concluir que es contradictoria y al final de cuentas la versión de la secretaria Dina Rosa Vizcaino —punto fundamental para cuestionar la posición de la acusación— termina siendo desmentida por otra serie de pruebas del mismo carácter y demuestran que la testigo así se hable de su idoneidad, no tiene la fuerza para darle crédito de convicción al juez.

Agrega que la secretaria en otros procesos aseguró que el juez había cometido una serie de irregularidades y cita un caso concreto en donde se estableció que esta empleada habló con animadversión, optó por una posición no seria frente a la justicia y acusó injustamente al juez Lozano.

Se refiere el defensor a la providencia de la Corte que confirmó la resolución de acusación, para decir, que si bien es cierto que se hizo una interpretación teológico y sistemática del Decreto 1663 de 1979, artículo 53, no obedece específicamente a una realidad. En su sentir, la norma no trae un término cierto de quince días, pues basta leer lo que dice textualmente en el final del artículo 53 para ver "que si el arma se recibe el 20 de febrero, ha transcurrido el mes a que se refiere la norma, y tendría quince días exactamente el juez, o sea que vencería el 15 de marzo el término para que él cumpliera con su deber de poner a buen recaudo el arma, pero resulta que si el juez recibe el arma el 1º de febrero, como tiene un mes y quince días más, según la interpretación de la norma, entonces tendríamos que decir él tuvo treinta días, más quince, cuarenta y cinco para poner a su disposición el arma o a disposición bajo custodia".

En esencia la resolución de acusación tiene un fundamento basilar, que es que el juez no le dio cabal cumplimiento al artículo 53 porque no cumplió el término que se señala, el cual es "absolutamente abstracto" y por ello cree el defensor que ese no es un argumento para endilgarle la responsabilidad de peculado culposo al juez Lozano.

En su criterio este es un "decreto o ley penal disciplinaria, más no tiene la entidad que se le ha querido manifestar para endilgar un delito de peculado culposo". Además, si no se ha expedido una reglamentación por parte de quien debe hacerlo en virtud del artículo 49 del Decreto, no se le puede exigir a los jueces que cumplan con un deber del que no se tiene certeza; el término es vago, e inclusive el decreto fue modificado parcialmente por el Decreto 2003 del año 82 en lo se refiere al artículo 61, allí hay una disposición que pone un poco en duda sobre su aplicabilidad y es casi imposible cumplir con el cometido dispuesto en el Decreto 1663.

Solicita que en el momento de dilucidar la responsabilidad del doctor Cristóbal Lozano, en lo que concierne al peculado, desechen el término del artículo 53 que es indescifrabla y como conclusión no existe; que se haga eco de los otros medios probatorios que aparecen en ese plenario y que se absuelva al procesado, porque además hay hechos trascendentales como la denuncia que instauró el juez para reclamar la investigación sobre la pérdida del revólver, lo que lo releva de responsabilidad, y no se puede creer en la versión de la secretaria.

c) En cuanto al delito de falsedad ideológica en documento público, el defensor estima que la falsedad está materializada, luego de nada sirve una crítica sobre las pruebas que conducen a ello, lo que

no comparte es que la responsabilidad esté demostrada en cabeza del exfuncionario Lozano, por las siguientes razones:

De la versión dada por la secretaria, se establece la animadversión con el juez, porque no la llevaba a las distintas comisiones, tenía otro empleado de su preferencia.

En el proceso, se cesó procedimiento respecto de la persona a quien se ordenó la entrega del automotor, o sea no fue como se dijo en el inicio, que había devuelto el carro a una de las sindicadas, lo que da la apariencia de que el juez obró dolosamente con el expediente, lo guardó él mismo sin radicarlo, dictó el oficio donde ordenaba al DAS devolver la camioneta y al producirse este hecho, actuaba con dolo, pues no iba a tener resultado favorable la indagación sobre la pérdida del expediente o la entrega del automotor. Sobre esto hay que hacer claridad: El señor Larios Lobo jamás dijo a quién le dirigió la orden de entrega el juez, sino que había recibido un memo de parte de éste en donde lo indicaba que redactara el oficio y se ordenara la devolución de la camioneta. Dice el proceso que un señor del DAS de Bogotá llamó para que confirmara la orden del juez, la secretaria manifestó que desconocía totalmente el hecho de la orden de entrega y de la hechura del oficio, y prefirió abstenerse de responderle al funcionario del DAS, que insistiendo comisiona a un empleado de Barranquilla que va a la oficina judicial y no se sabe qué acontece allí, si es que realmente el juez le corrobora la orden dada en el oficio o si fue la secretaria u otro empleado, para el defensor lo anterior no aparece dilucidado plenamente en el proceso.

Señala el señor defensor, que el argumento de la parte civil para desistir de su pretensión, no es que fue indemnizada, sino que en un oficio muy claro, dice que desiste por cuanto considera que el señor Cristóbal Lozano Romero fue asaltado en su buena fe —“de acuerdo seguramente a la indagación que ellos hicieron y que puede tratarse de un error”—; porque se puede ser perjudicado el funcionario en un hecho en que obró sin voluntad, o sin conciencia de cometer el delito de falsedad.

Agrega que muy seguramente al juez le hicieron firmar engañosamente el oficio por la animadversión de la secretaria en su contra, no supo del expediente que se extravió y en consecuencia es ajeno a cualquier acontecer delictivo.

De otro lado, la secretaria fue reemplazada y el nuevo juez tuvo que prescindir de sus servicios, porque su conducta era extraña a la eficacia de la administración de justicia, conforme resolución que anexa, junto con una decisión del Tribunal, respecto a otra investigación, en la cual se hace hincapié en la actitud de la secretaria frente a una notificación irregular, por lo que se ordenó que fuera investigada, de manera que el antecedente citado por el juez a lo largo del proceso en sus indagatorias y en la propia audiencia están corroborados con un

documento público, que se trae autenticado para ser anexado a la audiencia pública, así como el oficio de septiembre 20 de 1990 del empleado Ramón Larios Lobo, quien se queja de la conducta de la secretaría en el trámite de los procesos y señala, que debió ser vinculada al proceso para en diligenciar responsabilidad, y en fin en el oficio que es algo extenso concluye reclamando al escribiente, y a la propia secretaría por las actividades desplegadas en desarrollo de sus labores en el Juzgado.

Al final de su intervención, el defensor se refiere nuevamente al delito de peculado culposo, hace planteamientos similares a los anteriormente relacionados y concluye que como la ponencia habrá de discernir sobre el análisis comparativo de los distintos testimonios, no piensa cansar con un análisis extenso al respecto y más bien prefiere presentar al final de su intervención un escrito donde se sintetizan las prevenciones y las diferentes alternativas frente a análisis crítico de las pruebas. Pionsa que la causal de nulidad es ostensible y habrá de decretarse. Además hay dudas frente a la responsabilidad del juez, que se basa en posición erguida frente al proceso y frente al análisis probatorio que se dio a cada una de las causas, pues echa de menos las versiones bajo juramento y ampliadas de los diferentesponentes, que no se llevaron a la práctica en la audiencia pública, porque la situación jurídica del exjuez habría sido resuelta favorablemente en primera instancia, sin embargo, ante el hecho cumplido en que se desarrolló el debate público, no queda sino la alternativa de demandar la absolución del procesado.

d) La Fiscal Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla, remitió a esta Corporación una comunicación en la que acusa recibo del marconigrana, donde se le informa la fecha de la audiencia pública solicitada por el defensor del procesado para la sustentación del recurso en ella expresa textualmente: "Remítome planteamientos esbozó diligencia de audiencia pública iniciada 25 de septiembre de 1992 obrante en el expediente y escrito que entregué durante su desarrollo y en cuyos conceptos insistí como respuesta a la apelación que allá surtase...".

En la audiencia pública practicada en esta segunda instancia, se ordenó anexar al expediente la anterior comunicación, dejando constancia de su contenido.

e) Intervención del Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

1. Comienza por ocuparse del planteamiento de nulidad esbozado por el defensor, y al respecto expresa que es un hecho incontrovertible que la práctica de las diligencias, ampliación de las declaraciones de los empleados del Juzgado Primero de Instrucción Criminal, no fueron recibidas, pese a que habían sido ordenadas durante la audiencia pública según acto de mayo 4 de 1992 —fl. 380—, no obstante esa objetividad, considera el Procurador Delegado que no puede declararse la

nulidad de lo actuado en razón a que no se dan los presupuestos necesarios para ello, por las siguientes razones:

Si observamos al folio 359, el entonces defensor del procesado, presenta un memorial donde solicita la ampliación de las declaraciones de Dina Vizcaino y otros, expresando que lo que se pretende acreditar con los testigos señalados en los cuatro primeros literales es que incurrieron en algunas contradicciones que desvirtúan la verdad, por tanto esta prueba tiene por objeto determinar con base en un nuevo interrogatorio la inexistencia de responsabilidad penal. Con respecto al testimonio indicado en el literal e. del señor Schwartzman, existen otros hechos y circunstancias que el testigo desea hacer constar en el proceso, nada más se dice como fundamentación de las pruebas solicitadas. Considera la Delegada que no se reunían los requisitos necesarios para solicitar pruebas, el Tribunal en auto de 18 de octubre de 1991 ordenó la práctica de las mismas —fl. 362— diligencias que fueron reiteradas en el auto que obra a folio 380, más adelante el propio procesado insiste en la práctica de unas pruebas, menciona la ampliación de las declaraciones juradas de sus antiguos empleados y en esta ocasión no se hace ninguna fundamentación en torno a la pertenencia y conducción de esas pruebas, es decir en principio no se tendría bases suficientes para que el Tribunal pudiera ordenar las pruebas, sin embargo se ordenó recibir esas diligencias que se deberían realizar durante la audiencia pública.

Cuando sobrevino la nueva reglamentación, el Tribunal puso a disposición de los sujetos procesales el expediente por el término de ley para que solicitaran las nulidades y pidieran las pruebas que resultaran pertinentes, esta oportunidad transcurrió con el absoluto silencio tanto del procesado como de su defensor, es decir dejaron en cierta medida con su actividad omisiva que se consolidara la situación de no ordenarse pruebas en la audiencia pública y por lo tanto, parecería ser, indicaron de esta forma su desistimiento de esa solicitud de pruebas.

No podría en este momento procesal declararse la nulidad de este hecho, en razón a que el artículo 308 establece cuáles son los principios que orientan las declaraciones de nulidad y su convalidación, y el numeral 3º establece que no sea invocada la nulidad por sujeto procesal que haya convalidado con su conducta a la ejecución de acto irregular salvo que se trate de la falta de la defensa técnica, caso que no se da aquí, sino simplemente de una actitud observada con conocimiento de causa por el defensor y procesado para que no se realizaran las diligencias ante la no insistencia y anteriormente ante la no presentación de argumentos que determinarían la conducción y portencia de las pruebas, es decir coadyuvaron con su conducta el dejar transcurrir el término procesal de 30 días que se les concedió, y a la consolidación del acto que en opinión del Ministerio Público no es irregular.

Por otra parte si se examina cuál es el contenido de las declaraciones que se recibieron en el proceso y lo que se pensaba acreditar

para establecer una relevancia ante la recepción de pruebas que no se realizaron, se llega al convencimiento que la ampliación de las declaraciones no habría aportado dato nuevo al expediente, pues las declaraciones fueron exhaustivas en cuanto a los hechos que a cada uno de los empleados les constaba, incluso se había interrogado acerca de la animadversión que podría tener la secretaría del Juzgado con relación al juez, respecto de la circunstancia a que hizo referencia el defensor en torno a la existencia de una acusación contra la secretaría por la adulteración de una notificación, se les había examinado a los empleados sobre el hecho de la desaparición del revólver, como al hecho de la falsedad ideológica que se imputó a Cristóbal Lozano, es decir se había realmente hecho un esfuerzo bastante importante, y hasta donde las actas lo revelan, suficiente para obtener todos los datos que pudieran aportarse en esas declaraciones, desde este punto de vista una ampliación en la etapa del juicio no reportaría nada sustancial a la investigación y decisión que se iba a tomar posteriormente, tan es así que si se observa el acta de audiencia pública, simplemente se encuentra que se pone de presente tanto por el defensor como por el procesado una serie de hechos que vienen a constituir argumentos de mérito para las declaraciones pero no vacíos ni contradicciones que se hayan advertido dentro de esas declaraciones, por el contrario, se ven defensor y procesado, hacia aspectos de contenido muchísimo más jurídico que hacia la crítica probatoria a la que se hace referencia como ejercicio de la defensa. Por lo anterior estima el Procurador Delegado que no procede la declaratoria de nulidad.

2. En relación con el peculado culposo, el Procurador Delegado hace las siguientes observaciones:

El testimonio de Dina Vizcaíno, secretaria del Juzgado, fue reducido a sus justas proporciones, tanto en la primera como en la segunda instancia cuando la Corte conoció de la resolución de acusación, descartando el testimonio referido, y en esto no se aparta el Tribunal en la sentencia, en donde la responsabilidad está realizada sobre argumentos completamente diversos de los simplemente testimoniales.

Encuentra la Delegada que existen suficientes razones para predicar el actuar culposo del procesado Lozano, no solamente porque se haya omitido dar aplicación al contenido del Decreto 1663 de 1979, sino además porque advertida la circunstancia de que el despacho no contaba con seguridades, no procuró en forma alguna tener cuidado especial con el arma que le era exigible en tanto que formaba parte de un expediente que estaba a su disposición. En su parecer, el Decreto 1663 es inobjetable en cuanto impone la obligación de poner a disposición de las autoridades militares en un plazo, que bien puede ser quince días, o incluso en vía de hipótesis hasta el momento en que se termine la investigación o la etapa que se conocía anteriormente como sumario, para poner a buen recaudo el arma, lo que no implica que el juez durante el período que considere necesario mantener el arma en su despacho pueda descuidar su función de tenerla bajo custodia, él verá

en últimas bajo qué condiciones debe responder por su seguridad. Disiente el delegado de la posición del defensor en cuanto a que no se encuentra señalado un término preciso en el artículo 53, entendiendo que se ha planteado un sofisma y no una verdad que pueda ser atendida jurídicamente.

Tampoco comparte los argumentos que se han expuesto, ya que al procesado no se le está imputando un delito de prevaricato que es como lo quiere presentar el defensor, la responsabilidad del exjuez no es por no haber dado cumplimiento al decreto, pues independientemente de ello, lo cierto es que dio origen con su comportamiento negligente a que se extraviara el arma. A través de declaraciones hay prueba suficiente de que el juez fue negligente en el cuidado del arma, no hay por qué involucrar argumentos relacionados con el cumplimiento o no de plazos exactos señalados en el Decreto 1663. Esto obviamente también elimina cualquier consideración que pueda hacerse en relación a la no existencia de reglamento del Comando General que le señale a las autoridades judiciales bajo qué condiciones deben poner a su disposición el arma decomisada y que se encuentre en sus Juzgados.

3. En torno al delito de falsedad ideológica, el Procurador Delegado considera que no se pueden admitir los planteamientos de la defensa para oponerse a la sentencia, porque existe suficiente prueba dentro de la actuación procesal del hecho de que el Tribunal había dispuesto la entrega de la camioneta a persona distinta a Bertha Marín, disposición que fue conocida por el juez Lozano.

El juez dispuso que uno de los empleados confeccionara el oficio que ordenaba la entrega, el cual firmó y de ello hay prueba en autos, además no se dejó copia del oficio dentro del archivo del Juzgado, lo que parece ser una buena medida para ocultar posteriormente cualquier compromiso penal. En este punto el defensor se refiere a la declaración de Dina Vizcaíno para tratar de desvirtuar los fundamentos de responsabilidad del procesado. Observa que a folios 61 y siguientes está la declaración de Ramón Eduardo Larios Lobo, quien es el que realmente informa qué sucedió en ese evento que constituye la imputación por falsedad ideológica en documento público. El Delegado hace una reseña del contenido del testimonio en cita para decir que se acredita que fue el juez quien solicitó por alguna razón que se le prestara el expediente sin radicarlo, situación que no es extraña dentro de actuar judicial ni es fundamento de responsabilidad, pero con el dicho del testigo se acredita que éste confeccionó el oficio con datos que el juez le suministró, cuya copia fue finalmente aportada a la investigación y que además aparece firmada por el exjuez Lozano.

En cuanto a las explicaciones del procesado, el Procurador luego de referirse a su contenido estima que son débiles y sin respaldo, pues si el juez ha reconocido que tenía problemas con su secretaria, y dice ahora que le montaron una trampa para ver cómo lo condenaban y sin

embargo pecaba de ingenuo porque creía en la buena fe de sus empleados, este hecho de firmar una constancia sin leer no parece ser tampoco un simple descuido del funcionario, ni elemento suficiente para eliminar la responsabilidad del hecho.

Agrega el Procurador que no entra a analizar si hay o no prueba en cuanto al hecho de que el juez Lozano se haya quedado con el expediente a que se refiere la entrega de la camioneta, porque esto es materia de otra investigación que se adelanta por separado. Solicita a la Corte la confirmación de la sentencia apelada.

Consideraciones de la Corte:

1º Para resolver sobre la nulidad por omisión en la práctica de pruebas en la audiencia pública, la Sala se permite hacer previamente las siguientes observaciones:

a) Revisado el proceso adelantado por peculado culposo, se tiene que el 18 de febrero de 1992 se abrió el juicio a pruebas, durante el término señalado en el artículo 490 del anterior C. de P. P. El encausado presentó escrito solicitando el traslado de algunas pruebas practicadas en la actuación penal adelantada en su contra por el punible de falsedad material, las cuales fueron decretadas en auto de marzo 16 de 1992 y trasladadas a este proceso en debida forma (fls. 249 a 270 del cuaderno número 1 "A");

b) En el proceso seguido por falsedad ideológica, el 17 de septiembre de 1991 se ordenó dejar el expediente a disposición de los sujetos procesales por el término de tres días señalado en el artículo 490 del C. de P. P., durante el cual el defensor presentó una solicitud de pruebas que fueron decretadas en auto de octubre 18 de 1991, para ser practicadas en la audiencia pública, diligencias que fueron reiteradas en auto de mayo 4 de 1992 cuando ya se había decretado la acumulación de los procesos por los delitos de falsedad ideológica y peculado culposo —febrero 5 de 1992—. Posteriormente el procesado presentó memorial en el que reseña algunas de las pruebas decretadas, solicitando que se le dé aplicación al artículo 492 del C. de P. P.

En proveído de julio 13 de 1992 el Tribunal ordena que las causas acumuladas queden en Secretaría a disposición de las partes por el término de treinta días para los efectos indicados en el artículo 446 del nuevo Código de Procedimiento Penal, término que transcurrió en absoluto silencio por parte del procesado, de su defensor y de los demás sujetos procesales.

En auto de septiembre 16 de 1992 se señaló fecha para el debate público que se inició el 25 y concluyó el 29 del mismo mes y año,

sin ninguna objeción, y posteriormente se dictó la sentencia materia de alzada.

De la reseña anterior se concluye que el Tribunal se excedió al dar aplicación al artículo 446 del nuevo Código de Procedimiento Penal, pues sin necesidad retrotrajo el trámite de las causas acumuladas en las cuales —por separado— ya se había cumplido el término probatorio, irregularidad que desde luego no afectó el derecho de defensa, puesto que el procesado y su defensor, contaron con un nuevo término de treinta días para pedir pruebas, y al no hacerlo con su inactividad dejaron que se consolidara la situación de no ordenarse la práctica de pruebas en la audiencia pública, permitiendo entender que desistían de su anterior solicitud. Además, coadyuvaron con su conducta a la ejecución del acto irregular.

Cabe también observar que las pruebas no fueron pedidas en la causa adelantada por perjudicado culposo como lo afirma el señor defensor, sino en la de falsedad ideológica, y en la ocasión en que fueron solicitadas no se hizo ninguna fundamentación concreta en cuanto a su pertenencia y conducción.

Luego de examinar el contenido de las declaraciones que se recibieron en el proceso, la Sala, de acuerdo con el Ministerio Público llega al convencimiento de que la ampliación de los testimonios de los antiguos empleados del Juzgado Primero de Instrucción Criminal, no habrían aportado dato nuevo, pues en realidad las declaraciones fueron exhaustivas en cuanto a los hechos que les constaba a cada uno de los empleados y hasta donde las actas lo revelan el interrogatorio a que fueron sometidos resulta suficiente para obtener los datos que pudieran aportarse con esas declaraciones.

Así las cosas, la ampliación de las declaraciones solicitadas por el entonces defensor del procesado, no reportaría nada sustancial a la investigación ni a la decisión que se iba a tomar posteriormente, tan es así, que en la audiencia pública practicada por el Tribunal no se ponen de presente vacíos ni contradicciones que se hayan advertido en esas declaraciones, que fue el argumento esgrimido en el memorial de solicitud de pruebas.

En cuanto a la declaración jurada del Juez Laboral Constantino Pasca, de quien se dice "conoce elementos de juicio para desvirtuar el testimonio de Dina Vizcaíno", basta observar que se dio cumplimiento a los autos que decretaron y ordenaron esta prueba que se allegó en la etapa del juicio y que obra a folio 391.

Respecto de la certificación jurada del Juez Primero de Instrucción Criminal Jairo Altamar Colón, no fue posible allegarla al proceso pues según informe secretarial el citado doctor para la fecha en que fue solicitada, no desempeñaba ningún cargo en la Rama Jurisdiccional. De otro lado no se puede pasar por alto, que si lo que se pretendía

demonstrar eran las "condiciones de seguridad del escritorio y sellos del juez", lo primero se encuentra acreditado con la inspección judicial que obra en el expediente y a la cual se hizo alusión en la sentencia, y respecto a lo segundo están las declaraciones de testigos, entre ellas la de Ramón Eduardo Larios Lobo a quien se le interrogó, en poder de qué persona reposaba el sello del titular para la época en que elaboró el oficio, y respondió en forma concreta. Además no se entiende cómo podría incidir en la responsabilidad del procesado, la declaración que pudiera rendir el juez que le sucedió en el cargo, teniendo en cuenta los aspectos sobre los que debía versar su certificación jurada.

En lo que atañe a la inspección judicial a los libros radicadores del Juzgado, a fin de precisar la fecha en que se dio origen a la radicación de expedientes, no tiene ninguna incidencia en la responsabilidad del procesado, pues la radicación de los procesos no es función del juez y no se le puede acusar del incumplimiento de ella.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que no precede la declaratoria de nulidad.

De otro lado, se observa que a pesar de que el defensor del procesado optó por sustentar el recurso en forma oral, el día de la diligencia de audiencia pública que solicitó para el efecto en esta instancia, presentó un escrito adicional en el que sustenta la nulidad invocada, el cual resulta improcedente, pues dejaría de tener sentido la práctica de una diligencia para tal fin.

2º Se ocupa la Sala de resolver lo que en derecho corresponda, frente a la imputación que se hace al exjuez Cristóbal Lozano por el delito de peculado culposo.

La extensa crítica que hace el defensor al testimonio de Dina Vizcaíno, no amerita ningún análisis por parte de esta Corporación, ya que los hechos relacionados con la apropiación del arma por parte del sindicado no solamente fueron descartados en la resolución de acusación, sino que en la sentencia que se revisa se dejó consignado en forma expresa que "fueron desmejorados dentro del proceso". Esta afirmación del Tribunal quiere decir que tales hechos no fueron tenidos en cuenta como elementos de convicción para atribuirle responsabilidad al procesado, tanto es así, que el delito que se le imputa no es el peculado por apropiación sino el peculado culposo.

Es verdad que el testimonio de Dina Vizcaíno fue reseñado en la sentencia, pero basta leerla, para entender que la determinación de la responsabilidad está fundamentada sobre argumentos completamente diversos a la simple atestación materia de crítica.

El fundamento de la responsabilidad en el caso que nos ocupa, radica en el comportamiento descuidado y negligente del procesado,

que dio lugar a la pérdida del revólver que por razón de sus funciones estaba en el deber de cuidar.

Está plenamente probado en autos, que el juez acusado mantuvo durante largo tiempo el revólver decomisado en una gaveta de su escritorio sin llave y sin seguro como él mismo lo reconoce en su injurada y podía abrirse con excesiva facilidad, y a pesar de advertir esta circunstancia de inseguridad, no procuró tomar alguna medida especial de cuidado que le era exigible, y tampoco acudió al mecanismo contenido en la norma contemplada en el Decreto 1663 de 1979 que le imponía la obligación de poner a disposición del Comando de las Fuerzas Militares el arma que había recibido y hacia parte de un proceso que se estaba adelantando en el Juzgado del cual era el titular.

Nos encontramos realmente como lo consideró el Tribunal ante una culpa inconsciente pues el entonces titular del Juzgado Primero de Instrucción Criminal, no quiso ni previó el hecho típico cuando debía y podía preverlo. La previsibilidad constituye el límite más allá del cual no existe la culpa, y era, absolutamente previsible que al no colocar el revólver en un sitio con las debidas seguridades, podía extraviarse, pues cualquier persona que ingresara al lugar podía sustraerlo con facilidad.

Frente a los argumentos expuestos por el defensor en relación con el Decreto 1663 de 1979, es necesario hacer claridad en el sentido de que el fundamento "basilar" de la responsabilidad del procesado no radica en no haber dado estricto cumplimiento al decreto y al término señalado en el artículo 53 como trata de hacerlo aparecer el defensor, sino en el comportamiento descuidado y negligente que observó frente a sus deberes específicos de colocar el revólver en un sitio con las debidas seguridades para evitar su pérdida, pues aún en el evento de que esto hubiera ocurrido dentro del término de quince días de que disponía, también se estaría en presencia de un peculado culposo.

Además resulta incuestionable que el decreto contiene una obligación de enviar las armas decomisadas a las autoridades militares en un término preciso y determinable que la ley define, y no puede negarse que los Comandos Generales de Brigada cuentan con mecanismos de seguridad para la protección de las armas puestas bajo su custodia, luego el objetivo del decreto es buscar la seguridad de las armas decomisadas.

Por las razones anteriormente expuestas, no resulta afortunado involucrar aspectos relacionados al cumplimiento de los plazos señalados en el Decreto 1663 o al no cumplimiento estricto de los mismos, o a la carencia de un reglamento emanado del Comando General que señalará a las autoridades judiciales las condiciones en que se deben poner a su disposición las armas decomisadas que se encuentren en los Juzgados, argumentos estos que no logran descartar la responsabilidad del procesado.

En relación con este punto, la Sala comparte las apreciaciones del Procurador Delegado cuando señala que aún en vía de hipótesis, si el plazo para poner el arma a disposición de las autoridades militares pudiera llegar hasta el momento en que se termine la investigación, ello no implica que el juez durante el periodo que considere necesario mantener el arma en su despacho pueda descuidar sus funciones de tenerla bajo su custodia y él verá en últimas bajo qué condiciones debe responder por su seguridad. El defensor trata de demostrar que el artículo 53 del Decreto 1663 de 1979 no tiene un término preciso, planteando un sofisma y no una verdad que pueda ser atendida jurídicamente.

Que el procesado haya formulado denuncia por la pérdida del arma no lo releva de la responsabilidad por este hecho, puesto que la culpabilidad por negligencia que se le atribuye es por no haber tomado las medidas de protección que respecto de la misma le eran exigibles, y no por haberse abstenido de denunciar la pérdida del revólver. La denuncia oportuna podría tener incidencia en la responsabilidad, si lo que se le endilgara al procesado fuera la apropiación del arma, hecho que fue descartado en la resolución de acusación y en la sentencia que se revisa.

Existiendo la certeza de que el arma que hacia parte del proceso que se adelantaba en el Juzgado se extravió y de este hecho es responsable el doctor Lozano Romero quien en su acreditada condición de Juez de Instrucción Criminal, no tomó ninguna medida de protección para el arma puesta bajo su cuidado, siendo claramente previsible que dejándola expuesta en un sitio sin las debidas seguridades, se podía producir su pérdida, evidenciándose así su conducta negligente, impera la confirmación de la condena en relación con el delito contra la administración pública —peculado culposo—.

3º En lo que se refiere al delito de falsedad ideológica en documento público, la Sala encuentra que existe prueba suficiente en autos que demuestra la certeza del hecho punible, pues está claro que el doctor Lozano Romero en su calidad de juez de la República extendió un documento público falso que tenía actitud probatoria puesto que cumplió su cometido que no era otro que la entrega de una camioneta a persona distinta de la ordenada por el Tribunal.

El acervo probatorio evidencia que el juez acusado mediante un oficio dirigido al DAS de Bogotá y firmado por él, ordenó la entrega de un vehículo Toyota a Bertha Marín, cuando el auto del Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal, confirmado por el Tribunal de Barranquilla, había ordenado que se entregara a Euclides Durán Colina.

El señor defensor en su exposición, trata de desvirtuar los fundamentos de responsabilidad del procesado con una extensa crítica a la declaración de la secretaria Dina Vizcaíno. En relación con este punto, no se puede pasar por alto, como atinadamente lo observa el señor

Procurador, que quien realmente da una información de qué sucedió en el evento que constituye la imputación por falsedad ideológica en documento público, es Ramón Eduardo Larios, escribiente grado 5º del Juzgado Primero de Instrucción Criminal Radicado en Barranquilla.

El declarante Ramón Eduardo Larios dice: "Acerca del proceso de la referencia me han dicho que el que recibió el proceso cuando bajó del Tribunal fue el escribiente grado 5º, René de Jesús Fontalvo Vásquez, y él se lo pasó a la secretaría y ella le informó al doctor Cristóbal Lozano sobre el expediente y éste le pidió el proceso sin que lo radicara". Pedir el juez el proceso antes de que fuera radicado, como acertadamente lo considera el señor Procurador, no es una circunstancia que resulte necesariamente irregular o extraña dentro de actuar judicial, puesto que válidamente el juez podría tener unaquietud sobre el proceso para tratar de determinar por qué y para qué se le enviaba. La Sala comparte el criterio del Delegado en el sentido de que en este hecho no constituye un fundamento necesario de responsabilidad.

Sin embargo, el mismo declarante afirma: "El oficio fue ordenado por el doctor Cristóbal Lozano quien me solicitó lo hiciera un oficio, mediante memo, donde me colocó la (sic) características del vehículo y la persona a quien debería ser entregado. Deseo manifestar que nunca tuve el proceso en mis manos ni lo vi. El oficio fue hecho a máquina por mí y firmado por el doctor Cristóbal Lozano Romero, quien puso el sello". Agrega que la copia del oficio no fue archivada. "Yo hice original y copia y ambos se mandaron". Respecto del contenido del oficio sostiene que se ordenaba a los señores del DAS entregar la camioneta a Bertha Marín Camacho, y sobre el acta de entrega que posteriormente fue enviada por el DAS de Bogotá al Juzgado, "fue recibida por mí y entregada también por mí al doctor Cristóbal Lozano Romero, quien tenía el expediente".

Está acreditado que el escribiente confeccionó el oficio de entrega de la camioneta con datos que le suministró el juez Lozano Romero, oficio que en copia fue finalmente aportado a la investigación, cuyo contenido coincide con el mismo que dice Larios elaboró para enviar a Bogotá, el cual aparece firmado por el acusado como él mismo lo reconoce, oficio que va en contraposición a lo decidido por el Tribunal, providencia que también obra en el expediente y en la cual se ordena la entrega del vehículo a persona diferente a Bertha Marín.

Para la Sala, la declaración juramentada de Ramón Eduardo Larios, escribiente grado 5º del Juzgado Primero de Instrucción Criminal Radicado en Barranquilla merece credibilidad no sólo por ser clara y precisa, sino porque se encuentra respaldada por la prueba técnica y documental de indudable valor que le infunde certeza.

René de Jesús Fontalvo, escribiente del Juzgado, dice que recibió el proceso contra José Joaquín Orliz, se lo entregó a la secretaria Dina

Vizcaíno y asegura que en su presencia, ésta se lo entregó al juez Cristóbal Lozano.

Obra en autos una certificación expedida por el doctor Cristóbal Lozano Rörner con fecha enero 25 de 1989, donde señala que por reparto le correspondió al Juzgado a su cargo el proceso seguido contra José Joaquín Ortiz, Bertha Marín Camacho y otros por el delito de abuso de confianza y en donde figura como víctima Euclides Durán Colina; el Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal de Bogotá dictó cesación de procedimiento a favor de Bertha Marín y otro que fue confirmada por el Tribunal Superior de Barranquilla, "el vehículo ordenaron la entrega al señor Euclides Durán Colina", no habiéndose realizado aún para la fecha de la certificación la entrega del automotor.

El doctor Lozano en la indagatoria recuerda haber firmado una certificación que encontró en el escritorio "pasada a lo mejor por la secretaria", dice que no constató su contenido por cuanto creyó en la buena fe de sus empleados. Agrega que el proceso jamás pasó por su despacho y que tampoco dio orden de elaborar el oficio que ordenó la entrega de la camioneta, cuya firma aparentemente es la suya, pero que ante la persecución de que ha sido víctima por parte de la secretaria Dina Vizcaíno, nada de raro tendría que se hubiera pasado entre los numerosos oficios y autos a manera de trampa. En el curso de la audiencia pública, insiste en animadversión que le profesaba la secretaria del Juzgado.

En cuanto a las explicaciones rendidas por el exfuncionario en orden a justificar su comportamiento, la Sala acoge la siguiente réplica del Procurador Delegado: Por qué recuerda el juez Lozano haber firmado la certificación y no el oficio, cuando está establecido que los firmó? Sus explicaciones son débiles y sin respaldo, puesto que si ha reconocido que tenía problemas con su secretaria, cómo podía pecar de ingenuo por creer en la buena fe de sus empleados? "Este hecho de firmar una constancia sin leer parece no ser tampoco un simple descuido del funcionario, ni fundamento suficiente para eliminar el hecho de la responsabilidad de la falsedad ideológica en documento público".

Afirmar que la conducta imputada no fue dolosa, también parece desatinado, ya que el descuido, la ingenuidad, la animadversión, el engaño y el error, factores estos que recopila el recurrente para posiblemente deducir una culpa la cual terminaría con la falsedad por ser un delito eminentemente doloso, sólo surgen magnificados por el defensor, pues las pruebas no permiten llegar a tal conclusión.

Está acreditado con prueba testimonial diversa a la de la secretaria de quien se predica la animadversión, que efectivamente se confeccionó un oficio con datos que el juez suministró el cual reconoce haber firmado. Conocía el acusado el expediente, pues le fue entregado en su presencia, según lo afirma el escribiente Fontalvo, y

además suscribió una certificación en la que hace un recuento del contenido del proceso en lo atinente a lo que le correspondía cumplir sobre la entrega del vehículo ordenada por el Tribunal.

El acusado como Juez de Instrucción Criminal conocía las implicaciones de estampar su firma en un documento público, que como en este caso tiene la virtualidad suficiente para perturbar un derecho que se le había reconocido a la persona a quien el Tribunal ordenó entregar el vehículo, luego no se puede desconocer la importancia del documento como medio de prueba, cuya copia no se dejó en el Juzgado.

Frente a otros planteamientos del defensor en su intervención, se hace necesario precisar que en el caso que nos ocupa, no se trata de demostrar si hay prueba o no en relación con el hecho de que el juez se haya quedado con el expediente a que se refiere la entrega de la camioneta, pues resulta claro que la pérdida de éste corresponde a otra investigación que se adelanta por separado.

Ahora bien, que a la señora a quien se ordenó la entrega del vehículo, haya sido también favorecida con cesación de procedimiento, en nada puede modificar el juicio de responsabilidad que aquí se ha hecho, pues lo cierto es que no era ella a quien se le había reconocido el derecho sobre el vehículo, y no se puede deducir un error, cuando en la misma certificación que expidió el juez se señaló que el vehículo debía ser entregado a Euclides Durán Colina.

Otro aspecto que es oportuno señalar, es que en el trámite de la segunda instancia no hay término probatorio, y por ello, no son procedentes las pruebas allegadas por el defensor en la audiencia sustentatoria del recurso.

Para la Sala no existe duda respecto de la materialidad del hecho punible de falsedad ideológica en documento público, como tampoco de la responsabilidad que por él mismo se le atribuye al procesado doctor Cristóbal Lozano Romero. Por las anteriores razones se confirmará la condena impuesta en primera instancia.

4º En lo atinente a la pena privativa de la libertad y la de interdicción de derechos y funciones públicas no se hace ningún reparo, pero es evidente que al dosificar la sanción se dejó de lado la multa prevista en el artículo 137 del Código Penal, la cual, como se sabe, aunque se trate de un concurso no pierde su aplicabilidad y es forzoso imponerla.

Como lo ha dicho la Sala en varias oportunidades, la prohibición del artículo 31 de la Constitución, reproducida por el artículo 217 del estatuto procesal, no impide, cuando el sentenciador ha violado el principio de legalidad de la pena, norma también de rango máximo, que el superior proceda a hacer el ajuste que corresponde, así la corrección implique un incremento punitivo.

Obrando de conformidad, se adicionará el fallo impugnado imponiéndole al acusado una multa de cinco mil pesos (\$ 5.000,00), que se tasa de acuerdo a los parámetros fijados en el artículo 46 del Código Penal.

5º La negativa de la concesión de la condena de ejecución condicional era decisión que por imperio de la ley tenía que tomarse, pues la pena impuesta excluye su otorgamiento.

Como consecuencia de la anterior decisión se imponía la revocatoria del beneficio de la libertad provisional concedida al doctor Lozano Romero, para que una vez quede ejecutoriada la sentencia se imparta la orden de captura, decisión que será confirmada.

Lo que no encuentra acertado la Sala, es la determinación del Tribunal en cuanto a que una vez capturado el procesado sea remitido a la Cárcel Nacional Modelo, porque ello no se ajusta al artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que los funcionarios de la Rama Jurisdiccional serán detenidos en establecimientos especiales, distintos a los ordinarios de reclusión, derecho que se extiende a los exfuncionarios. En este sentido será modificado el numeral 3º de la sentencia recurrida.

6º En cuanto a la pena accesoria de privación del derecho de ejercer la profesión por un tiempo igual al de la pena principal, le asiste toda la razón al procesado cuando manifiesta su inconformidad en el escrito dirigido al Tribunal.

El artículo 58 del Código Penal preceptúa: "Siempre que se cometa un delito con abuso de una industria, arte, profesión u oficio, o contraviniendo las obligaciones que de ese ejercicio se deriven, el juez al imponer la pena, podrá privar al responsable del derecho de ejercer la mencionada industria, arte, profesión u oficio, por un término de cinco años".

En el caso en estudio, los delitos no se cometieron con abuso del ejercicio de la profesión, ni de las obligaciones que de él se derivan, luego no resulta acertado imponer al exjuez procesado la pena accesoria de la prohibición del ejercicio de la profesión, por lo que tal determinación adoptada por el Tribunal en la sentencia recurrida, será revocada.

La interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, como pena accesoria, no merece ningún reparo.

7º No condenar al pago de perjuicios en el proceso adelantado por falsedad ideológica, en razón a que la parte civil desistió de sus pretensiones es una decisión acertada. Sin embargo, el Tribunal omitió pronunciarse sobre los perjuicios occasionados con el peculado culposo, lo cual constituye un vacío, pues aunque no se produzca condena ha-

debido explicar la razón. En este punto la Sala advierte, que si bien hay un perjuicio acreditado en la medida en que el objeto material realmente desapareció, no existen en el expediente elementos de juicio que permitan definir con precisión quién sería el beneficiario si se impone la obligación de indemnizar, razón por la cual es necesario abstenerse de pronunciarse al respecto.

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: Revocar el literal b) del numeral segundo del fallo impugnado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Adicionar la sentencia en el sentido de imponer al acusado Cristóbal Lozano Romero pena de multa por valor de cinco mil pesos (\$ 5.000,00) a favor del Tesoro Nacional.

Tercero: Modificar el numeral tercero de la sentencia impugnada, en cuanto el lugar de reclusión debe ajustarse a lo preceptuado en el artículo 403 del Código de Procedimiento Penal.

Cuarto: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

En firme este fallo se expedirá orden de captura sin perjuicio de que el *a quo* realice todo lo necesario para la ejecución de la condena.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL / INIMPUTABILIDAD

El dictamen pericial no constituye por sí solo plena prueba, ni es elemento de convicción exclusivo, ni concluyente de inimputabilidad. El dictamen debe apreciarse libremente por el juez teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obran en el proceso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 47 (mayo 20 de 1993).

Vistos:

El 28 de octubre de 1991, el Tribunal Superior Militar dictó sentencia contra el soldado del Ejército Nacional *Elkin Ortega Rosero* y en ella lo condenó a la pena principal de cinco (5) años de prisión, como responsable del homicidio en la persona del teniente de la misma Institución *Jairo Orlando Montaña*, consumado en estado de ira en concurso con el delito de ataque al Superior.

El proceso había subido al Tribunal en virtud del recurso de apelación, interpuesto por el abogado defensor del procesado contra la sentencia proferida por el Comandante de la Tercera Brigada con sede en Facatativá que había impuesto a *Ortega Rosero* una pena principal de trece años, cuatro meses de prisión.

Contra el fallo del Tribunal, interpuso en oportunidad el defensor el recurso extraordinario de casación, que ahora se decide agotado como se halla el trámite de rigor.

Los hechos:

Vienen compendiados con acierto en la sentencia de primera instancia, así:

"Se remontan al 19 de julio de 1990 hacia las 21:00 horas y se desarrollaron en las instalaciones del Batallón Escuela de Comunicaciones en el municipio cundinamarqués de Facatativá, sede de la Unidad Militar.

"Para la fecha y hora señalados el soldado Ortega Rosero transitaba portando un fusil G-3 por frente a la oficina donde se encontraba trabajando su superior el teniente Montaña; luego de advertirle el oficial que debía presentarse a una formación a la cual no había concurrido oportunamente, se suscitó entre ambos un altercado verbal que finalizó en forma trágica cuando el soldado cargó y accionó su fusil disparándolo contra el oficial e hiriéndolo gravemente en el cerebro, herida que le produjo su deceso en forma instantánea".

El juez de primera instancia absolvió de toda responsabilidad al acusado, argumentando que había realizado la conducta en condiciones de inimputabilidad, apoyado para ello en concepto pericial, según el cual Ortega Rosero había obrado bajo los efectos de un trastorno mental transitorio.

Revisada esta decisión por el Tribunal Superior Militar, esta entidad decretó la nulidad de lo actuado, al considerar inadmisible el dictamen pericial y dispuso que el acusado fuese juzgado como imputable, mediante un consejo de guerra verbal y con la intervención de vocales.

Así se procedió por el juez de la primera instancia, encontrando responsable a Ortega Rosero de un delito de homicidio, atenuado por la justa ira en concurso con el delito de ataque al superior.

La actuación culminó con las sentencias ya referidas e impugnadas en casación.

La demanda:

Con apoyo en la causal tercera de casación del artículo 230 del C. de P. P. se impugna la sentencia por haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, por quebrantamiento del debido proceso.

Insiste el demandante en la fundamentación del cargo, que en el proceso existe un dictamen médico-legal de índole psiquiátrico, según el cual Ortega Rosero es un inimputable que quebrantó la ley penal bajo los efectos de un trastorno mental transitorio. Que como tal ha debido ser juzgado en consejo de guerra sin intervención de vocales, conforme a lo dispuesto en el artículo 639 del C. de J. P. M. y que en el supuesto de una condena ha debido ser sometido a medidas de seguridad y no a penas restrictivas de la libertad.

Concluye, afirmando que como en el juzgamiento a que fue sometido el acusado se quebrantaron las garantías del debido proceso,

debe la Corte casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de todo lo actuado en el juicio, a partir de la resolución de convocatoria a consejo de guerra verbal con intervención de vocales.

El Ministerio Público:

Empieza el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, recordando que como lo ha sostenido la Corte, la inimputabilidad es un concepto jurídico y no médico y que el respectivo dictamen es sólo un elemento de juicio de que se vale el juez, para decidir lo que estime jurídico.

Sostiene además, que el peritaje como cualquier otro medio de prueba está sometido a la sana crítica que de él haga el juzgador, quien puede aceptarlo o rechazarlo, ofreciendo claro está las razones de su determinación.

Agrega, que con base en lo anterior, el Tribunal concluyó afirmando en su sentencia, que las conclusiones a que llegó el perito médico en su dictamen, no constituyan de por sí prueba suficiente para colegir y afirmar el estado de inimputabilidad del acusado, quien obró con plena conciencia de la ilicitud de su comportamiento por revelarlo así el análisis conjunto del acopio testimonial.

Para la Delegada, el Tribunal Militar decidió con acierto, porque las afirmaciones testimoniales confluyen a demostrar que para el momento de los hechos el implicado se encontraba "lúcido" y en estas condiciones, no tenía por qué dársele al dictamen pericial una preeminencia probatoria sobre los demás medios de convicción, para sin más, aceptar las condiciones de inimputabilidad.

Entra luego la Delegada a examinar la prueba testimonial que prestó apoyo a la decisión judicial impugnada y sostiene que, "fuerza es concluir por ende que todo el itinerario factual de Ortega Rosero estaba orientado perfectamente en el tiempo y espacio, descartándose de contra que haya actuado sin comprender lo que hacia o sin tener dominio de sus actos. Su estado de embriaguez es cierto y hay que reconocerlo, lo convirtió en blanco fácil de res赦onar a cualquier exacerbación y los motivos bien se los estaba marcando el teniente Montaña, maltratándolo injustamente de palabra y obra como aparece probado en el expediente, pero de ahí a que cuando reaccionara contra éste debido a tal situación lo haya hecho en estado de inimputabilidad, es cosa distinta...".

Considera bien otorgado el estado atenuador de la justa ira y sugiere la Procuraduría a la Corte, desestimar el cargo y no casar la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

Como lo ha sostenido en reiteradas ocasiones esta Corporación, el dictamen pericial no constituye por si solo plena prueba, ni es ele-

mento de convicción exclusivo, ni concluyente de inimputabilidad. Como lo enseña el artículo 373 del C. de P. P., el dictamen debe apreciarse libremente por el juez, teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

De ahí que el mayor o menor valor de la prueba pericial, dependa no sólo de la capacidad de los expertos, de lo concreto razonado y objetivo de un dictamen sin reticencias ni vacíos, sino además de la confrontación con los hechos debidamente probados en el proceso que le brinden apoyo o por el contrario lo refuten o demeriten. Por eso, la ley faculta al juez para acoger el dictamen pericial o desecharlo, con fundamento en los hechos y razonando su adhesión o negativa a la exposición de los peritos.

Por eso, para afirmar en un proceso la inimputabilidad en el incriminado, se requiere no sólo del dictamen médico legal, que afirme un actuar bajo los efectos de un trastorno mental transitorio o permanente que afectó la esfera intelectiva, sino además, de un caudal probatorio que ponga en evidencia que en el momento de los hechos no tenía el sujeto agente la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o de dirigir sus acciones conforme a esa comprensión.

En el caso *sub judice*, es verdad que aparece un dictamen emitido por la psiquiatra forense del Instituto de Medicina Legal de la ciudad de Bogotá, en el cual se afirma que Ortega Rosero en el momento de los hechos se encontraba bajo los efectos de un trastorno mental transitorio; pero, en ninguna parte del dictamen se afirma expresamente que en el momento de efectuar el hecho estuviera el agente en incapacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento.

Como fundamento del dictamen pericial se lee lo siguiente:

"...Es de suma importancia resaltar que el sindicado presenta claros rasgos de fondo orgánico en su personalidad con una historia de sucesivos traumas cranoencefálicos y cambios comportamentales ya descritos que hablan claramente de lo orgánico de su conducta. Aunque es posible que no sea detectado por exámenes laboratoriales, no necesariamente estos tienen que ser positivos, pues el análisis del sindicado nos demuestra esta organicidad.

"El sindicado presenta un yo débil caracterizado por las conductas antes descritas con una gran tendencia a las conductas impulsivas y a reaccionar en oportunidades de manera explosiva, esto sumado a lo descrito arriba y asociado al estado de embriaguez hacen más evidente la conducta impulsiva del examinado.

"Cabe anotar que en el sumario según el dictamen médico fue detectado un estado de embriaguez grado I, el cual fue realizado 3 horas después de los hechos.

"Conclusiones:

"El sindicado en el momento de los hechos se encontraba bajo un trastorno mental transitorio. El actual episodio no dejó secuelas, pero existe una base psicopatológica que amerita tratamiento especializado...".

Este dictamen fue examinado detenidamente por el juez de derecho, y analizado frente a los demás elementos de juicio que obran en el proceso, para llegar a la conclusión de que el acusado no obstante su estado de embriaguez, había actuado al dar muerte al oficial de manera consciente, a sabiendas de que su conducta era contraria a la ley y determinándose voluntariamente de acuerdo con esa comprensión.

Admite el juzgador que Ortega Rosero sufrió en el momento de los hechos un trastorno mental transitorio como lo dictamina el legista, pero que ese trastorno "encuentra explicación lógica en el estado de embriaguez que tenía el procesado, lo que predispone al individuo para la acción violenta; la oportunidad se le presenta al encontrarse con el oficial a quien le guardaba rencor porque lo había hostigado y aún maltratado; tienen un cruce de palabras injuriosas que incluyen las amenazas y el soldado Ortega procedió a disparar el fusil contra su superior occasionándole la muerte...".

Procede luego el Tribunal a efectuar un detenido estudio de la nutrida prueba testimonial, que le permitió pregonar la conciencia en la ilicitud del acto por parte del acusado y cita los testimonios de los soldados José Antonio Cortés, Ordóñez y Balanta, quienes habían estado consumiendo bebidas embriagantes con el sentenciado Ortega Rosero y relatan el incidente con el oficial Montaña porque éste reprimió a Ortega con términos injuriosos por haber llegado al cuartel "medio picado y entonado".

El soldado Zabala, agrega que el oficial ordenó al acusado Ortega que se fuera a dormir pero éste insistió en discutir con el teniente Montaña, llegando a desasegurar el fusil y apuntar con el arma al oficial, sin que nada más grave sucediera en ese momento por la llegada de otro soldado, Quintero, quien logró llevar a Ortega hacia el dormitorio.

Sigue relatando el testigo, que de allí se regresó Ortega Rosero, nuevamente con el fusil en la mano, le exigió al declarante que no se interpusiera porque lo mataba: "Me apuntó también, me dijo quítate o te mato a ti también y en ese instante cuando me dijo eso, ya estaba parado en la puerta y le pegó el tiro a mi teniente, después de eso él salió todo tranquilo con el fusil por la puerta que queda al lado del casino del soldado...".

Este relato encuentra apoyo integral en la versión juramentada del soldado Quintero.

Luego de consumado el homicidio, Ortega regresó al dormitorio, amenazó a sus compañeros para que permanecieran quietos y luego entregó el fusil al soldado Acosta.

Para el Tribunal, el testimonio del teniente Saavedra quien penetró al dormitorio y capturó al soldado Ortega Rosero merece entera credibilidad. Según este oficial el homicida se encontraba embriagado pero "lúcido y consciente". Aceptó que había ocasionado la muerte al teniente Montaña y expresó que estaba dispuesto a pagar 20 o 30 años de prisión o lo que fuera necesario.

Analiza luego el Tribunal la declaración del mayor Rodríguez a cuya presencia fue llevado el acusado, y este oficial sostiene que Ortega Rosero "...estaba oluscado pero muy lúcido y coherente ya que hizo la descripción de la causa, el sitio donde había estado anteriormente, con quién había estado y que se encontraba de servicio y que entró al alojamiento a sacar su armamento para prestar su servicio, esto me da a entender que el soldado era consciente de sus actos...".

Analiza luego el juzgador de instancia el testimonio del soldado Ceballos, quien afirmó que el acusado Ortega Rosero reconoció en su presencia, haber cometido un grave error, le solicitó hiciera una colecta entre sus compañeros para costear los honorarios de un profesional del derecho que asumiera su defensa y le encargó entenderse con una prima hermana del acusado que estudiaba abogacía, para que lo recomendara un profesional.

Se observa en consecuencia, que el Tribunal al desechar el dictamen pericial y proponer la imputabilidad del acusado, no obró de manera arbitraria, sino que fundamentó con claridad y precisión las razones de su decisión. Llega a aceptar la existencia de un trastorno mental en el acusado debido al consumo de alcohol, pero con poderosas razones niega que ese desequilibrio hubiese actuado en la conciencia del actor, como para impedirle comprender la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Y debe recordarse una vez más, que en relación con la prueba pericial "...es al juez a quien corresponde valorarla para acogerla o rechazarla, parcial o totalmente, pudiendo en consecuencia desestimar todas aquellas que conforme a las demás pruebas del expediente no resulten atendibles..." (C. S. J., abril 12 de 1983).

En ejercicio de esa facultad legal (art. 273 del C. de P. P.), es al juez al que en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo. Y para el Tribunal el acervo probatorio examinado en su conjunto lo llevó a la conclusión de que el acusado Ortega Rosero había obrado al dar muerte al teniente Montaña en condiciones de imputable y de ahí que dispusiera su juzgamiento en consejo de guerra con intervención de vocales y al ser hallado culpable le aplicara pena privativa de la libertad y no medida de seguridad.

En estas condiciones, el cargo debe desecharse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en total acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casó la sentencia impugnada a nombre del procesado Elkin Ortega Rosero, de fecha, origen y naturaleza ampliamente referenciados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiale, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calmete Rangel, Jorge Carreño Izengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Píez Velandia, Edgar Suárez Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COMPETENCIA / CASACION DISCRECIONAL

La competencia que otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal para que "quien haya proferido la sentencia" decida si concede o no el recurso extraordinario de casación, se halla referida con exclusividad a aquellos casos en que la impugnación extraordinaria se sujeta a los soles requisitos legales previstos en el inciso primero del artículo 218 del citado estatuto. Cuando aquellas exigencias relacionadas con el órgano que produjo el fallo de segunda instancia o la gravedad de la pena no se cumplan, la decisión sobre la admisibilidad queda deferida de manera excepcional a la Sala de Casación Penal por expresa prevención del inciso tercero del citado artículo 218, siendo la discrecionalidad de la Corte y no la de otro funcionario la que allí se invoca, como su propia jurisprudencia, o la de hacer efectivo algún derecho fundamental.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresnediz.*

Aprobado Acta número 047.

Vistos:

Decide la Corte sobre la admisibilidad del recurso de casación que por vía de excepción interpusiera en tiempo oportuno el defensor del procesado *Oscar Armeid Murillo Zapata*, en contra de la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Armenia, mediante la cual le impartió confirmación, modificándolo, al fallo emitido en primera instancia por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal.

I. La sustentación del recurso:

Invocando la discrecionalidad que autoriza el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal —inciso tercero— para que de manera

excepcional se dé recibo al recurso extraordinario de casación, el señor defensor del acusado se dirigió en tiempo ante el Tribunal Superior de Armenia expresando que pese a tratarse dentro del presente asunto de un delito cuya máximo de pena no supera los cuatro años de prisión, sólo el recurso de casación sería la vía adecuada para remediar la violación de los artículos 29 y 31 de la Constitución Nacional en que incurrió la Sala Penal de Decisión al proferir el fallo de segunda instancia, concretando:

1. La actuación se halla viciada de nulidad como consecuencia del desconocimiento del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, pues a Oscar Arneid Murillo Zapata se le condenó por el delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal "sin analizar la específica voluntad del mencionado señor de portar arma, pues como se demostrará en la demanda de casación, se lo penó por el simple porte, olvidando la carencia del elemento cognoscitivo en la conducta de Murillo Zapata". "A esta reflexión añade que la finalidad de la conducta ha sido exigida incluso por la misma Corte en reiteradas sentencias", citando por vía de ejemplo y sin concretar sus contenidos, algunas decisiones proferidas por la Sala de Casación Penal en los años de 1986, 1988, 1989 y 1990, e inclusive una decisión de junio 2 de 1981 con ponencia del Magistrado de la entonces Sala Constitucional doctor Manuel Gaona Cruz.

2. Subsidiariamente acusa la violación del artículo 31 constitucional, porque pese a provenir la apelación contra el fallo de primera instancia de la exclusiva iniciativa de la defensa, contrariando la prohibición de hacer más gravosa la situación del apelante único, el Tribunal Superior de Armenia revocó la decisión de primer grado que reconocía la rebaja por confesión, con lo cual incrementó la pena final al acusado señor Murillo Zapata, posibilidad que ha estimado imprópria la Corte en su reiterada jurisprudencia.

II. El trámite ante el Tribunal:

Desatendiendo la competencia que en el caso excepcional del inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal se le otorga a la Corte para que discrecionalmente acepte el recurso de casación en los casos que ordinariamente no darian lugar a su recibo, la magistrada sustanciadora en el Tribunal de origen optó por acoger directamente y sin explicaciones la especial solicitud de la defensa, procedimiento mediante el cual dio lugar para que el censor presentara su demanda y los no recurrentes descorrieran el traslado, situación cuya irregularidad morecerá de antemano la atención y respuesta de la Corte, pues de la validez o no de aquel pronunciamiento dependerá el trámite que a continuación se haya de impulsar.

III. Consideraciones de la Sala:

1. La competencia que otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal para que "quien haya proferido la sentencia" decida si concede o no el recurso extraordinario de casación se halla referida con exclusividad a aquellos casos en que la impugnación extraordinaria se sujeta a los solos requisitos legales previstos en el inciso primero del artículo 218 del citado estatuto.

Cuando aquellas exigencias relacionadas con el órgano que produjo el fallo de segunda instancia o la gravedad de la pena no se cumplen, la decisión sobre admisibilidad queda deferida de manera excepcional a la Sala de Casación Penal por expresa previsión del inciso tercero del citado artículo 218, siendo la discrecionalidad de la Corte y no la de otro funcionario la que allí se invoca, como de su exclusividad los análisis sobre la necesidad de desarrollar su propia jurisprudencia, o la de hacer efectivo algún derecho fundamental.

Si en el caso propuesto esa competencia especial resultó desconocida, forzoso es concluir que tanto el auto que concedió el recurso como los traslados cumplidos de conformidad con esa viciada ordenación tendrán que declararse inválidos, ocupándose directamente la Sala de asumir el conocimiento y de calificar de una vez la necesidad de la impugnación interpuesta, dentro de los parámetros que autoriza el precepto.

2. Entrando a ocuparse del análisis de las razones que expone la defensa, halla ante todo la Corporación que en verdad aquí se trata de una impugnación excepcional en la medida en que pese a provenir el fallo de segunda instancia de una Sala Penal de Decisión, el delito por el cual fue acusado el procesado señor Murillo Zapata no alcanza en su máximo de pena a los cinco años de prisión, situación que distanciaba la posibilidad ordinaria de impugnar la sentencia por esta vía extraordinaria.

Proviene además el recurso de la iniciativa del defensor a quien asiste en concreto personería para impugnar por esta vía exceptiva que se analiza, y su inconformidad se ha recibido en tiempo, motivos que ameritan el ingreso a las razones de fondo que propone.

Analizado el reparo principal, tendrá que contestar la Sala de modo negativo a la aspiración que con él se invoca, pues retenidos otros motivos por el impugnante para el momento de la presentación de la demanda, la precariedad actual de sustentación se hace obvia, sin que pueda darse por suplida por la sola afirmación de no haber sido considerado el propósito o finalidad que animaba al acusado al detener el arma, o por la cita de varios pronunciamientos de la Corte carentes de explicación sobre su contenido y referentes a la tenencia de armas con fines terroristas mas no a situaciones como la presente en que apenas se encara un porte de arma de defensa personal, pues

uno y otro argumento carecen de relación con la sugerida violación de garantías constitucionales. Ningún fundamento asoma el impugnante que justifique un replanteamiento doctrinario o haga evidente el desconocimiento de una garantía fundamental, lo que resta mérito para la concesión excepcional de su recurso.

El cargo que se anuncia como subsidiario justifica en cambio la aceptación de la impugnación intentada, porque a la sola vista del expediente surge que el desconocimiento del artículo 31 constitucional pudo darse, como también encontrar ahora remedio mediante el recurso extraordinario, dado que la sentencia de primera instancia sólo había sido apelada por el defensor, pero ello no obstante para que con motivo de la revisión de instancia, la sanción impuesta al acusado se prolongara en el tiempo al revocar el Tribunal el descuento que el Juzgado le había reconocido a Murillo Zapata por confesión.

Esta sola circunstancia basta para abrir camino al otorgamiento del recurso extraordinario, correspondiéndole ahora al actor y dentro de los términos y requisitos formales de rigor, la presentación de su demanda, y a los no recurrentes dar la respuesta que estimen a esas objeciones, trámite para el cual regresará el expediente al Tribunal de origen.

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

Resuelve:

Primero: Decretar la nulidad de lo actuado dentro del presente asunto, a partir, inclusive, del auto de febrero primero del año en curso por medio del cual se concedió por parte del Tribunal Superior de Armenia la impugnación extraordinaria interpuesta por el defensor del acusado.

Segundo: Conceder de manera excepcional el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado Oscar Armeid Murillo Zapata en contra de la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Armenia el 7 de diciembre de 1992 dentro de esta actuación, y

Tercero: Ordenar que como consecuencia vuelva el expediente al Tribunal de origen, a fin de que se corra traslado al impugnante por el término de treinta (30) días para que presente la respectiva demanda de casación. De hacerlo, córvase traslado a los no recurrentes por el término de 15 días, regresando el expediente a esta Sala de Casación Penal para lo de su competencia.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimio Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

USO DE DOCUMENTO PUBLICO FALSO / CONFESION

1. El delito de falsedad consiste en tener pleno consentimiento de que se afirma una falsedad, y hacerlo voluntariamente. / 2. Aunque en forma expresa no exija la norma vigente que la confesión haya sido fundamento de la condena, así es necesario interpretarla, porque de lo contrario se estaría premiando por una colaboración con la justicia a un procesado que nada colaboró con ella, toda vez que la confesión no sirvió al juzgador para sustentar la condena, pues fuera de este elemento de convicción en el proceso obraban otros suficientes para fundamentar la sentencia condenatoria.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 47.

Por apelación, revisa la Sala la sentencia del 19 de octubre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena condenó a *Juan Gustavo Ciodaro Gómez*, Exjuez Promiscuo Territorial de San Andrés, Islas, por el delito de falsedad, a dos años y cuatro meses de prisión.

Antecedentes:

1. El Tribunal de Cartagena concedió licencia sin remuneración al doctor Juan Gustavo Ciodaro Gómez, Juez Promiscuo Territorial de San Andrés, por el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 1987 y el 21 de enero de 1988, designando en su reemplazo al doctor Marco Eladio Murillo Córdoba. Al finalizar la licencia, el doctor Ciodaro Gómez le dijo a quien lo había reemplazado que no firmara la nómina, que la firmaría él y luego le endosaba el cheque. Firmó, pues, la nómina como si él hubiera laborado como juez, recibió, por tanto, el cheque respectivo, y sólo meses después le entregó el correspondiente dinero al doctor Murillo Córdoba, quien había formulado la denuncia del caso.

2. Practicadas varias pruebas y escuchado en indagatoria el sindicado (diligencia en la cual dijo que fue por iniciativa de Murillo Córdoba que él firmó la nómina, pues manifestó que necesitaba el dinero rápido, porque tenía un hermano enfermo), el Tribunal Superior de Cartagena cerró investigación, calificándola por auto del 26 de noviembre de 1991 (fis. 13 y ss.-1), con resolución acusatoria por falsedad documental de tipo ideológico, de conformidad con el artículo 219 del Código Penal, agravado por el uso, a tenor del inciso 2 del artículo 222 *ibidem*. Reabrió la investigación por lo que toca a la posible "apropiación" del dinero.

3. El proceso respectivo se perdió luego, debiendo ser reconstruido a partir de la acusación (fis. 1 a 5, cuaderno número 1).

4. En la etapa del juicio, se escuchó en "declaración jurada" al quejoso (fis. 46 y 47-1), en la cual manifiesta que el procesado firmó la nómina "con mi consentimiento", por la urgencia que tenía, dado que un hermano estaba enfermo en Quibdó. Luego volvió a declarar en igual sentido (fl. 10-2), reiterando que parte del dinero lo recibió del acusado aproximadamente 3 meses después de terminar la licencia y que el excedente se lo entregó después. Se muestra agradecido por el "favor" que le hizo el procesado y dice: "Tan pronto me sentí resarcido, o mejor dicho tan pronto me canceló la totalidad del dinero procedí a desistir del denuncio que inicialmente inicié en forma precipitada" (fl. 10-2).

Declararon Shilie Hudson Pornare, Nelli Jane Hawkins Peerson, César Méndez Silva, empleados del Juzgado a cargo del doctor Ciodaro Gómez, coincidiendo en que el doctor Murillo Córdoba le pidió el favor al procesado de que firmara la nómina, pues requería dinero por la enfermedad de su hermano. En fin, declaran sobre el "acuerdo" que existió entre los dos para tal fin (fis. 12 y ss.-2).

5. En la audiencia pública (fis. 37, 51 y 66-2), se debe anotar que el fiscal (como se sabe, sujeto procesal diverso del agente del Ministerio Público), pidió la absolución del procesado, porque el comportamiento de éste "en todo momento estuvo carente de culpabilidad, de ahí que nos atrevamos a calificar su falsedad de inocua" (fl. 57).

El Tribunal, en fallo que aplaudió el defensor, condenó al encausado en armonía con la acusación, a la pena principal de 2 años y 4 meses de prisión (lo aplicó la rebaja por confesión de que habla el art. 299 del nuevo Código de Procedimiento Penal), a las aencias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, restricción domiciliaria y suspensión de la patria potestad. De otra parte, lo concedió la condena de ejecución condicional, ordenó cancelar las órdenes de captura vigentes contra el procesado y dispuso la expedición de copias para efectos de la reapertura investigativa decidida en el auto calificadorio.

6. Esa sentencia fue apelada por el defensor del procesado, estimando que si bien la falsedad se cometió, "requiérese que exista la intención, voluntad y conciencia no sólo de mutar la verdad, sino de dañar, y si ello no surge —la voluntad o ánimo de dañar— entonces es indofectible concluir que no se asoma la culpabilidad por parte alguna, por ausencia de dolo" (fl. 145-2).

Insiste en que el daño, siquiera eventual, debe estar dentro del dolo, para luego alegar estado de necesidad del acusado, como causal de justificación, porque Murillo Córdoba —dice— "tenía un pariente enfermo" y necesitaba el dinero, que le proporcionó el procesado.

Se queja, por último, de las penas accesorias impuestas al justiciable, no obstante haber estimado el mismo fallo la poca gravedad del delito cometido y que el acusado "no posee una personalidad con capacidad para delinquir" (fls. 97 y 142-1).

Ya en esta instancia, el procesado presentó dos escritos. En el primero (fls. 2 y ss.), dice que se tenga como "incorporado" al alegato de sustentación, el cual pretende "complementar". Retoma los argumentos del Fiscal en la audiencia, protesta por la condena y alega como excusa que procedió sin "motivos innobles o bajos". En el segundo memorial, presentado dentro del término previsto en el artículo 213 del nuevo Código de Procedimiento Penal, el procesado, con apoyo en algunos tratadistas (en su mayoría foráneos) pide que se reconozca que el acusado actuó en estado de necesidad, y consecuentemente, que se le absuelva del cargo imputado.

Se considera:

1. Cabe precisar, en primer término, que a este caso es aplicable el nuevo Código de Procedimiento Penal, por haberse iniciado la audiencia pública con posterioridad a su vigencia (art. 13 transitorio).

Frente a dicho estatuto, la sustentación del recurso de apelación puede hacerse en primera o segunda instancia. De ahí que la que hizo el defensor en el presente caso ante el *a quo*, sea completamente válida.

Al respecto, dijo esta Sala en providencia del 28 de abril último, con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia:

"...considera la Corte conveniente referirse al trámite del recurso, para precisar el alcance de la expresión 'sustentación' que trae el Código de Procedimiento Penal, debido a la confusión originada en la titulación que el legislador fijó al artículo 215 de dicha codificación: 'Sustentación obligatoria del recurso en segunda instancia'.

"Una interpretación sistemática del ordenamiento procesal penal permite sostener válidamente que el epígrafe en referencia lo que quiere significar es la obligación que tiene el recurrente de sustentar toda apelación que interponga y el deber que le asiste al juez de segunda instancia de examinar la viabilidad de esa sustentación.

"En efecto, repárese cómo el artículo 197 del C. de P. P. prevé que 'las providencias quedan ejecutoriadas tres días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos y no deben ser consultadas', vale decir, que debe sustentarse la apelación ante el *a quo* al momento de interponerla o dentro de los tres días siguientes a la última notificación, y si no lo hiciere así, puede aún sustentarse ante el juez de segunda instancia dentro de los términos referidos en los artículos 213 y 216 del C. de P. P. El inconveniente que esto último acarrea por la necesidad del desplazamiento ante el juez de esa instancia, es la carga que el impugnante se impone por no realizar el deber de sustentar ante el funcionario *a quo*.

"Como puede verse, los cambios que a este particular introdujo el procedimiento actual hacen referencia, de una parte, al examen sobre viabilidad de la sustentación ya que no corresponde al *a quo* sino al *ad quem*, y de otra, a la eliminación del término autónomo de tres días para sustentar; hoy, ese término, es común al de la ejecutoria (tres días por regla general). No es cierto entonces, como erradamente lo han entendido algunos intérpretes, que no exista término para sustentar ni que la sustentación deba hacerse ante el funcionario *ad quem* exclusivamente, desconociendo de contra aquí el principio de la desconcentración imperante en el estatuto procesal con arraigo en el mandato superior contenido en el artículo 228 de la Carta Política".

2. Pues bien: La Sala le da credibilidad a la denuncia (es decir, a la primera versión del doctor Murillo Córdoba —fis. 9 y 10 cuaderno 1—), en el sentido de que fue el doctor Ciodaro Gómez quien le propuso al doctor Murillo Córdoba que no firmara la nómina, ya que él lo haría y después le endosaría el cheque.

También da por sentado la Corte que una vez recibió el dinero, el procesado no lo entregó a quien lo había reemplazado en las labores de juez, lo que movió a este último a formular la aludida denuncia. Dijo el doctor Murillo Córdoba en la primera declaración que se le recibió en el proceso, luego de haberse iniciado su reconstrucción: "...y él me colaboró entregándome una parte del dinero cuando lo necesité, que fue creo a los tres meses después de que le hice las vacaciones y el excedente me lo entregó después" (fis. 46 y 47, se subraya).

¿Por qué esa demora en entregarle el dinero? He aquí, a juicio de esta Sala, el dolo del procesado. Por eso es bien claro el quejoso cuando afirma que una vez se le "resarcío", esto es, se le entregó el dinero por el tiempo trabajado, "desistió" de la denuncia.

En declaración rendida posteriormente (fls. 10 y ss.-2), el doctor Murillo Córdoba, al igual que los otros testigos ya citados, quieren mejorar la situación del procesado, afirmando que la iniciativa para la firma de la nómina partió del doctor Murillo Córdoba, quien necesitaba el dinero con urgencia (ya se vio que para recuperar el dinero debió formular denuncia) porque un hermano suyo "estaba enfermo". Aparte de que no se probó en grado alguno esa supuesta enfermedad, es necio postular que el procesado actuó en estado de necesidad. Ya atrás se dijo que el daño está muy claro, al quedarse por un buen tiempo el procesado con el dinero de Murillo Córdoba. Además, recuerdesc que se trata de una falsedad ideológica en documento público, en la cual ya de por sí se está causando un daño (el daño "potencial", si se quiere, como dice el apelante al hacer la estructuración del punible) al dejar expresa constancia de que si trabajó durante ese lapso, siendo ello mentira.

Dijo el *a quo* en argumentación que comparte esta Sala:

"Aun cuando no hubiere causado perjuicio patrimonial a quien realmente debía hacer el cobro del salario en mención, no cabe duda alguna que este documento ideológicamente falso es potencialmente dañoso para los intereses de la administración pública, porque está dando fe para efectos prestacionales, tributarios, etc. que el doctor Juan Ciodaro Gómez no tuvo ninguna solución de continuidad en el ejercicio de su cargo como Juez Promiscuo Territorial de San Andrés, Islas, lo cual es un perjuicio potencial perfectamente determinable que, obviamente, causa un agravio a los intereses protegidos por el concepto de fe pública y por ende merece reproche penal" (fl. 85-2. Se subraya).

También está de acuerdo la Sala con lo que dijo el *a quo* respecto de la culpabilidad del procesado: "...es manifiesto que actuó con pleno conocimiento de estar cometiendo un hecho contrario a la ley, con voluntad de realizarlo, así lo reconoce en su indagatoria y no es concebible que un funcionario con su preparación académica pudiera entender que un comportamiento de esta naturaleza no fuera ilegal" (fl. 86-2).

Porque el dolo en este delito consiste en tener pleno conocimiento el actor de que afirma una falsedad, y hacerlo voluntariamente, dos cosas perfectamente predecibles del procesado, quien, como quedó atrás expuesto, quiso sacar algún provecho económico del dinero que le correspondía a quien lo había reemplazado por un mes en el cargo. Además, como lo destaca el Tribunal, al firmar la nómina, el proce-

sado engañaba a la administración, que después, para todos los efectos salariales y prestacionales, lo tendría trabajando un tiempo durante el cual no laboró.

Desde este punto de vista, pues, la falsedad aquí cometida no es en modo alguno inocua, como lo pretende el recurrente.

3. También comparte la Sala la pena principal que se impuso al procesado. Hay sobradas razones para partir del mínimo y hacer el aumento que ordena el inciso 2º del artículo 222 del Código Penal, pues en cuanto a esto último es claro que el acusado usó el documento que él mismo falsificó, al mandar la nómina a la Pagaduría para que se le girase el cheque.

No está de acuerdo la Sala con la consideración del *a quo* para rebajarle la pena por confesión:

"Entonces —dijo—, estamos en presencia de una confesión del delito de falsedad en la que hubo circunstancias calificantes, pero en todo momento hubo también supervivencia de la responsabilidad. Además, como en este caso dicha confesión fue prueba importante de la imputación al procesado, debe decirse de ella que arrojó claridad al juzgador, no lo confundió y orientó nítidamente la investigación, tal como dice la honorable Corte" (fl. 93-2, se subraya).

Si se analizan detenidamente los términos de la indagatoria, no parece claro sostener frente a ellos que el procesado no confundió al juzgador y que por el contrario "orientó nítidamente la investigación".

Según la referencia que en la resolución de acusación se hace de la versión de los hechos que hizo el acusado en su injurada, se sabe que éste aunque admitió haber elaborado el documento falso, desnaturalizó lo sucedido al sostener que hizo tal cosa por iniciativa de su reemplazante temporal, el doctor Murillo Córdoba, y sólo con el exclusivo propósito de hacerle un favor.

"Llamado el profesional denunciado a rendir indagatoria —sostiene el Tribunal en su precitada providencia— dijo en lo básico, que había sido Juez Promiscuo Territorial de San Andrés Islas de junio de 1987 a septiembre de 1988 y que gozó de una licencia no remunerada del 21 de diciembre de 1987 al 21 de enero de 1988 y en su reemplazo fue designado el doctor Marcos Murillo Córdoba, quien, vencida la licencia, le manifestó que la administración demoraría mucho tiempo para pagársela y él estaba urgido de dinero por la gravedad de un hermano en el Chocó, entonces le pidió que le facilitara el dinero correspondiente y después lo cobrara por él. Dijo también el procesado que él aceptó hacerle el favor a Murillo y le pidió dejar una orden autenticada en la recaudación para

que le entregaran el respectivo cheque, pero en esta oficina le dijeron que no era necesaria esa orden, porque allí no había datos sobre el desempeño de Murillo Córdoba en dicha licencia y la cuenta saldría a nombre suyo como titular, entonces él convino en prestarle el dinero a Murillo y después cobró la nómina correspondiente" (cuaderno número 1, fl. 15).

Según el denunciante, los hechos no sucedieron en la forma como los narró el acusado, sino de otra muy diferente, tal como lo relató el Tribunal, al hacer referencia a la denuncia, según la cual, "terminada la licencia se dispuso a cobrar el sueldo que le correspondía y para ello elaboró la correspondiente nómina, entonces el titular del Juzgado, doctor Juan Ciodaro Gómez, le propuso que no cobrara el mes correspondiente sino que le permitiera que él lo hiciera, pues de lo contrario se demoraría más ese pago, y que una vez saliera el cheque Ciodaro se lo endosaría.

"El denunciante Murillo Córdoba —remata el Tribunal— aceptó la proposición del mencionado exjuez y éste cobró efectivamente el sueldo correspondiente al mes de licencia pero no le hizo entrega del dinero sino que lo tomó para él".

No es, se repite, muy clara la colaboración del acusado con la justicia y por ello a la Sala no le parece acertado el otorgamiento de la rebaja de pena prevista por el artículo 299 del C. de P. P., el cual, bueno es reiterarlo, no es más favorable que el artículo 301 del estatuto procesal derogado, pues aunque en forma expresa no exija la norma vigente que la confesión haya sido fundamento de la condena, así es necesario interpretarla, porque de lo contrario se estaría premiando por una colaboración con la justicia a un procesado que en nada colaboró con ella, toda vez que la confesión no sirvió al juzgador para sustentar la condena, pues fuera de este elemento de convicción en el proceso obraban otros suficientes para fundamentar la sentencia condenatoria.

No obstante lo anterior, ante la prohibición consagrada en el artículo 31 de la Constitución Nacional, la Sala no puede desmejorar la situación del procesado incrementando su pena como consecuencia de la revocatoria de la rebaja, pues él es único apelante.

En lo que hace a las penas accesorias del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, esta Sala no comparte ni la suspensión de la patria potestad ni la restricción domiciliaria. La primera porque no está relacionada con la clase de delito cometido. No se ve qué perjuicio pueda causar este exjuez falsario a su familia, por el solo hecho de haber cometido el delito. De suerte que se revocará, como también la obligación de residir en Cartagena (restricción domiciliaria, fl. 95-2), penas estas que no fueron por otra parte motivadas y que, en fin, no merece el procesado. La interdicción de derechos y funciones públicas, va necesariamente anexa a la pena de prisión (fl. 52, C. P.).

En lo demás, pues, la sentencia se confirmará.

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 impugnada, con excepción de las penas accesorias de suspensión de la patria potestad y restricción domiciliaria, las cuales se revocan.

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

Juan Manuel Torres Fresnedo, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengus, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE REVISION

La revisión es una acción especialísima que busca remediar un error judicial a través del desquiciamiento de un fallo que hace tránsito a cosa juzgada. Explicable resulta, por tanto, que los fundamentos de su alegación han de poder mostrar, con un vigor a toda prueba, la injusticia de la determinación judicial. Para ello, la ley ha dispuesto una serie de causales que permitan al accionante, mediante su ejercicio, demostrar sus afirmaciones. Todas ellas, a no dudarlo, exigen no sólo el rigor jurídico y conceptual que es de esperarse, sino una demostración palmaria del tropiezo judicial, sin que haya lugar a dudas, ambigüedades, incertidumbre, o poquedad probatoria.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 46.

Vistos:

Decide la Corte sobre la acción de revisión impetrada por el apoderado de la procesada *Elda Recuero de Zeitien*, contra la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Superior de Cartagena, que la condenó a la pena principal de cuatro (4) años de prisión más las accesorias de rigor, por una violación a la Ley 30 de 1986.

La demanda:

El actor solicita la acción de revisión con fundamento en la causal tercera, porque en el proceso penal que se adelantó contra su patrocinada no se conocieron hechos que habrían demostrado hallarse incursa en un estado de necesidad.

Según los testimonios de Armando Barreto, Marcos Vargas y Simón Garay, el "narcotraficante" Oscar Rey Mussa contactó a la procesada por intermedio de Luis Carlos Mendoza, recientemente fallecido

en un accidente de motocicleta. Luego, mediante coacción, obligó a la señora De Zetien "...a guardarle una bolsa contentiva de 450 gramos de cocaína, so pena de asesinar a sus dos hijas y al cónyuge, porque la Policía estaba detrás de él".

Después del allanamiento a la residencia de la rematada con el consiguiente hallazgo del estupefaciente, fue advertida por Marcos Vargas, Armando Barreto, Simón Garay, y su esposo Guillermo Zetien, "...que si declaraba la verdad denunciándolo (aquel), cumpliría la amenaza de asesinar a sus dos hijas y a su cónyuge". Este fue el motivo para que su poderdante asumiera "... todo el peso de la justicia...".

De lo anterior se coligó, según su parecer, que la señora De Zetien "...obró por la necesidad de proteger un derecho propio y ajeno, la vida de ella, de sus hijos y cónyuge, encuadrando su conducta en el capítulo 5º del Código Penal...". A continuación repasa los requisitos del estado de necesidad, serializando que el riesgo de perder su vida y la de sus familiares era "...inminente y positivo...", debido a "...lo siniestro del personaje...". Ademáis, el peligro no podía ser evitable de otra manera, pues no tenía otro camino que "...permanecer ocultando la identidad del propietario de la droga...". Finalmente, "al existir coacción insuperable, no hubo intencionalidad en la conducta..." y no tenía el deber jurídico de afrontarlo.

Probanzas recaudadas:

1. El Juzgado Dieciocho (18) de Instrucción Criminal, radicado en Cartagena, no encontró en su Despacho antecedentes de procesos adelantados contra Oscar Rey Mussa. En cambio, informa que en su homólogo, el Dieciséis (16), se radicó una denuncia en contra del mentado ciudadano por violación a la Ley 30 de 1986, remitida posteriormente por competencia al Juzgado Cuarto (4º) Penal del Circuito de la misma ciudad.

A su turno, el citado Juzgado del Circuito aclaró que adejantó una investigación en contra de Rey por denuncia de Armando Barreto Reyes, absteniéndose de iniciar investigación penal, por inexistencia del hecho punible, archivándose en consecuencia. Copia fotostática de la actuación fue proporcionada por la autoridad judicial y obra en las presentes diligencias.

2. Se escuchó a la menor Glenis Zetien Recuero, hija de la condenada. En primer término precisa que conoció a Oscar Rey Mussa, por intermedio de Luis Mendoza, quien falleció el 1º de septiembre de 1991, en un accidente. Fue en una reunión que habían organizado los Zetien en su casa, aclara. Y cuando se le pregunta con quién observó que andaba Rey, contesta que siempre lo vio solo. A continuación

relata las amenazas constantes que sufriera su familia por parte de Rey, obligándolos a guardar "drogas".

De estos hechos se enteró por su madre, aunque en una ocasión lo observó cuando llegó a su casa, armado de una ametralladora, amedrentando a los moradores. Luego indica que Rey es de "...1.70 de estatura, como grueso, cabello negro liso, tiene poco vigote (sic), es de tez blanca, tiene como algunos cuarenta años". Luego aclara que Garay y Vargas conocieron a este individuo en su casa, en una reunión por el cumpleaños de un hermano, debiéndose al primero "...el valor..." que le dio a su madre "...para que confesara, dispuesta a todo".

3. Guillermo Zetien Heredia, esposo de la encartada, es el próximo declarante. Concuerda con su hija en haber conocido a Rey Mussa "...por un muchacho de apellido Mendoza quien murió en el año 89 en una moto...", durante una reunión familiar con motivo del cumpleaños de su hijo Joe. Cuando se le pide que precise la fecha contesta que "eso fue en (sic) año 88, eso fue a mitad de noviembre eso fue como el 14 o 15", aunque al final de la diligencia asegura que el onomástico de Joe es el 13 de julio. Además, coloca en una fecha anterior el allanamiento que motivó la captura de su esposa: "El 9 de noviembre de 1988".

Luego reafirma el relato sobre las amenazas que sufriera su cónyuge a manos de Rey. Sobre su apariencia física precisa que es "...bajito, media como 1.70 aproximadamente, tez clara, pelo crespo, corrijo liso, de una edad de 38 a 39 años de edad". Luego asevera que Garay y Vargas lo conocieron cuando se bajaba de un taxi, en la esquina de su residencia.

4. También concurrió a estas diligencias, Marco Antonio Vargas Carmona, quien recuerda que las amenazas de Rey contra Elda de Zetien fueron "...como en el año 90, 91... la fecha exacta no recuerdo. Quizás las amenazas comenzaron en el año 89", aunque de ellas se enteró el día que allanaron la casa de la procesada. Pese a lo anterior, posteriormente advierte que presenció en alguna ocasión, en casa de Elda, la táctica de amedrentamiento que utilizaba Rey en contra de la familia Zetien, advirtiéndoles a los presentes: "...se mueren todos, se mueren todos...".

En cuanto a Rey manifiesta que lo conoció en casa de los Zetien, durante el cumpleaños de Joe Zetien, en julio aunque no recuerda la fecha precisa, y lo volvió a ver otro día cuando salía de esta residencia: "...él había bajado de la terraza y sacó la billetera como que a sacar plata y se le salió la cédula y se le cayó, y creo que fue Garay que la recogió del suelo. El señor Rey estaba esperando un taxi y ahí llegó la Policía pidiendo papeles. es más él como cargaba la ametralladora en un periódico, se la metió entre las piernas, y sacó la cédula y entonces recuerdo que el agente, le dijo 'ah usted es de Barranquilla', como todo estaba normal los agentes se fueron...". No obstante, luego

da a entender que fueron múltiples los encuentros con Rey, quien siempre se encontraba acompañado de otras personas.

Como quiera que dentro del expediente se dice que la cédula de Rey se le cayó cuando se bajaba de un taxi, se le pone de presente al declarante esta contradicción, respondiendo únicamente: "Lo que yo recuerdo es eso. Yo sé que iba a sacar plata y se le salió la cédula. No recuerdo exactamente si se iba o qué".

En lo que se refiere a Luis Mendoza, inicialmente manifiesta no conocerlo pero luego asegura que si sabía de quien se trataba. Lo cataloga como distribuidor de los estupefacientes con los que comercia Rey Mussa, información que le proporcionó la propia Elda.

5. Elda Recuero de Zetien, como los anteriores testigos, habla de las amenazas que profirió en su contra Rey Mussa a quien conoció por intermedio de Luis Mendoza, en una reunión en su casa, el 13 de julio de 1988. En el transcurso de ella, este sujeto le pidió que le guardara unos paquetes contentivos de sustancia prohibida, pues esperaba distribuirla en las fiestas de noviembre. Ante su negativa, la amenazó de muerte.

Enterados de todos estos hechos, su esposo y sus amigos Marcos Vargas y Armando Barreto, le aconsejaron que no denunciara la situación ante las autoridades, temiendo por su vida y la de los suyos. Describe a Rey como una persona de color blanco, cabellos lisos, de 1.70 de estatura y con una edad aproximada de 40 años, quien siempre andaba solo o con Mendoza.

6. Simón Manuel Garay Herrera empieza por confirmar las amenazas que Rey Mussa le hiciera a Elda. Lucygo de hablar sobre la fiesta en que conoció a este individuo, afirma no haberlo vuelto a ver, aunque recuerda que aquella misma noche, cuando la reunión se había terminado, a Rey se le cayó la cédula de ciudadanía y él se la recogió, dándose cuenta que era de Barranquilla. Respecto a su físico advierte que es un individuo de 1.70 de estatura, piel clara, cabellos lacos y bigote normal.

Con relación al acompañante de Rey en aquella oportunidad (Mendoza), manifiesta no haberlo conocido a fondo y tan sólo sabe que murió en un accidente de tránsito a finales de 1991. A continuación habla sobre la droga dejada por Rey al cuidado de Elda afirmando que la mercancía duró como veinticinco días en poder de ella, habiéndosela llevado el sujeto en el mes de noviembre. Cuando se le hace conocer el dicho de la propia Elda acerca de que el estupefaciente le fue entregado por Rey el mismo día de la fiesta, responde categóricamente que "es mentira...".

Más adelante, se le pone de presente otra contradicción que se desprende de su relato, con relación a la denuncia que formularan

Barreto y Vargas en contra de Rey. En ella se manifestó que merced a una requisita que le practicara la Policía, se estableció su procedencia barranquillera.

Garay acepta el incidente con los agentes del orden pero advierte que Rey ya se había marchado del lugar. Sin embargo, el instructor le pone de presente que en aquellas diligencias también él contó la cuestión de la misma manera. Su respuesta es diciente: "No sé, se me pasó lo que realmente dije aquí en esta Fiscalía".

En lo que se refiere al número de veces que se vio con el supuesto narcotraficante, el funcionario comisionado también lo hace caer en cuenta que en dicha oportunidad habló de varios encuentros con aquel en la residencia de Elda, mientras que ahora manifiesta haber tenido tan sólo uno. Ante esta aseveración contesta, simplemente: "No recuerdo de la versión (que) se dijo allá, no la recuerdo".

7. Armando Barreto es el último testigo que concurre a brindar sus explicaciones sobre el tema en cuestión. Comienza por recordar que sólo el nueve (9) de noviembre de 1988, día del allanamiento a la residencia de Elda, supo acerca del estupefaciente que ella tenía y de las amenazas que le había hecho Rey "...y otro joven el cual falleció el año pasado..." para que les guardara dicho espécimen.

Sobre su primer encuentro con Rey Musa relata que sucedió en noviembre de 1988, saliendo de una reunión en la casa de Elda. Cuando se disponía a tomar un taxi con Vargas y Garay, llegó Rey en compañía de su guardaespaldas. En ese momento pasó una patrulla de Policía y solicitó los documentos de identificación al grupo, diciéndoles el propio Rey "...que la cédula era de Barranquilla y yo alcancé a verificarla y después que se fueron los agentes, nos dijo que siempre andaba armado y si era verdad porque él tenía una minilingram metizada (sic) en un periódico del universal (sic)...".

Elda desconocía el contenido del paquete que le dio a guardar Rey, es su próximo escrito. A continuación describe a este sujeto como un individuo "...de tez blanca, pelo liso negro, estatura 1.70, edad de 38 a 40 años, de regular cuerpo...".

8. La Registraduría Nacional del Estado Civil proporcionó fotocopia auténtica de la tarjeta dactilar perteneciente a Oscar Rey Musa o Musa, nacido el 20 de mayo de 1959, de tez trigueña y con una estatura de 1.80 m. La fotografía enseña a una persona con rasgos negroides (pómulos salientes, boca gruesa y pelo ondulado).

La Corte:

1. La revisión es una acción especialísima que busca remediar un error judicial a través del desquiciamiento de un fallo que hace trámite a cosa juzgada. Explicable resulta, por tanto, que los fundamentos

de su alegación han de poder mostrar, con un vigor a toda prueba, la injusticia de la determinación judicial. Para ello, la ley ha dispuesto una serie de causales que permitan al accionante, mediante su ejercicio, demostrar sus afirmaciones. Todas ellas, a no dudarlo, exigen no sólo el rigor jurídico y conceptual que es de esperarse, sino una demostración palpable del tropiezo judicial, sin que haya lugar a dudas, ambigüedades, incertidumbre, o poquedad probatoria.

2. En el caso de la especie, el apoderado de la condenada invoca la causal tercera de revisión, pues a su juicio, existen hechos nuevos, no conocidos cuando se realizó el debate probatorio que culminó con la sentencia condenatoria a su poderdante. A un estado de necesidad atribuye el profesional el comportamiento que se le reprochó a Elda de Zetien. Para confirmarlo, trae en su ayuda las versiones de personas que, de una u otra forma, se enteraron de la anómala situación.

El esposo, la hija, y tres amigos de la familia concurren a estas diligencias para hablar sobre las amenazas de muerte que la sentenciada sufrió a manos de un extraño si no le guardaba una sustancia prohibida, la misma que provocó su aprehensión y condena cuando fue allanada su residencia en busca de estupefacientes y armas. Fruto de este amedrentamiento fue el silencio que guardaron todas ellas en el curso del proceso judicial que se le siguió a la señora de Zetien.

3. La anómala situación puesta en relieve por el revisionista obligó a la Sala a darle curso a la acción impetrada, ordenando la recepción de las pruebas que consideró necesarias para su ilustración. Debián constatarse las amenazas surridas y la real existencia de Oscar Rey Musso, y como se lo había denunciado por estos hechos, era pertinente conocer los pormenores de esta nueva investigación.

Se escuchó, entonces, a quienes, según el actor, podían informar sobre los pormenores del suceso puesto en conocimiento de la Corte. Primero concurrió la hija de Elda (Glenis Zetien Recuero), luego su esposo (Guillermo Zetien Heredia), y finalmente la propia interesada, comenzando las inconsistencias y contradicciones que, más tarde, se observarían en los demás testigos.

3. Los tres coinciden en que conocieron a Rey por intermedio de Luis Mendoza, en una reunión familiar en casa de los Zetien, y dan cuenta (Glenis y Guillermo) de la muerte de este último en un accidente de tránsito. Sin embargo, cuando en el desarrollo del tema se les indaga a los dos últimos por la fecha del fallecimiento, surge una divergencia preocupante. Según Glenis, el hecho tuvo lugar el primero (1º) de septiembre de 1991, mientras el segundo, señala como fecha de ocurrencia el año de 1989, esto es, dos años antes. Tan grandes diferencias arrojan una sombra de sospecha sobre las versiones.

Otra diferencia se marca cuando se refieren a la manera como sus amigos, Caray y Vargas, conocieron a Rey. Mientras Glenis adver-

que el encuentro se produjo en "...la reunión que había en la casa, o sea un cumpleaños de un hermano...", su padre asegura que el contacto se realizó cuando éste se bajaba de un taxi, en la esquina de la casa de habitación de los Zetien. En ese momento se le cayó la cédula al piso "...y fue cuando Garay y Vargas se dieron cuenta que ese era Rey Mussa de quien yo les había hablado".

Pero aún falta más. Es el propio cabeza de familia de los Zetien quien, por sí mismo, termina por sembrar de confusión su relato. Cuando se le pide la fecha en que le presentaron al narcotraficante, indica el cumpleaños de Joe, su hijo. Se le exige más precisión y da el año, 1988, y el mes: "...eso fue a mitad de noviembre eso fue como el 14 o 15...". El dato es curioso, pues, según sus palabras finales, el onomástico de Joe es el 13 de julio, es decir, cuatro meses antes, situación confirmada por Elda al rendir su versión en estas diligencias.

Ahora bien, asegura que fue en esta reunión que conoció a dicho individuo. La diligencia es protuberante, pues el allanamiento que produjo la aprehensión de su esposa Elda, sucedió el 9 de noviembre anterior. Esto es, cuando aún no había conocido a Rey, por lo cual no podía tener en su poder la bolsa con estupefacientes que le había ordenado guardar este sujeto, ni mucho menos había sufrido las amenazas de muerte que la obligaron a cumplir sus instrucciones.

4. Los desaciertos prosiguen, esta vez en cabeza del trío de amigos que, según el actor, pueden dar fe de lo dicho en la demanda. Marco Antonio Vargas es el primero. Lo primordial a destacar es su imprecisión acerca de la época en que tuvieron lugar las amenazas contra Elda. Habla de 1990, 1991, incluso advierte que, quizás, comenzaron en 1989. Es decir, por lo menos un año después de la aprehensión de su amiga como resultado de habersele entregado la droga penalmente vedada. Pero cuándo se enteró de ellas? Asegura que fue en el allanamiento, aunque renglones adelante echa pie atrás y advierte que, en alguna ocasión, se dio cuenta cuando el sujeto llegó a la casa de los Zetien, en dicha actitud agresiva.

Pero cuándo conoció a Rey? En la fiesta que los Zetien le hicieron a su hijo Joe, por estar cumpliendo años. Con ello contradice el dicho del propio Guillermo Zetien quien aseguró que sus amigos tuvieron el primer contacto con Rey, en la esquina de su casa, cuando éste se bajaba de un taxi. Precisamente este último suceso, aunque con algunas variantes, es el presentado por Vargas como la segunda vez que lo vio.

Aquí vale la pena detenerse un momento, pues este incidente ha sido puesto de relieve por todos los declarantes. Su importancia para ellos radica en que pudieron darse cuenta que el sujeto era de Barranquilla. Sin embargo, los relatos son diferentes.

Guillermo asegura que el presunto delincuente llegaba en un taxi, en la esquina de su casa, y que al sacar la billeteira para pagar la

carrera, se le cayó la cédula "...y fue cuando Garay y Vargas se dieron cuenta que ese era Rey Mussa de quien yo les había hablado".

En cambio, Vargas sitúa a Rey saliendo de la residencia de los Zetien, cuando "...él había bajado de la terraza y sacó la billeteira como que a sacar plata y se le salió la cédula y se le cayó...", recogiéndosela al parecer Garay. Pero agrega un ingrediente adicional. Roy estaba esperando un taxi y en ese momento se hizo presente la Policía y le pidió papeles. Entonces sacó la cédula de ciudadanía, comentando al agente su procedencia barranquillera. Ante la discordancia, el testigo se muestra incapaz de dar una explicación razonable. Simplemente advierte que eso es lo que evoca aunque al final dice que no recuerda "...si se iba o qué...".

5. Simón Garay brinda mayor confusión al asunto. Luego de hablar de la fiesta en que conoció al sujeto de marras, manifiesta no haberlo visto a ver. Y el incidente de la cédula? Este declarante asegura que sucedió aquella misma noche, confirmando que el documento se le cayó al individuo y que él se lo recogió, dándose cuenta que era de Barranquilla. En cuanto a la requisita, acepta que sucedió pero cuando Rey ya se había marchado. Como en la denuncia que entablaron contra Rey, él había contado los hechos de diferente manera, sólo acierta a responder: "No sé, se me pasó lo que realmente dije aquí en esta Fiscalía".

Cuando se le pregunta por el acompañante de Rey, asegura que no lo conoció, aunque también da cuenta de su muerte en un accidente de tránsito, sólo que la coloca a finales de 1991, a diferencia de Guillermo Zetien que, como se recuerda, señala el año de 1999 como la época del fallecimiento, aunque coincide con Glenis quien indica el 1º de septiembre de 1991.

No obstante, su mayor oposición con el resto de declarantes lo comete cuando habla del momento en el que Rey le entregó a Elda el paquete con el estupefaciente. Fue en el mes de noviembre, asegura, habiendo permanecido en poder de la mujer unos veinticinco días. Sin embargo, como la propia interesada asegura que llegó a sus manos el día de la fiesta, esto es, en el mes de julio, el testigo la desmiente y se sostiene en su dicho.

A estas alturas, la credibilidad del declarante se encuentra reducida a su mínima expresión. Sólo falta el remate. Este tiene que ver con el número de veces que se vio con Rey. Cuando entabló la denuncia en su contra, dijo haberse encontrado con él en varias oportunidades, pero ahora sólo habla de una. Su explicación se reduce a esta frase: "No recuerdo de la versión se dijo allá (sic), no la recuerdo".

6. Resta por examinar la declaración de Armando Barreto. De entrada, cuando brinda su exégesis sobre su primer encuentro con Rey, se separa de las deposiciones de Garay y Vargas. Es la calle el lugar

donde lo ve, cuando llega en un taxi, acompañado de su guardaespaldas. Sólo en este momento se produce la requisita policial. Recuérdese que Vargas sitúa a Rey esperando el taxi, mientras Garay habla de él pero destaca que ya se había ausentado del lugar. Sólo queda por evidenciar el afán del declarante por salvar de toda responsabilidad a la condenada. Cuando se le pregunta si ella supo qué contenía el paquete que le dio a guardar Rey, asegura enfáticamente que no, desmitiéndole a ella misma quien, según sus palabras, desde el primer momento se enteró de ello, pero calló ante las amenazas de Rey.

7. Corresponde ahora examinar la descripción física que los denunciantes, todos a una, dan del individuo que, con sus amenazas causó la zozobra a la familia Zetien. Según todos ellos, el individuo es de edad madura, unos cuarenta años, de pelo liso, y de estatura media, aproximadamente 1.70 m. y de tez blanca. Sin embargo, los datos que proporciona la tarjeta decadactilar de quien respondió al nombre de Oscar Rey Musa o Musa, única persona encontrada con ese nombre, es la de un individuo que para la época de los acontecimientos tenía veintinueve años, posee pelo ondulado, tez trigueña y mide 1.80 m. de estatura. Es evidente que se trata de dos personas diferentes.

8. Las contradicciones manifiestas entre los declarantes temprano demuestran la sinrazón de lo impetrado. Sucesos, fechas, detalles de todo tipo, son narrados con diferencias protuberantes y sólo se observa coincidencia en datos nimios como el que se refiere a la manera cómo el sujeto envolvía la metralleta. Textualmente, en un ejemplar del periódico "El Universal".

Además, presentan hechos insólitos como el de la requisita que se le practicara al individuo por las fuerzas del orden. Según los testigos, en aquel momento llevaba en la mano, envuelta en el diario reseñado, dicha arma de fuego. Sin embargo, el policial no se la descubre, pese al sospechoso paquete que, simplemente, lo sostuvo entre las piernas, mientras enseñaba sus documentos de identificación.

El pretendido "hecho nuevo", de acuerdo con las probanzas recaudadas, no presenta tal categoría. Paso a paso, la Sala tuvo el cuidado de reseñar las inconsistencias de los testigos, para demostrar, sin la menor duda, que se pretendió realizar un montaje al presentar esta acción, pretendiéndose hacer incurrir en error a la administración de justicia.

El rechazo enfático a este proceder, es la respuesta. Por ello la Corte —aparte de declarar la improcedencia de la revisión— ordenará que se compulsen las copias necesarias a fin de que las autoridades investiguen la posible comisión de un delito de falso testimonio, por parte de Glenis Zetien Recuero, Guillermo Zetien Heredia, Marco Antonio Vargas Carmona, Simón Manuel Garay Herrera y Armando Barreto Yepes.

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:

Declarar que no es procedente la acción de revisión impetrada por el apoderado de Eida Recuero de Zetien, contra la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Superior de Cartagena, por una violación a la Ley 30 de 1986.

Ordenar la compulsación de copias con destino a las autoridades competentes, a fin de que se investigue la posible comisión de un delito de falso testimonio, por parte de Glenis Zetien Recuero, Guillermo Zetien Heredia, Marco Antonio Vargas Carmona, Simón Manuel Garay Herrera y Armando Barrato Yepes, conforme se expuso en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

En firme, archívese el expediente.

Juan Manuel Torres Presneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Curreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dicímo Páez Venecia, Edgar Saccedru Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Coriés Garnica, Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA

Tanto la actuación con jurado como la realizada con la exclusiva intervención del juez de derecho, ostentan igual virtud. De no ser esto cierto, tendría que aceptarse como tesis valedera algo imposible de atender como tal por una manifiesta ilogicidad, o sea, que los sometidos a los falladores de derecho, reciben una administración de justicia viejada y ajena a todo signo de equidad. La realidad jurídica se muestra ajena a ese despropósito, máxime cuando el sistema judicial imperante en nuestro medio procura hacerse a togados independientes, versados, sometidos a toda clase de controles, etc. / La Constitución Nacional vigente, su artículo 116, prohibió, salvedad hecha de los árbitros y conciliadores, el que particulares pudieran administrar justicia, precepto que llevó al Consejo Superior de la Judicatura, organismo encargado de elaborar las listas de jurados —art. 74 del Código de Procedimiento Penal—, indispensables a la forma de juzgamiento prevista en los artículos 458 y siguientes ibidem, a abstenerse de cumplir con ese cometido, para no contrariar la normatividad constitucional ya mencionada.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 46, mayo 18 de 1993.

Vistos:

Se pronuncia la Sala de Casación Penal sobre el recurso interpuesto contra la sentencia del veintiséis de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, y en la cual, por los delitos de "homicidio agravado y hurto calificado", se impuso veintitrés (23) años de prisión, como coautores, a *Serafín Sánchez Burgos* y a los hermanos *Edilberto* y *Leorigildo Sánchez Parra*, rebajando de ese modo la pena privativa de la libertad

señalada por el Juzgado Primero Superior de la mencionada ciudad, el cual la fijó en veintisiete años.

Todos los condenados acudieron en casación, impugnación admitida en auto de veintisiete de enero de 1992; pero sólo los apoderados de los Sánchez Parra presentaron las correspondientes demandas, reconocidas como ajustadas a las formalidades de la ley, en proveído de cuatro de agosto del año últimamente citado.

Hechos y actuación procedimental:

El Tribunal dice de los primeros:

"...Se sabe que en las horas de la mañana del día veintiuno (21) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986) Serafín Sánchez Burgos y los hermanos Leovigildo y Edilberto Sánchez Parra, se trasladaron, desde la localidad de Chiquinquirá hasta la ciudad de Tunja en donde de inmediato tomaron otro vehículo que los condujo hasta Duitama a donde arribaron en las horas de la tarde de esa misma fecha. En este último lugar permanecieron por varias horas y cuando se aproximaba la noche se contrataron los servicios del taxi marca Dodge, placa XI-1833 con supuesto destino a Tibabosa. Este automotor fue abordado por los tres individuos mencionados y al poco tiempo de iniciarse el recorrido se obligó al conductor Carlos Armando Valderrama Tamayo a desviar la trayectoria normal hasta la población que se le había indicado. El taxi fue encaminado hasta un paraje solitario en donde se consumó el despojo del vehículo y se dio muerte al infeliz taxista, luego de quitarle una suma de dinero. Una vez el automotor en poder de los sindicados, se encaminaron hasta el municipio de Paipa, en donde se aprovisionaron de combustible por valor de \$ 1.000.00 en la estación de servicio 'La Gran Vía', a eso de las 7:10 de la noche y la cual se encontraba a cargo del empleado José Ananías Benavides, a quien se intimidó con arma de fuego para tratar de introducirlo en el carro con el propósito de sustraerle las sumas de efectivo que pudiera portar como recaudo del expendio habitual empero reaccionó lanzando voces de auxilio por lo que se le propinó un tiro en el cráneo que más tarde le ocasionó la muerte, emprendiendo la huida los implicados hasta el sitio denominado 'Maguncia' en donde una insparada falla del automotor sustraído los obligó a abandonarlo, produciéndose en inmediaciones de ese sector la captura por parte de Unidades de la Policía Nacional, contándose con ayuda de la Defensa Civil de la localidad de Paipa...".

Y la Delegada destaca de lo segundo que "con soporte en el acta de levantamiento del cadáver de Carlos Armando Valderrama Tamayo, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibabosa dictó auto cabeza de proceso el veintidós de enero de mil novecientos ochenta y seis, disponiendo la práctica de múltiples pruebas.

"Así mismo fue puesto en conocimiento de la autoridad, el homicidio del señor José Ananías Benavides, mediante denuncia formulada por la señora Adelina Angarita de Benavides ante el Juzgado Penal Municipal de Paipa.

"El Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Viterbo, decidió tramitar los sumarios conjuntamente según lo dispuso en auto de enero veinticinco de mil novecientos ochenta y seis.

"Vinculados en legal forma al proceso los ciudadanos Serafín Burgos, Edilberto Sánchez Parra y Leovigildo Sánchez Parra, se resolvió su situación jurídica con detención preventiva como presuntos responsables de los delitos de homicidio y hurto calificado, el tres de febrero de 1986.

"Cumplido el término comisorio, el instructor envió las diligencias por competencia al superior.

"Avocado el conocimiento del asunto por el Juez Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo el quince de abril de mil novecientos ochenta y seis, se calificó el mérito del sumario con auto de llamamiento a juicio en contra de los sindicados Serafín Sánchez Burgos, Edilberto Sánchez Parra y Leovigildo Sánchez Parra como coautores de los delitos de homicidio y hurto (mayo 28 de 1986).

"Impugnado por el defensor del encartado Sánchez Parra el auto reseñado, es confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

"Abierto juicio a pruebas, se decretó la probanza pedida por el defensor de Serafín Sánchez Burgos, en el sentido de auscultar científicamente el estado mental del procesado. El Juzgado no decretó pruebas de oficio.

"Transcurrió esta etapa procesal básicamente con solicitudes de libertad las que fueron negadas en su totalidad y además se evaluaron los perjuicios ocasionados por los delitos.

"La vista pública se fijó inicialmente para el dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y ocho la cual se suspendió por incapacidad del señor defensor de los procesados Sánchez Parra. Se dispuso proseguirla el siete de abril.

"Por tal hecho, los apoderados de los procesados Sánchez Burgos y Leovigildo Sánchez Parra solicitaron se declarara la nulidad de todo lo actuado a partir de tal fecha —18 de febrero de 1988— bajo la consideración de haber sido vulnerados los artículos 306, 508 y 497 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que el Juzgado procedió a instalarla —la audiencia— mas no a aplazarla.

"Negada la nulidad propuesta en virtud de auto fechado marzo nueve de 1988 por el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo, éste es apelado y concedido en el efecto suspensivo el recurso. Al respecto, el Tribunal Superior confirmó la decisión de primera instancia, según providencia fechada el siete de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

"Ocurrido lo anterior, se señaló como fecha para continuar la audiencia el veinte de septiembre de 1988, y una vez más se vio entorpecido su desarrollo porque los enjuiciados no se hicieron presentes.

"El cuatro de mayo de 1989, tuvo por fin ocurrencia el acto público, siendo declarado contraevidente el veredicto según pronunciamiento del Juez Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo, que lleva fecha doce de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, y confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial el 11 de septiembre de 1989.

"La Sala recuerda la totalidad de veredictaciones declaradas contraevidentes: Para Serafín Sánchez (responsabilidad en los homicidios de Valderrama y Benavides, pero a título preterintencional y sin agravantes; responsabilidad en los atentados al patrimonio económico); Edilberto Sánchez (en los dos homicidios, ninguna responsabilidad); en uno de los atentados patrimoniales, responsabilidad); y, Leovigildo Sánchez (ninguna responsabilidad en todos los delitos, es decir, fue un simple espectador o testigo).

"En su oportunidad, se dispuso celebrar segunda y definitiva audiencia el 30 de mayo de 1990, sin la intervención del jurado, habida cuenta la vigencia de nuevas normas de carácter procesal atinentes al efecto (Decreto 1861 de 1989). Sin embargo fue aplazada su celebración por encontrarse el juez en tarea escrutadora.

"Con auto de junio veintidós de mil novecientos noventa se dispuso fijar como fecha para audiencia el nueve de agosto de mil novecientos noventa, dentro de ella el señor defensor apeló de la decisión en virtud de la cual el Juez Primero consideró tramitar la vista pública sin intervención del jurado popular, debiéndose suspender por tal hecho el acto. El Tribunal confirmó lo sostenido por el *a quo* (septiembre 24 de 1990).

"Reprogramada en dos oportunidades más la audiencia, como fue costumbre dentro del proceso (diciembre 13 de 1990 - abril 4 de 1991), culminó ésta con la sentencia de primera instancia a la cual ya se hizo referencia en acápite anterior, decisión que fue oportunamente impugnada.

"El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo desató la segunda instancia, según se dejó reseñado".

La demanda presentada en favor de Edilberto Sánchez Parra:

Con apoyo en el artículo 580-4 del Decreto 409 de 1971 (hoy artículo 226-3 del Decreto 050 de 1987, modificado por el art. 15 del Decreto 1861 de 1989), se cuestiona la competencia del juez de derecho, ya que este omitió la intervención del jurado de conciencia. La argumentación, puede resumirse en el desconocimiento del derecho procesal que tenía el sentenciado, una vez declarada la contraevidencia del veredicto emitido por primera ocasión, a que se terminara el juicio en esta misma forma.

Conviene extractar este su comentario: "5.3. El contenido y alcance del Decreto 1861 de 1989 se refiere específicamente a la derogatoria de la modalidad de juzgamiento con jurado, no deliberante, consagrada en el Decreto 050 de 1987; tanto así, que el mencionado decreto cita específicamente los decretos derogados del 050 de 1987, pero en ningún momento relaciona o deroga el artículo 677 que es precisamente la norma que gobierna la transición entre el Código de 1971 y el de 1987, disponiendo que aquellos procesos en que para el momento de entrada en vigencia de esta nueva norma se encontraron con auto de cierre de investigación ejecutoriado se les aplicaría el Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto 409 de 1971). Quiere decir lo anterior, que el juzgamiento de mi defendido, Edilberto Sánchez Parra, por disposición legal tiene un procedimiento claro y concreto como es el de el Código de Procedimiento Penal de 1971. Aquí realmente, dada la claridad de las disposiciones, no es necesario apelar a la Ley 153 de 1887, porque no se trata de interpretaciones a la ley puesto que la claridad de la misma rovela ese tipo de análisis".

La demanda presentada en favor de Leovigildo Sánchez Parra:

En esta se acusa la sentencia como violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial, que se concreta en tres cargos:

1. En este de manera textual se escribe: "Tipificante en el delito de doble homicidio y hurtos calificados, por error de hecho al considerar que estaba perfectamente demostrado sin que existiera la prueba plena para agravar la calificación".

Sobre el particular se menciona la confesión de Serafín Sánchez Burgos, quien "en su primera salida procesal" asumió la autoría de todo lo sucedido: Contratación del taxi, disparo sobre Carlos Armando Valderrama Tamayo, el despojo de \$ 600.00; el aprovisionamiento de gasolina, en el surtidor "La Gran Vía", por valor de \$ 1.000.00, el intento de subir al automotor a José Ananías Benavides, para apoderarse del dinero de las ventas, pero como gritó "le disparó de los nervios".

Esto permite aseverar, entonces, que no obstante "la existencia de estas probanzas el juzgador *supone, imagina*, que los tres planearon los ilícitos y que formaron una *empresa criminal*" ésto no se pudo comprobar sólo fue en la mente del fallador que lamentablemente por reformas de la ley hizo el llamamiento a juicio y también la calificación; afirman que hicieron causa criminal en forma voluntaria para poder llevar a cabo los ilícitos razón por la cual los denominó coautores, sin haber profundizado cuáles fueron sus grados de participación.

2. "Errores en la estimación probatoria, lo que llevó a condenar a Leovigildo Sánchez Parra, como coautor sin haber valorado la prueba de confesión y los grados de participación del hecho punible, es decir sin hasta (sic) probada la responsabilidad".

En este punto advierte como demostración establecida en el sumario, "que quien eliminó a Carlos Armando Valderrama Tamayo, fue Serafín Sánchez Burgos; igualmente se manifestó que quien eliminó al bombero José Anselmo Benavides fue el conductor del taxi señor Edilberto Sánchez Parra. Cosa similar hizo el Juzgado fallador luego era del caso individualizar las penas porque en materia criminal las responsabilidades no se comparten, luego fue la imaginación y la apreciación errónea de la prueba del fallador para denominar los coautores, sin embargo la figura no reúne los requisitos a saber:

"A) Que todos tomen parte en la ejecución del hecho punible. Sabemos que el bombero recibió un solo disparo de uno de los hoy procesados Serafín porque confesó o Edilberto porque lo sindica algún testigo presencial. Cómo se explica que Leovigildo Sánchez Parra haya participado? Se dirá que con su consentimiento, pero esto no es suficiente para que se configure la exigencia de la norma;

"B) Que todos hayan participado en el proceso ejecutivo del iter criminis: Es decir que las etapas y preparatorias y las consumatorias del hecho haya habido una cooperación material suficiente para producir los resultados finales;

"C) Que haya comunicabilidad de las circunstancias concomitantes al hecho principal y que estas sean conocidas con anterioridad por todos: Para nuestro caso está probado que Serafín, Edilberto y Leovigildo en el trayecto de los municipios Tibasosa-Paipa no acordaron eliminación del bombero. Todo lo que se diga al respecto son suposiciones porque en ninguna parte se pudo probar es decir, no hay certeza al respecto".

3. "Se aplicó indebidamente el artículo 324 del C. Penal que describe el homicidio agravado sin estar demostrada la existencia de las causales que fundamentan esta agravación, ni menos aún la responsabilidad del procesado con lo que respecta a Leovigildo Sánchez Parra".

Y se agrega: "Como lo he dicho a través de esta demanda no se da el homicidio agravado para mi cliente, pues sólo fue un testigo más de la locura criminosa quizá llevado por el alcohol de Serafín Sánchez Burgos, ni siquiera se podría calificar como homicidio simple para el caso de Leovigildo Sánchez Parra, por cuanto ni llevaba armas y sólo las víctimas recibieron un solo disparo que lamentablemente fue mortal y con la misma arma homicida que se probó que era de Serafín Sánchez Burgos.

"No existe prueba alguna que Leovigildo Sánchez Parra hoy procesado y condenado a 23 años de prisión haya ejecutado algún acto para cometer los ilícitos que se le endilgaron; por ello considero que erró el Tribunal al confirmar la sentencia del Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo, sin valorar todas las pruebas aportadas" —Todas las transcripciones al pie de letra—.

*Consideraciones de la Sala y del
Procurador Tercero Delegado en lo Penal:*

Como bien lo recuerda el Ministerio Público, constituye opinión predominante, ante el cambio de legislación incidente en la intervención del jurado de conciencia, señalar que bajo ese sistema deben terminarse las audiencias en vía de realización, o en otras palabras, que estuvieren celebrándose de manera efectiva y real el día dieciocho (18) de agosto de 1989, fecha en que inició su vigencia el Decreto 1861, que terminó con este sistema de juzgamiento. La interpretación resulta clara, al menos para quienes apoyan este criterio, de no involucrar dentro de la tesis de la continuación del trámite anterior las audiencias por cumplirse, bien porque estas aparezcan como consecuencia obligada de una declaratoria de contraevidencia, bien porque aún no dándose este presupuesto, el Juzgado respectivo hubiera ya señalado la fecha y hora para su realización. Lo que la ley previó no fueron estas hipotéticas o propincuas actuaciones, sino el acto de estarse llevando a cabo, evitando en el cual la diligencia que se desarrolla no debe suspenderse o excluirse, sino cumplirse de manera cabal hasta su finalización. Pero nada más. Todo lo otro apenas constituye lucubración que no se compadece ni con las razones de ser de la modificación procesal comentada, ni con la estructura misma del funcionamiento de la justicia en Colombia y la tradición de aplicar de inmediato las enmiendas que afectan los trámites, a no ser que las mismas, y no es el caso analizado, comprometan grave, críteria e injustamente la situación de los procesados. Alegaciones relacionadas con la benignidad que suele adjudicarse a la participación del jurado de conciencia, demuestran no tanto la justicia per sé de las decisiones tomadas por él como si el que éste se aparta de este cometido, no para consultar su propia conciencia, sino para asumir una veredictación que se cree será siempre más compasiva y generosa, incluida la absolución. Lo cual no siempre resulta en dirección tal, ni puede demostrarse eficiente.

temente la ocurrencia fatal de ese fenómeno, al menos cuando el jurado no se ve intervenido en su autonomía y libertad. Porque, así ducla reconocerlo, la praxis judicial de los últimos tiempos, ha logrado evidenciar que tan benévolos trato, llevado en ciertos casos a extremos insólitos e insufribles, ha tenido por causa malignos y externos factores, concretamente la violencia con que el sicariato logró neutralizar y avasallar a indefensos jurados de conciencia. De otro lado, la reforma, que se considera por algunos como una excepción al moderno y demócratico régimen de administrar justicia no tiene esa caracterización pues tanto la actuación con jurado como la realizada con la exclusiva intervención del juez de derecho, ostentan igual virtud. De no ser esto cierto, tendría que aceptarse como tesis valedera algo imposible de atender como tal por una manifiesta ilogicidad, o sea, que los sometidos a los falladores de derecho, reciben una administración de justicia vivida y ajena a todo signo de equidad. La realidad jurídica se muestra ajena a ese despropósito, máxime cuando el sistema judicial imperante en nuestro medio procura hacerse a togados independientes, versados, sometidos a toda clase de controles, etc.

De modo, pues, que conviene retirar del ámbito de las discusiones serias los aspavientos y así como, pese a las fundadas objeciones que continuamente se formularon contra el jurado de conciencia, se mantuvo su funcionamiento, llegada la hora de su desaparición, hay que aceptarla con igual espíritu de entender que todos estos esfuerzos procuran, al menos por igual, la vigencia de la justicia.

Finalmente, y la razón se caracteriza como absolutamente invulnerable, la Constitución Nacional vigente, en su artículo 116, prohibió, salvedad hecha de los árbitros y conciliadores, el que particulares pudieran administrar justicia, precepto que llevó al Consejo Superior de la Judicatura, organismo encargado de elaborar las listas de jurados —art. 74 del Código de Procedimiento Penal—, indispensables a la forma de juzgamiento prevista en los artículos 458 y siguientes *ibidem*, a abstenerse de cumplir con ese cometido, para no contrariar la normatividad constitucional ya mencionada.

Resulta, pues, un imposible atender la propuesta del recurrente, en el sentido de convocar un segundo jurado de conciencia, evidenciándose así la legal competencia ejercitada por el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial.

Lo anterior, en cuanto a la alegación introducida en beneficio de Edilberto Sánchez Parra.

Ahora aborda la Sala lo referente a Leovigildo Sánchez Parra, debiéndose declarar que la conjunta respuesta que se da a los tres cargos formulados en la demanda obedece a que todos ellos apenas si representan una única acusación, pues todo se reduce a considerar que no hay prueba que comprometa a este sentenciado, como coautor, deter-

minador, cómplice o en la deducción de la calificante, en los homicidios y en los atentados a la propiedad de las víctimas, ya que sólo lo detectable fue haber sido pasivo pasajero de tan extensa y criminosa correría y ser mudo espectátor de tan insensibles atentados.

En esta sección debe anotarse:

a) La demanda se resiente de extrema restricción mental pues se limita al enunciado general de no darse la prueba de compromiso para Leovigildo, sin detenerse a rememorar y menos a refutar lo que el Tribunal estimó en sentido contrario, o a revalorar, adecuada y específicamente, la prueba que apoya una conclusión de tan significativa entidad al cual se acude, teniéndose que adivinar su modalidad, en un caso, de suposición de los elementos de convicción, y, en otros, la de distorsión de la confesión de Serafín Sánchez Burgos. De ésta importa destacar que pretendiendo cubrir todo el amplio esquema delictivo, resulta comprometido en gran parte del mismo el procesado Edilberto, pues éste afirma que, bajo coacción manejaba el taxi, y los testigos María Sildana Martínez Acevedo —fl. 115— y su hijo menor Wilson Andrés Rojas —fl. 126—, afirman del conductor de ese vehículo la mortal agresión contra Ananias Beravides;

b) Pero en el fondo lo que trasciende de la demanda es más bien un error de derecho por falso juicio de convicción, pues se cuestiona, sin dar mayores argumentos, la atención que prestó el Tribunal a algunos elementos probatorios (v.gr. las contradicciones e incoherencias de los comprometidos; la manifestación de Serafín de haber conducido, con Leovigildo, al taxista al lugar donde éste fue ultimado, restándole credibilidad a la excusa de este procesado de haberse desentendido de este último momento por atender a una necesidad fisiológica) y el ningún miramiento que tuvo para con otros, posición inconducente por la naturaleza de la prueba que se maneja, ajena a un valor predeterminado por la ley, y porque nunca se estuvo siquiera cercano a demostrar que el Tribunal abandonó por completo toda regla de sana crítica. En síntesis, se pretende con una simple y contradictoria creencia de la demandante (Serafín se dijo autor de todo y de manera excluyente; Edilberto se exhibió como autor de parte de los hechos; Leovigildo no portaba arma, no ejecutó nada de los hechos) contrarrestar las deducciones de la segunda instancia, con preseverancia, a este respecto, de la presunción de acierto y legalidad inherente al fallo objetado;

c) Con razón la Delegada, al disecionar el segundo cargo, anota: Es de "observar cómo mezcla fatalmente el falso juicio de existencia con el de identidad, que bien sabido es, son excluyentes. Dice la censora, refiriéndose a la apreciación probatoria: "Para el caso que nos ocupa parece que el examen se hizo pero las decisiones finales a la postre resultaron (sic) contrarias" y a renglón seguido señaló: "Luego fue la imaginación y la apreciación errónea de la prueba del fallador para denominar los coautores".

"Por otra parte y empeorando la situación del cargo, refiere igualmente su censura dentro de los cauces de un supuesto falso juicio de existencia por omisión respecto de la prueba de confesión del señor Serafín Sánchez Burgos.

"En cuanto a esto último cabe hacer dos planteamientos. El primero consiste en que no hubo omisión de análisis del juzgador acerca de lo expresado por el citado imputado en sus intervenciones dentro del proceso, y segundo que lo cierto es que el Tribunal en su labor examinadora, llegó a conclusiones diversas de las queridas por la defensora en el sentido de no considerarlo —al procesado— como único y directo responsable de los hechos, conclusión a la que abordó, gracias al exhaustivo estudio de los múltiples medios probatorios allegados al proceso".

Y en otro decisivo aparte consigna como justiprecio del amago dialéctico de la libelista el que se limitó a "rodeos especulativos, retomando ideas propuestas con anterioridad, en lo que más pareciera ser un alegato precario, propiedad de las instancias e inadecuable a una estructurada y formal demanda de casación.

"Mirado así el cargo, donde la censora no logró determinar la naturaleza y modalidades de los yerrores denunciados, no pudo fundamentar la impugnación contra la sentencia, no demostró su trascendencia en la parte resolutiva de ésta, deja una invariable alternativa: Que el cargo no prospera por la amalgama de falencias técnicas".

Los cargos no prosperan.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresnedo, Ricardo Calreto Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dalmio Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Coriéy Garnica, Secretario.

MINISTERIO PÚBLICO / IMPEDIMENTO

Se entiende que bajo el régimen del anterior Código de Procedimiento Penal (art. 115), como el que ahora rige (art. 112), se prevea la posibilidad de que tanto el Procurador General de la Nación como sus agentes y delegados puedan declarar sus impedimentos cuando en ellosobre alguna de las causales legales establecidas al efecto, o en caso de guardar silencio sobre esa excusa, puedan ser recusados en las mismas condiciones en que pudieran serlo los funcionarios judiciales. / Cuando por cualquier circunstancia uno de tales funcionarios no participa en una porción procesal, ello no quiere decir necesaria o fatalmente que el Ministerio Público como tal no se encuentre presente en la actuación. Por consiguiente, ha de examinarse, no la ausencia en sí del agente, sino las consecuencias que se desprenden de ella.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintimismo de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 35.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en contra de la sentencia de fecha septiembre 19 de 1991, por medio de la cual se confirmó con algunas modificaciones relativas al resarcimiento de perjuicios la de condena proferida por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad en contra de *Carlos Arturo Aza Bolanos*, acusado por un delito de homicidio.

Hechos y sinopsis procesal:

1. A eso de las ocho y treinta de la noche del 11 de enero de 1990, a la altura de la carrera 1^{er} con calle 19 de la ciudad de Cali, y cuando intentaba cruzar la vía pública, fue arrollado el anciano Alvaro Payán

Rorrero por el bus de placas VJ-7487 afiliado a la Empresa de "Buses Verdes Bretaña", conducido por Carlos Arturo Aza Bolaños.

2. Cumplida la diligencia de levantamiento del cadáver por el Juzgado Primero Permanente de Cali, la actuación pasó al conocimiento del Juzgado Quince de Instrucción radicado en aquella sede, dando apertura a la investigación y vinculando a ella mediante injurada al conductor Aza Bolaños, a quien se cobijó en la calificación sumarial con cesación de procedimiento.

Conociendo de esta providencia por vía de alzada, el Tribunal la revocó para decretar en su lugar resolución de acusación y medida de aseguramiento de detención preventiva, pasando el asunto al conocimiento del Juez Tercero (3º) Superior de Cali, quien el veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), condenó al enjuiciado a la pena principal de 2 años de prisión, un mil pesos de multa y suspensión de licencia para la conducción de vehículos automotores por un año como responsable del delito de homicidio culposo, le impuso como pena accesoria la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional, y le obligó al resarcimiento de perjuicios en favor de la viuda María Vilma de Payán, otorgándole plazos para el pago de la indemnización como de la multa.

Apelada la decisión por la defensora del acusado, el Tribunal hizo el traslado de rigor al Fiscal Segundo (2º) de la Corporación quien manifestó su impedimento para intervenir en ese trámite, invocando la causal prevista en el artículo 535 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal.

Ingresado el asunto a Despacho, y sin resolver sobre la excusación manifestada, la Sala se pronunció de fondo revocando en parte el fallo recurrido. Tal decisión provocó la protesta inmediata del Agente del Ministerio Público impetrando la nulidad de lo actuado, en cuanto la sentencia se produjo sin previo pronunciamiento de esa oficina ni posibilidad de hacerlo en tanto hubiese definición incidental.

Sin impulsar aún los trámites propios de la notificación, el Tribunal se pronunció por la donegación del impedimento, decisión que llevó al funcionario a interponer el recurso extraordinario de casación, que compete ahora resolverle.

La demanda:

Un solo cargo formula el recurrente bajo el amparo de la causal tercera de casación. Considera que al no haberse pronunciado oportunamente la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Cali, con relación al impedimento que había declarado, se generó un vicio de procedimiento que alteró la relación jurídico-procesal por desconocimiento de las garantías esenciales a las partes.

Explica, entonces, que "el debido proceso se alteró de dos formas, a saber, la primera por no haberse resuelto oportunamente el impedimento que reclamaba el Fiscal del Tribunal (fl. 260) y, la segunda, porque al no haberse decidido dicho impedimento no hubo Agente Fiscal para conceptualizar como lo ordena la ley".

En el primer caso, agrega, la falta de pronunciamiento por parte del Tribunal, antes de entrar a decidir la apelación, constituyó una omisión trascendental de las formas propias del juicio pues el incidente se halla regulado debidamente en la ley. Además, con irrespeto para la Agencia del Ministerio Público en cuanto se afirma que "su concepto no resultaba legalmente imperioso", el *ad quem* lo dejó por fuera del trámite procesal, bajo la errada equiparación de la posibilidad de actuar con la opción del interviniénte procesal para dejar de hacerlo.

Esta omisión coartó el derecho del representante de la sociedad, vulnerándose el debido proceso, irregularidad que está llamada a solucionarse mediante la nulidad de la actuación "...a partir de la sentencia del Tribunal Superior de Call...", invalidación que tiene asidero en el artículo 305-2 del Código de Procedimiento Penal.

*Concepto del Procurador Tercero (3º)
Delegado en lo Penal:*

Comparte en su integridad las argumentaciones del casacionista, reconociendo que la situación de hecho criticada en la demanda tuvo efectiva ocurrencia, en cuanto se trata de un vicio *in procedendo* que además de aparecer nitidamente dentro de la actuación, tiene aptitud para resquebrajar el debido proceso de tal magnitud que no permite otro remedio distinto al de la invalidez.

Haciendo un análisis tanto de la razón de ser de los impedimentos como de la necesidad de una intervención efectiva por parte del Ministerio Público dentro del proceso penal, la Delegada concluye: "No le asiste razón al Tribunal al sostener que no tenía por qué cumplir el trámite del impedimento, pues con ello además de conculcar el espíritu de la institución, se coloca en contravía de la ley procesal en este trámite, para dilucidar la viabilidad del impedimento entre cuyas connotaciones estaría la de que éste presentara su concepto de fondo, si era que prosperaba la causal impeditiva...".

"Tampoco es de recibo la estimativa de que 'su concepto no resultaba legalmente imperioso', pues esta postura no sólo riríe con el postulado constitucional (art. 277 de la Carta), sino con la finalidad misma del Ministerio Público como sujeto procesal...". En suma y así vistas las cosas, concluye, que "...en el trámite de instancia no se siguieron las formas procesales establecidas para el procedimiento instancial, en detrimento del postulado del debido proceso...", motivo por el cual el cargo, en su criterio debe prosperar.

La Corte:

1. Calificar la trascendencia del yerro procesal que acusa el casacionista en esta sede y que de manera palmaria revela la actuación cumplida por el Tribunal del Distrito de Cali, implica la necesaria consulta acerca de la naturaleza de la intervención del Ministerio Público dentro del proceso penal, así como las razones y objetivos que los impedimentos y recusaciones guardan dentro de la actuación.

Con relación al primer aspecto y luego de recordar que el proceso que se examina se rituó dentro de la vigencia del Decreto 050 de 1987, procede destacar que las funciones asignadas al Ministerio Público dentro del proceso penal se concretaban en el Capítulo Primero del Título III, Libro 1º del antecitado decreto, incluyéndolo como "sujeto procesal" y asignándole toda una serie de deberes y compromisos como representantes de la sociedad, que iban desde la búsqueda de la sanción para los infractores de la ley penal y el resarcimiento de perjuicios, hasta la defensa de las personas acusadas sin justa causa, otorgándole amplia posibilidad para pedir pruebas, intervenir en las diligencias, presentar solicitudes e interponer recursos, debiendo además velar por la defensa de los derechos humanos, atender la ejecución de las penas y medidas de seguridad e intervenir en la vigilancia judicial.

Si bien en parte esas funciones vinieron a ser luego modificadas por la Constitución Política, ello en nada obstó para que (arts. 131 y ss. del Decreto 2700 de 1991) continuara teniéndose al Ministerio Público como sujeto procesal, conservando funciones respecto de la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales, altos fines para cuyo cumplimiento se asignan funciones especiales que incluyen la posibilidad de coadyuvar la acusación o solicitar sentencia absolutoria.

2. Tal como de lo anterior emerge, tanto en la fecha en que la irregularidad se acusa como al momento de valorar ahora sus consecuencias, inequívoco surge que tanto el Procurador General de la Nación como sus delegados y agentes tenían y conservan la posibilidad y el deber de intervenir activamente dentro de los procesos penales para los fines concretamente asignados, los cuales se garantizan precisamente mediante las diferentes normas de procedimiento que regulan la intervención de las partes dentro del proceso.

Consultando la necesidad de esa intervención, precisamente se entiende que bajo el régimen del anterior Código de Procedimiento Penal (art. 115), como en el que ahora rige (art. 112), se prevea la posibilidad de que tanto el Procurador General de la Nación como sus agentes y delegados puedan declarar sus impedimentos cuando en ellos obre alguna de las causales legales establecidas al efecto, o en caso de guardar silencio sobre esa excusa, puedan ser recusados en las mismas condiciones en que pudieran serlo los funcionarios judiciales.

3. Como bien se observa, el Ministerio Público tiene una intervención compleja en el proceso penal, con el fin de abarcar todos los aspectos que se desprenden de su rol de representante de la sociedad. Explicable resulta, por consiguiente, que las causalas de impedimento instituidas para los jueces, también cobijen a sus representantes, pues su labor es de suma importancia para conseguir que la decisión judicial sea pronta y justa.

Ahora bien, el Ministerio Público no puede examinarse como un ente fraccionado. Aunque pueden ser varios sus representantes a lo largo de todo el proceso, dependiendo de la etapa en que se encuentre, de las instancias, y del asunto mismo, la institución sigue siendo una sola, así como el objetivo fundamental de su presencia, cual es, la salvaguarda de los valores comunitarios.

Por consiguiente, cuando por cualquier circunstancia uno de tales funcionarios no participa en una porción procesal, ello no quiere decir necesaria o fatalmente que el Ministerio Público como tal no se encuentre presente en la actuación. Por consiguiente, ha de examinarse, no la ausencia en sí del agente, sino las consecuencias que se desprenden de ella.

En primer término, el análisis ha de abarcar todo el discurrir del proceso con miras a establecer si han sido respetados el orden jurídico y las garantías fundamentales. Si la actividad ha sido manifiesta y eficiente, es muy probable que cualquier deficiencia que se presente en un momento determinado no afecte de manera importante los intereses encomendados.

En segundo lugar, debe mirarse la función dejada de cumplir. Aunque todas tienen señalada importancia, unas son más relevantes que otras, por ejemplo, el de solicitar pruebas cruciales, el de poner en conocimiento de las autoridades competentes hechos anómalos del juez o el fiscal, el de establecer que quien desiste lo hace con plena libertad, o el de garantizar que se cumpla la protección a los testigos, etc.

En otras actividades, que tienen interés para el proceso, su omisión puede remediararse con las oportunidades mismas que brindan las disposiciones legales. Este es el caso de los conceptos que puede rendir antes de una decisión de fondo. Es claro que el que se desconozca su opinión no tiene la suficiente trascendencia para afectar el proceso pues si la decisión no se ajusta a derecho, el representante de la sociedad tiene la posibilidad de interponer los recursos pertinentes, con miras a remediar el entuerto observado.

Por último, el instante procesal en que se observó la falencia brindará los elementos de juicio necesarios para medir su trascendencia. Piénsese, v.gr. en la presencia del Ministerio Público en la investigación previa que adelante la Policía Judicial. La ausencia de autoridades judiciales o de un defensor del imputado, puede provocar excesos o violaciones a los derechos humanos.

4. En el caso de la especie, el Ministerio Público tuvo la oportunidad de intervenir activamente en el proceso, desde la misma diligencia de levantamiento del cadáver, asistiendo de igual manera, a la versión libre que rindió Aza Bolaños. Posteriormente, fue enterado de los diversos pronunciamientos que hiciera el instructor hasta llegar a la cesación de procedimiento.

Recurrida la decisión por la parte civil, el señor Fiscal Segundo (2º) del Tribunal Superior de Cali, solicitó a la entidad su revocatoria, y la Corporación estuvo de acuerdo con sus planteamientos acerca de la excesiva velocidad que llevaba el automotor. De regreso a la primera instancia, durante el debate público, el funcionario del Ministerio Público solicitó un fallo adverso al reo por las mismas razones.

Proferida la sentencia condenatoria y recurrida por la defensa, pasó al Despacho del Fiscal recurrente para que emitiera su concepto de rigor, manifestando el impedimento que la Sala de Decisión del Tribunal no decidió. Unicamente se limitó a darle confirmación al proveído apelado, por compartir sus razones.

El proceso, por tanto, contó siempre con la presencia del Ministerio Público. Pero, además, la función que debía cumplir el por entonces Fiscal Segundo (2º) de la Corporación, aunque importante, no era esencial para los fines del proceso. Aparte de que ya se conocía su posición pues en un escrito anterior, como ya se vio, dio razones suficientes para el proferimiento de una resolución de acusación, es muy probable que idénticas razones expusiera ahora que el proceso se encontraba para fallo. Muestra de ello es su solicitud de impedimento, pues consideró que se encontraba jurídica e intelectualmente vinculado con la tesis condenatoria. La imparcialidad no existía, a su juicio, y por ello debía ser separado como sujeto procesal. Además, en el evento de que la decisión tomada no reflejara su opinión, tenía a su disposición el recurso extraordinario de casación para remediar una posible falencia judicial.

No prospera la demanda.

5. Ahora bien, es claro que el Tribunal debió resolver sobre su petición, antes de proferir el fallo correspondiente, con el fin de clarificar la intervención de este representante del Ministerio Público y darle a él o a otro funcionario la oportunidad de expresar sus razones sobre el caso en estudio. Aunque como ya se vio, tal omisión no afectó la estructura del proceso, sí constituye una irregularidad que puede trascender al ámbito disciplinario. Por tanto, resulta imperativo compulsar las copias pertinentes con destino a las autoridades competentes para lo de su cargo.

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

Resuelve:

- 1º *No casar el fallo impugnado.*
 - 2º *Compulsar las copias referidas en la parte motiva.*
- Notifíquese y cúmplase.
- Devuélvase al Tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Fresnedo, con salvamento de voto; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Cárreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Vélez-quez, Dídimo Pérez Velandia, Edyar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M., con aclaración de voto.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

**PARTES EN EL PROCESO (SALVAMENTO DE VOTO)
/ AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO
(SALVAMENTO DE VOTO)**

No puedo acoger las afirmaciones del Tribunal ni compartir las de la mayoría de la Sala en cuanto insinúan contingente la intervención de la Procuraduría, porque del hecho de no ser su concepto obligatorio no puedo colegir que su intervención resulte inónea, cuando es la propia Constitución la que le fija precisos e importantes fines a su participación procesal.

La irregularidad en que incurrió el Tribunal Superior de Cali dentro del trámite de segunda instancia que precedió a la sentencia que se impugna es a tal grado indiscutible, que la propia decisión mayoritaria concluye en la necesidad de disponer la expedición de copias para que se adelante una posible averiguación disciplinaria, presupuesto que me releva de insistir en el aspecto fáctico que le sirve de premisa a mi criterio disidente.

Restringida la discrepancia en relación con la trascendencia del defecto ocurrido, con el criterio del Ministerio Público coincido en sostener que no se trataba en este caso de una simple informalidad o inobservancia subsanable o irrelevante, sino de la ocurrencia de un vicio de mayor calado que trascendió al desconocimiento efectivo de los derechos de una de las partes intervenientes, que por hacer inefectiva tanto la igualdad del trato con que debía concurrir a la actuación (art. 20 del Código de Procedimiento Penal) como la operancia de los fines que al Ministerio Público se le otorgan dentro del proceso penal, trascienden por su naturaleza y consecuencias a verdadero atentado contra las garantías constitucionales y procesales, quebrantando la estructura del proceso.

No radica entonces mi disentimiento en cuanto al sentido de la esperada definición del incidente de impedimento, porque este tema agotaba su objeto ante el Tribunal y en ello reconozco y comparto la tesis de la Corte (Cfr. sentencia de septiembre 23 de 1992) que desestimó ya en su oportunidad el quebrantamiento del artículo 535 del Decreto 050 de 1987 como causal de violación del debido proceso.

Mi pensamiento apunta a resaltar que esa pretermisión dio lugar al efectivo marginamiento de uno de los sujetos procesales dentro de

un momento sustancial del proceso en el cual estaba llamado a intervenir, porque si el expediente ingresó al Despacho de la Magistrada sustanciadora para que se hiciese pronunciamiento sobre el fundamento de la excusa, egresarlo con la decisión de fondo significó el sorprendimiento del agente del Procurador que no conceptuó bajo la evidente y acertada convicción de que se debía definir primero si ese deber le correspondía ineludiblemente o sería desplazado por otro de sus pares, que tampoco pudo suplirle en ese menester gracias al silencio de la Colegiatura.

Por eso expresé en mi ponencia inicial en términos que en buena parte la decisión mayoritaria acoge sin señalar su origen, que:

"Calificar la trascendencia del yerro procesal que acusa el casacionista en esta sede y que de manera palmaria revela la actuación cumplida por el Tribunal del Distrito de Cali, implica la necesaria consulta a cerca de la naturaleza de la intervención del Ministerio Público dentro del proceso penal, así como las razones y objetivos que los impedimentos y recusaciones guardan dentro de la actuación.

"Con relación al primer aspecto y luego de recordar que el proceso que se examina se rituó dentro de la vigencia del Decreto 050 de 1987, procede agregar que las funciones asignadas al Ministerio Público dentro del proceso penal se concretaban en el Capítulo Primero del Título III, Libro 1º del antecitado decreto, incluyéndolo como 'sujeto procesal' y asignándole toda una serie de deberes y compromisos como representante de la sociedad, que iban desde la búsqueda de la sanción para los infractores de la ley penal y el resarcimiento de perjuicios, hasta la defensa de las personas acusadas sin justa causa, otorgándole amplia posibilidad para pedir pruebas, intervenir en las diligencias, presentar solicitudes e interponer recursos, debiendo además velar por la defensa de los derechos humanos, vigilar la ejecución de las penas y medidas de seguridad e intervenir en la vigilancia judicial.

"Si bien en parte esas funciones vinieron a ser luego modificadas por la Constitución Política, ello en nada obstó para que (arts. 131 y ss. del Decreto 2700 de 1991) continuara teniéndose al Ministerio Público como sujeto procesal, conservando funciones respecto de la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales, altos fines para cuyo cumplimiento se asignan funciones especiales que incluyen la posibilidad de coadyuvar la acusación o solicitar sentencia absolutoria.

"Tal como de lo anterior emerge, así en la fecha en que la irregularidad se acusa, como al momento de valorar ahora

sus consecuencias, inequívoco surge que tanto el Procurador General de la Nación como sus delegados y agentes tenían y conservan la posibilidad y el deber de intervenir activamente dentro de los procesos penales para los fines concretamente asignados, los cuales se garantizan precisamente mediante las diferentes normas de procedimiento que regulan la intervención de las partes dentro del proceso.

"Consultando la necesidad de esa intervención, se entiende de que tanto bajo el régimen del anterior Código de Procedimiento Penal (art. 115), como en el que ahora rige (art. 112), se prevea la posibilidad para el Procurador General de la Nación como para sus agentes de declarar sus impedimentos cuando en ellos obre alguna de las causales legales establecidas al efecto, o en caso de guardar silencio sobre esa excusa se les recuse en las mismas condiciones en que pudieran serlo los funcionarios judiciales.

"La institución de los impedimentos y la recusación se explica, por lo demás, con miras en la efectividad del principio de imparcialidad que debe regir todo proceso judicial, cuando al ánimo del juzgador asoman intereses de orden patrimonial, afectivo o intelectual que comprometen o puedan comprometer su ecuanimidad y buen juicio.

"Por lo antes indicado, inexcusable resulta que ante la declaratoria de un impedimento, deba hacerse necesariamente el pronunciamiento que defina sobre su fundamentación, pues bien se sabe que de prosperar, el excusante deberá ser reemplazado, pero de no hacerlo con certeza se sabrá que quien venía desempeñando la función presta garantía de imparcialidad y debe proseguir con la representación del interés legal que le corresponde hasta la culminación del proceso.

"Cierto es también que por principio, la sola declaración de impedimento no tiene la virtualidad de interrumpir la actuación, pero claro está al propio tiempo que ello no implica la posibilidad de mantener indefinido el incidente respectivo, pues éste señala unos términos perentorios para su solución; y además, tampoco esa prosecución del trámite puede implicar su conclusión sin la calificación de la excusa (o de la recusación en su caso), porque de otro modo se desnaturaría el instituto, permitiéndose que personas consideradas a sí mismas o por terceros como parciales ante un pronunciamiento, terminen a la postre por proferirlo".

Ya la Corte en ocasión anterior había señalado que la vulneración de "las garantías de que normativamente gozan las partes en el desarrollo de la actuación procesal" (Cfr. fallo de mayo 4 de 1982, Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía) constituye irregulari-

dad sustancial suficiente para llevar a la invalidación de la actuación viciada, y a ese criterio me remito para insistir con el casacionista y la Procuraduría Delegada en que la actuación debió anularse y reposarse a partir, inclusive del trámite de segunda instancia, dentro del cual tenía derecho a intervenir el Ministerio Público. No puedo acoger las afirmaciones del Tribunal ni compartir las de la mayoría de la Sala en cuanto insinúan contingente la intervención de la Procuraduría, porque del hecho de no ser su concepto obligatorio no puedo colegir que su intervención resulte inócuas, cuando es la propia Constitución la que le fija precisos e importantes fines a su participación procesal, como tampoco puedo coincidir cuando se dice que por haber conceputado previamente a la confirmación de la acusación nada quedaba por argumentar de importancia a la fecha del fallo, pues bastaría con recordar que los requisitos para acusar y condenar eran y son disímiles e implican una sustentación legal y probatoria diferente.

Con todo respeto,

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado.

MINISTERIO PUBLICO (ACLARACION DE VOTO)
/ IMPEDIMENTO (ACLARACION DE VOTO)

Ante la abstención del señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cali para conceptuar en este asunto —en virtud de la causal de impedimento pergeñada en el numeral 2 del artículo 535 del C. de P. P.—, el Tribunal guardó silencio sobre el particular. Más tarde y ante el pedimento de nulidad elevado por el Fiscal quien consideró que en el auto *sub examine* se incurrió en una pretermisión del debido proceso, la Corporación con respetables razones —que pueden compartirse o no— considera y recaba “que la opinión de la Fiscalía no resultaba legalmente imperiosa”.

Puede que el criterio de la Sala no sea ortodoxo ni absolutamente perfecto pero es respetable y en alto grado considerable máxime cuando se dan diversas proposiciones con ánimo crítico y razonado y motivaciones suficientes y modidas (fls. 270 a 280 del cuaderno del Tribunal). Y como la defensa que hago del Tribunal no supone ataque y como respecto al máximo la libertad de enjuiciar los fenómenos jurídicos por parte de las Salas (naturalmente cuando en su criterio no se advierte mala fe ni intención torcida) y como además entiendo que sus integrantes ejercen de buena fe su menester, no veo razón ninguna para que se investigue su conducta en el estadio disciplinario.

Cuántas cosas dicen las leyes cuando se sabe interpretarlas! Admiro la conducta de quienes por su saber especialista científicamente penetran en sus entrañas y en sus realidades normativas pero más la dirección jurídica independiente de quienes consultan su espíritu y su sentido axiológico. Aún en la Corte sigo yo con tremendas confusiones cuando de examinar la técnica de los fenómenos jurídicos se trata. Y como hay cosas por encima de nosotros bueno es aceptarlo y decirlo con toda nitidez.

No discuto las razones que tuvo la Sala para ordenar la compulsación de las copias. A buen seguro que es correcta y exacta su postura. Sólo que mi criterio es distinto. Cumplio con el deber de decirlo.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha *ut supra*.

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL / LIBERTAD CONDICIONAL

La naturaleza y modalidades del hecho punible, deben ser considerados por el juez al momento de dictar sentencia para determinar la procedencia o no del subrogado de la condena de ejecución condicional a que alude el artículo 68 del Código Penal y con fundamento en ello, deducir una personalidad que amerita el tratamiento penitenciario del condenado. En cambio para establecer si el procesado es acreedor al beneficio previsto en el artículo 72 ibidem, debe mirarse su conducta anterior reflejada en sus antecedentes penales y contravencionales (art. 248, C. N.), la observada en el establecimiento carcelario durante el tiempo en reclusión y las actividades desarrolladas en el mismo lapso, para así concluir inequívocamente, si el recluso ha demostrado su deseo de rehabilitarse socialmente y en efecto hallarse apto para reincorporarse al seno familiar y social.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco de mayo de mil novientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia M.

Aprobado Acta número 048.

Vistos:

Agotado el trámite de instancia, procede la Corte revisar la providencia de fecha 26 de abril del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, negó al procesado *Fabio Augusto Pastrana Hoyos*, el beneficio de libertad condicional dentro de estas diligencias que por los delitos de falsedad en documento público y prevaricato por omisión, concluyó con sentencia de condena a seis (6) años de prisión, proferida por la citada colegiatura el 26 de enero de 1990 y confirmada por la Corte en fallo de fecha 27 de junio siguiente.

El auto recurrido:

Para denegar al doctor Pastrana Hoyos, el subrogado de la libertad condicional que consagra el artículo 72 del Código Penal, el Tribunal de instancia luego de establecer el cumplimiento del requisito cuantitativo de la pena, precisó:

“... En el memorial donde el sentenciado demanda en su favor el beneficio de marras sostiene que además de cumplir con el requisito cronológico de las dos terceras partes de la sanción impuesta, reúne el de índole subjetiva, toda vez que carece de cualquier tipo de antecedentes y que su comportamiento en la cárcel ha sido ejemplar, amén de que las circunstancias agravantes del delito fueron ampliamente debatidas, examinadas y tenidas en cuenta al momento de proferir la sentencia, con base en las cuales se le impuso una condena de seis (6) años”.

“En torno al segundo presupuesto comentado, como se precisó en pasada ocasión en este proceso la ley impone el análisis de varios factores que le permitan al juez llegar al razonable convencimiento en cuanto a la readaptación social del condenado, particularmente la personalidad del agente, la buena conducta en el establecimiento carcelario y los antecedentes de todo orden, de donde resulta claro que no es suficiente que se considere solamente el comportamiento del procesado desde dos puntos de vista: Antes de la comisión del hecho punible y desde el momento de su reclusión, puesto que también se hace necesario a los fines señalados que se analice su personalidad al tiempo de la realización del delito para así contar con una visión más amplia y sólida sobre el particular y poder realizar un juicio de valor que se ajuste en mayor medida a la realidad legal. Los conceptos ‘personalidad del agente’ y ‘antecedentes de todo orden’ no tienen restricciones que le marca el peticonario y son indicativos por si mismos de que sus alcances rebasan el ámbito de sus manifestaciones en el establecimiento carcelario para ubicarse igualmente en un marco antecedente y concomitante con la ejecución del ente delictivo”.

“Entonces, además de la indagación del comportamiento del procesado durante el periodo de ejecución de la pena, resulta imperativo examinar de igual modo su personalidad y los antecedentes de todo orden que se relacionen con él. Determinar la personalidad de un sujeto es conocer su modo de ser y de actuar en sociedad, y como la actividad delictiva es expresión de ésta la forma misma de su comisión revela especialmente la capacidad que se puede tener para asumir y producir tales comportamientos, siendo pertinente acotar que hay hechos delictuosos que por virtud de las circunstancias que rodean su realización despiertan en la comunidad un mayor sentimiento de rechazo y angustia, causando por tanto un daño social de mayores repercusiones”.

Luego de transcribir apartes de su providencia de fecha 4 de noviembre de 1992, mediante la cual le negó el beneficio que nuevamente reclama el condenado, el Tribunal agrega: "...Teniendo en cuenta, pues, las conductas punibles investigativas en sus particulares circunstancias de producción, reveladoras en buena medida de la personalidad del condenado precitado, es imperativo reafirmar la validez de las apreciaciones anteriores formuladas por la Sala en la oportunidad señalada, sin que las argumentaciones esbozadas por el peticionario logren remover los fundamentos de la susodicha decisión, de ahí que deba concluirse en la denegación del sustituto penal en comentario".

Consideraciones de la Corte:

El doctor Fabio Augusto Pastrana Hoyos estuvo detenido inicialmente del 27 de mayo de 1988 al 16 de enero de 1989, es decir, siete (7) meses y veinte (20) días. A partir del 5 de octubre de 1990 viene descontando la pena impuesta, o sea, acredita treinta y un (31) meses y veinte (20) días adicionales, para un total de treinta y nueve (39) meses y diez (10) días. Por trabajo como ordenanza en el periodo comprendido entre el mes de julio de 1988 a enero de 1989 y de octubre de 1990 a diciembre de 1991, acredita 4.592 horas que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, le representa una redención de pena equivalente a nueve (9) meses y diecisiete (17) días.

Como instructor en el periodo comprendido entre los meses de enero a julio de 1992, se le certifican 1.704 horas, es decir, ocho (8) horas diarias. De acuerdo con lo reglamentado por la Dirección General de Prisiones y comunicado a los establecimientos carcelarios mediante circular número 129 del 26 de noviembre de 1992, solamente pueden ser tenidas en cuenta para los efectos de redención de pena cuatro (4) horas diarias, o sea, el doctor Pastrana Hoyos tiene derecho a que se le tengan en cuenta 840 horas, pues habrán que descontarse además los días 18, 19 y 20 del mes de julio, en que hizo uso del permiso especial otorgado con fundamento en el Decreto 815 de 1984. Del mes de agosto de 1992 a febrero del presente año, laboró como monitor (educativas), durante 792 horas, de las cuales hay que descontar 12 correspondientes a los días 31 de diciembre de 1992 y 1 y 2 de enero del presente año, al disfrutar de otro permiso en las mismas condiciones del anterior. En total se le tendrán en cuenta 1.520 horas que de conformidad con lo previsto en el artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, le representan una rebaja adicional de seis (6) meses y veintidós (22) días, para un acumulado de cincuenta y cinco (55) meses y diecinueve (19) días, muy superiores a las dos terceras partes de la pena impuesta en los fallos de primera y segunda instancia.

Solicita el doctor Pastrana Hoyos que la Corte se pronuncie sobre la rebaja de pena prevista en la Ley 48 de 1987, pues en el evento de

tener derecho a ella, debe reconocérsele una sexta parte (12 meses) de la sanción. Al respecto debe la Sala precisar si los hechos a el imputados tuvieron ocurrencia con anterioridad a la fecha prevista en la norma en cita, como requisito para su procedibilidad.

En la sentencia de segundo grado de fecha 27 de junio de 1990 esta Corporación, en el capítulo de la actuación procesal, consignó el resumen presentado por la Delegada en los siguientes términos:

"...En fotocopia autenticada, se anexaron los documentos mediante los cuales el Ministerio de Justicia puso a disposición del Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena, al extraditado de España, señor Jorge Luis Ochoa Vásquez, con las advertencias de que contra éste se seguía otro proceso en el Juzgado 15 Superior de Medellín por los delitos de concierto para delinquir e infracción al Decreto 1188 de 1974, y que, al no ser requerido por ninguno de los dos Juzgados, el detenido debía ser puesto a disposición del Ministerio, que le había dictado un auto de detención provisional con fines de extradición, solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos".

"En efecto, en ese sentido, el 17 de julio de 1986, se libraron, con destino al doctor Fabio Pastrana Hoyos, Juez Único Superior de Cartagena, el oficio 14511 firmado por el doctor Enrique Parejo González, y el telegrama 14567 suscrita por la doctora María Naged de Torres, Jefe de la Oficina Jurídica del mismo Ministerio. Además, con oficio 15419 de 22 de julio de 1986, el doctor Parejo González, le remitió al doctor Fabio Pastrana Hoyos copia autenticada del auto de detención provisional, con fines de extradición, que el Ministerio había dictado contra Jorge Luis Ochoa Vásquez".

"En la inspección que se practicó en la cárcel 'Ternera' de la ciudad de Cartagena no se encontró comunicación alguna que se refiriera a que el detenido Jorge Luis Ochoa Vásquez debía quedar por cuenta del Ministerio de Justicia. Sólo se hallaron los oficios que a ese establecimiento dirigió el juez Pastrana Hoyos, entre los cuales impone resaltar, el oficio 676 de 19 de julio de 1986, por medio del cual, se informa que el ciudadano Jorge Luis Ochoa Vásquez ha sido puesto a disposición de este despacho por el Ministerio de Justicia y que deben adoptarse las medidas de seguridad necesarias para trasladarlo a ese sitio de reclusión; y el oficio 775 de 13 de agosto de 1986, que ordena la libertad de Jorge Luis Ochoa Vásquez, documento en el cual se inscribió la constancia de que había sido llevado personalmente por el señor Alberio Ariza Hernández, secretario del enunciado Juzgado".

"Conjuntamente con el alegato precalificadorio el defensor anexó copia auténtica de la sentencia de 7 de abril de 1987 del Tribunal Superior de Aduanas, que confirmó en su integridad la sentencia del 12 de agosto de 1986 dictada por el juez ahora procesado".

"Así mismo el defensor adjuntó copias autenticadas del oficio 3107 firmado por el coronel Miguel A. Maza Márquez, Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad; de dos constancias secretariales fechadas el 18 de julio de 1986; un auto proferido en esa fecha y del oficio 670 dirigido al coronel (sic) Maza Márquez".

"En el primer oficio, el jefe del DAS pone a Jorge Luis Ochoa Vásquez a disposición del Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena y se anuncia que se anexan las copias del oficio 631 firmado por el titular de ese despacho y de la comunicación 14502 enviada por el Ministerio de Justicia. Al respaldo del oficio 3107 obra constancia secretarial, dando cumplimiento al mayor Alberto Cervera Held, quien lo entregó personalmente".

"En un folio aparte, pero también con fecha 18 de julio de 1986, el señor Alberto Ariza Hernández, deja constancia de que al abrir el sobre que contenía el oficio 3107 del DAS, no se hallaron los anexos anunciados. En consecuencia, por auto de ese día, el juez dispuso oficializar al DAS para que se remitiera los documentos echados de menos. Y el oficio 670, contiene esa solicitud".

"La investigación penal se complementó con la averiguación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación, en la que los abogados visitadores establecieron que dentro del proceso adelantado por el Juzgado Superior de Aduanas contra Jorge Luis Ochoa y Jorge Iván Gaviria Jiménez no existían peticiones ni del Ministerio de Justicia ni de autoridades judiciales requiriendo al primero de esos procesados para después de que se resolviera su situación jurídica. Pero si se observó que el día en que se profirió la sentencia, el doctor Fabio Pastrana Hoyos libró los oficios 773 y 774, para que la Administración de Impuestos Nacionales de Cartagena y la sección de depósitos judiciales del Banco Popular recibieran, en su orden, la multa y la caución impuestas a Ochoa Vásquez, como en efecto sucedió, a pesar de que esa providencia se notificó al procesado al día siguiente, a su defensor el día 14 y al agente especial del Ministerio Público el día 15 de los mismos mes y año".

"Los investigativos disciplinarios revisaron, en el Ministerio de Justicia, toda la correspondencia que esa entidad intercambió con el doctor Fabio Pastrana Hoyos, Juez Superior de Aduanas de Cartagena, con el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Departamento Administrativo de Seguridad, entre otros, relacionada con la extradición de Jorge Luis Ochoa Vásquez. Y así mismo, constataron que en el libro de registro interno de correspondencia de la Cartera de Justicia, figuran como despachados por el sistema de 'entrega inmediata' los oficios 14511 y 15419 de 17 y 22 de julio de 1986, respectivamente, que el titular de ese Despacho envió al Juez Superior de Aduanas de Cartagena, lo que corroboró en su declaración el jefe de la sección de archivo y correspondencia de ese Ministerio, señor José Mesías Romero Linares".

"De otra, se estableció que el 18 de julio de 1986, a las 5 y 21 minutos de la tarde, el señor Eduardo Pombo Flórez, mensajero de Telecom en Cartagena, entregó en el Juzgado Superior de Aduanas, un telegrama procedente de Bogotá y dirigido al doctor Fabio Pastrana Hoyos, que, en opinión de los comisionados de la Procuraduría podía corresponder al telegrama 14567, enviado el día anterior por la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia".

"En el mismo diligenciamiento se recibió declaración al mayor Alberto Cervera Held, Jefe de Seguridad Interna del Departamento Administrativo de Seguridad, quien estuvo a cargo del traslado de Jorge Luis Ochoa Vásquez de la ciudad de Bogotá a la de Cartagena para dejarlo a órdenes del Juez Aduanero que lo requería. Según este testimonio el juez Pastrana Hoyos recibió personalmente el oficio remisorio 3107 de julio de 1986 con los anexos respectivos, los examinó y ordenó al secretario del Juzgado elaborar el cumplido".

"Ahora bien, como el secretario dejó en el expediente por contrabando una constancia sobre la inexistencia de los anexos anunciados en el oficio 3107, se le interrogó sobre el trámite de correspondencia que se le había imprimido al oficio 670 de 18 de julio de 1986, en donde se solicitaba al coronel (sic) Maza Márquez la remisión de esos documentos, y al respecto respondió que lo había entregado para enviarlo por entrega inmediata y que por ello no reposaba en la relación de correspondencia".

"Aludiendo al mismo punto, el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad informó que hasta el 5 de septiembre de 1986, no había recibido el oficio 670 del Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena".

"Conviene anotar que los anexos supuestamente desaparecidos correspondían a las copias del oficio 631 de 2 de julio de 1986, por medio del cual el doctor Pastrana Hoyos solicitó que Ochoa Vásquez fuera trasladado a las dependencias del DAS en Cartagena para luego recluirlo en la cárcel de ese lugar; y de la comunicación 14502 que el Ministerio de Justicia le remitió al Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad para informarle que había puesto a órdenes del Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena al detenido Jorge Luis Ochoa Vásquez y que, en consecuencia, debía remitirlo a esa ciudad. En ese escrito, también se anotó la sindicación que pesaba contra Ochoa Vásquez en un proceso adelantado por el Juzgado 15 Superior de Medellín y la existencia del auto de detención provisional con fines de extradición, decretada por ese Ministerio, por lo que se indicó que una vez se resolviera la situación jurídica del detenido, debía ponérsele a órdenes de ese despacho" (Negritas en las fechas fuera de texto).

La Ley 48 de 1987 en su artículo 1º consagra: "...una rebaja de la sexta parte de la pena privativa de la libertad impuesta, o que llegare a imponearse por delitos cometidos antes del 1º de julio de 1986", sin

perjuicio de los beneficios de la libertad condicional, de la libertad preparatoria de que tratan los artículos 330 y 331 del Decreto 1817 de 1964 y la redención de pena prevista en los artículos 530 y 531 del Código de Procedimiento Penal (antes Ley 32 de 1971 y Decreto 2119 de 1977).

Como se dejó ampliamente consignado en la sentencia proferida por la Corte, todos los actos que fueron objeto de juzgamiento y que finalmente ameritaron la decisión condenatoria, tuvieron ocurrencia con posterioridad al 1º de julio de 1986, es decir, la rebaja de pena que reclama el doctor Pastrana Hoyos por este aspecto, resulta improcedente.

Ahora bien: Para la tasación de la sanción el Tribunal de Cartagena, consideró que: "En desarrollo de las reglas establecidas por el artículo 61 del Código Penal, en concordancia con el 26 *ibidem* (concurso de hechos punibles), para la dosificación de la pena debe tomarse en cuenta la más grave, que en el evento *sub examine* es la fijada para el delito de falsedad en documento público (art. 223), partiendo de su escala mínima, la que se verá incrementada en un (1) año por concurrir las circunstancias genéricas de agravación punitiva determinadas en los numerales 7º y 11, puesto que en la comisión del hecho el sujeto obró con la complicidad de su secretario para asegurar el éxito de su propósito criminoso, a tiempo que por la posición sobresaliente que ocupaba en la comunidad (Juez Superior de Aduanas), al faltar a sus especiales deberes de empleado oficial, produjo hondo daño público con el consecuente deterioro y menoscabo del prestigio característico de la función pública, comprometiendo incluso la buena imagen de Colombia en el exterior".

"El anterior quantum punitivo (cuatro —4— años), a su vez se aumentará 'hasta en otro tanto' por razón del concurso de acciones punibles, que para el caso concreto se determina en dos (2) años, en consideración a la gravedad y modalidades de las entidades delictuosas, reflejas en la vulneración de los intereses jurídicos tutelados (fiscalidad y Administración Pública), llegando entonces a una pena total imponible de seis (6) años, con la cual se sancionará al acusado".

Esta Corporación al revisar el fallo condenatorio confirmó la sanción privativa de la libertad y las penas accesorias de rigor.

Los factores de personalidad tenidos en cuenta para la dosificación de la pena, son los mismos que ahora el Tribunal presenta como motivo para afirmar el necesario tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la sanción, lo cual, frente al subrogado de la libertad condicional no resulta exacto pues, la naturaleza y modalidades del hecho punible, deben ser considerados por el juez al momento de dictar sentencia para determinar la procedencia o no del subrogado de la condena de ejecución condicional a que alude el artículo 68 del Código Penal y con fundamento en ello, deducir una

personalidad que amerita el tratamiento penitenciario del condenado. En cambio, para establecer si el procesado es acreedor al beneficio previsto en el artículo 72 *ibidem*, debe mirarse su conducta anterior reflejada en sus antecedentes penales y contravencionales (art. 248 de la C. N.), la observada en el establecimiento carcelario durante el tiempo en reclusión y las actividades desarrolladas en el mismo lapso, para así concluir inequívocamente, con los elementos de juicio ya mencionados, si el recluso ha demostrado su deseo de rehabilitarse socialmente y en efecto hallarse apto para reincorporarse al seno familiar y social.

En el presente caso, no admite duda alguna que los sucesos delictivos por los cuales se le halló responsable a Pastrana Hoyos, ameritan tratamiento penitenciario y por su gravedad, la sanción impuesta fue exactamente acorde con la naturaleza y modalidades de los hechos punibles que la Corte lo dedujo al revisar el pliego de cargos. Recuérdese que en providencia de fecha 25 de mayo de 1988, se confirmó la resolución de acusación por el delito de prevaricato por omisión, adicionándola en el sentido de que procedía igualmente por el delito de falsedad en documentos públicos, en concurso. Empero, también es cierto que existen circunstancias ulteriores que hacen viable su petición, como lo son, la pena corporal hasta ahora purgada, el estar acreditado su buen comportamiento durante el tiempo en reclusión que ha sido calificado como "ejemplar", según el acta del consejo de disciplina, al punto de habersele concedido en dos oportunidades permiso para salir del centro carcelario sin vigilancia por espacio de 72 horas, cumpliendo estrictamente con las obligaciones contraídas, a más que permanentemente ha estado laborando y colaborando con sus compañeros de infortunio.

Son los anteriores factores los que permiten a la Corte suponer fundadamente que el doctor Pastrana Hoyos no volverá a delinquir pues su personalidad, buena conducta y ausencia de antecedentes, resultan acordes con las exigencias del artículo 72 del Código Penal, es decir, cumple a cabalidad con los requisitos legales para hacerse acreedor al subrogado de la libertad condicional, razón por la cual se revocará la providencia recurrida y se accederá a sus pretensiones.

Para poder disfrutar del beneficio que se le otorga, el doctor Pastrana Hoyos, deberá prestar caución por la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000,00) que depositará a favor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena y suscribir diligencia de buena conducta y compromiso al tenor de lo preceptuado en el artículo 69 del Código Penal, con presentaciones personales ante la citada Corporación o autoridad del lugar donde vaya a residir, cada treinta (30) días, por un periodo igual al que le falta para satisfacer la totalidad de la sanción que se le impuso en los fallos de primera y segunda instancia.

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

Resuelve:

1º *Revocar la providencia recurrida de fecha 26 de abril del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena negó al doctor Fabin Augusto Pastrana Hoyos el beneficio de libertad condicional.*

2º *Oforgar al doctor Pastrana Hoyos el subrogado de la libertad condicional previsto en el artículo 72 del Código Penal, previo el cumplimiento de las obligaciones que se determinaron en la parte motiva de esta providencia.*

3º *Prestada la caución y suscrita la diligencia de compromiso, se librará la correspondiente boleta de libertad al Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Cartagena, con la advertencia de producir efectos en el evento de no hallarse solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente.*

4º *Para el cumplimiento de esta providencia, se comisiona al Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena doctor Gustavo Malo Fernández a quien se le librará la correspondiente comunicación telegráfica.*

Hágase saber y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimio Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PROCESO / CONDENA / SANA CRITICA

1. No se puede examinar un proceso tomando cada una o varias partes para examinarlas insularmente. Hacerlo de esta manera distorsiona la visión del acontecer procesal pues éste sólo se puede entender con una mirada de conjunto. / 2. Los artículos 247 y 28 del estatuto procedimental tratan temas excluyentes pues aquél versa sobre la certeza que se requiere para condenar, mientras que en este debe comprobarse que la duda predicada por el Tribunal no tiene razón de ser. Citarlos simultáneamente conforma una diligencia imposible de superar. / 3. La tarifa legal fue abolida desde que entró en vigencia el anterior estatuto procedimental. Por ello cuando el juzgador se enfrenta a una determinada prueba, su evaluación no la hace en forma solitaria sino en conjunto con las restantes.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 48.

Vistos:

Decide la Sala sobre la demanda de casación interpuesta por la apoderada de la parte civil contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, de octubre veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991), que absolió a los procesados *Blanca Pilar Eloísa del Carmen Vélez Isaza, Pedro Ignacio Roncancio y Fernando Pérez Mejía*, de los cargos que se le imputaran en este proceso, por los delitos de falso testimonio y fraude procesal, revocando el fallo de condena dictado en julio diecisés (16) de la misma anualidad, por el Juzgado Quinto (5º) Penal del Circuito de esta ciudad.

Corrido el traslado de rigor, la Delegada solicita la desestimación del libelo.

Hechos:

La síntesis la realizó con propiedad el Tribunal. Estas sus palabras:

"Dentro de un proceso ejecutivo adelantado por Idea Moda Ltda. contra Gloria Hernández de Pardo y que cursa en el Juzgado Octavo Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, D. C., fue embargado y secuestrado el vehículo marca Dodge Dart, modelo 1976, tipo Sedan, color café, de placas EX-8375, alegando en el desarrollo de la referida diligencia el hoy denunciante Ricardo Bernal Romero ser el propietario del referido automotor y por lo tanto oponiéndose al embargo de aquél, por lo cual promovió incidente de desembargo.

"En el trámite del incidente la parte actora —dentro del proceso— solicitó las declaraciones de Fernando Pérez Mejía, Blanca Eloisa del Carmen Vélez Isaza y Pedro Ignacio Roncancio quienes afirmaron que Hernández de Pardo ejercía actos de posesión sobre el aludido automotor y atribuyéndole además manifestaciones en el sentido de ser la propietaria del mismo, faltando con tales aclaraciones a la verdad, lo que determinó la denuncia por falso testimonio".

Actuación procesal:

Esta vez el compendio pertenece a la Delegada. Escúchense:

"Formulada y ratificada la denuncia, el Juzgado Veintiocho de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá ordenó la evaluación de diligencias preliminares que le permitieran tomar una adecuada decisión y durante tal etapa, el denunciante aportó copia autenticada de la tarjeta de propiedad del vehículo que aparece a nombre de Rafael Barbosa Ramírez y Blanca Liria Gallego Mejía; fotocopia autenticada del formulario único de trámite número 883321-5 solicitando el traspaso del vehículo Dodge Dart de placas EX-8375 suscripto únicamente por los señores Rafael Barbosa Ramírez y Blanca Liria Gallego Mejía cuyas firmas fueron autenticadas al respaldo del documento y copia simple del contrato de depósito gratuito celebrado entre José Roberto Reyes Gutiérrez, secuestre judicial del automotor, y Ricardo Bernal Romero, documentos con los cuales pretende acreditar la propiedad del vehículo. Dentro de la misma etapa de indagación, se recibieron varias declaraciones y se allegaron al informativo copias auténticas del incidente de desembargo que se tramitara ante el Juzgado Octavo Civil Municipal en el proceso ejecutivo ya citado.

"Con este material probatorio, el Juzgado Veintiocho de Instrucción Criminal profirió auto de apertura de la investigación el dia ocho (8) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

"Se escuchó en indagatoria a la señora Blanca Pilar Eloisa del Carmen Vélez Isaza, representante de la firma Idea Moda Limitada, quien aseveró que dentro del incidente de desembargo que se tramitó se acreditó plenamente, como lo reconoció el Juez Civil en su oportunidad, que el ahora denunciante no era dueño ni poseedor del automotor y refirió que en varias ocasiones pudo percibir que su ejecutada se comportaba como dueña del vehículo y que tenía la indagada la seguridad de que el carro retenido era de la deudora.

"Pedro Ignacio Roncancio Roncancio rindió también su jurada, asciérrando que conoció a la señora Gloria Hernández de Pardo dada su calidad de vendedor al servicio de la firma Idea Moda Limitada y con tal conocimiento se enteró de que la citada señora era dueña del vehículo Dodge Dart que posteriormente fue embargado en el juicio ejecutivo, porque la propia dueña le comentó al indagado, en varias ocasiones, que el carro le prestaba un buen servicio en sus actividades profesionales y que el mismo era manejado por el esposo de doña Gloria, ratificando de esta forma la declaración que suministrara ante el Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá.

"El otro sindicado, Fernando Pérez Mcfia, fue también escuchado en indagatoria y en ella repitió, grosso modo, la versión que sobre el aspecto concerniente a la propiedad y tenencia del vehículo había rendido ante el Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá con ocasión del incidente de desembargo, negando así la realización de delito alguno.

"A todos los inculpados se les había diferido la resolución de su situación jurídica permitiéndoles que continuaran gozando de su libertad hasta tanto tal decisión se tomara, con presentaciones periódicas al despacho judicial. El dia seis (6) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) el Juzgado Instructor decidió decretar medida de aseguramiento de caución prendaria en contra de los indagados sindicados del concurso de delitos de falso testimonio y fraude de resolución judicial.

"Con providencia de fecha catorce (14) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve se reconoció al denunciante Ricardo Bernal Romero como parte civil.

"La providencia que resolvió la situación jurídica de los indagados fue recurrida en reposición y apelación. La primera de las impugnaciones se resolvió en proveído del veinte (20) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por medio del cual se mantuvo la medida de aseguramiento y se concedió la apelación, la que fue decidida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa (1990), con la confirmación de la rectificada.

"El veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa se declaró cerrada la investigación y su mérito fue calificado el catorce (14) de mayo del mismo año con resolución de acusación en contra de Fernando Pérez Mejía, Blanca Pilar Eloisa del Carmen Vélez Isaza y Pedro Ignacio Roncancio Roncancio, como autores responsables del falso testimonio.

"Pasó el proceso al Juzgado Quinto Penal del Circuito que avocó su conocimiento y abrió a pruebas el juicio en providencia de fecha quince (15) de junio de mil novecientos noventa (1990).

"Rendido el dictamen pericial sobre daños y perjuicios, se celebró la audiencia pública del juzgamiento en la cual se recibieron algunas pruebas testimoniales de personas que, en contra de lo afirmado por los procesados, aseveraron que el vehículo materia del embargo y sobre cuya propiedad se entró en discusión dando origen a esta actuación, era de propiedad del ahora denunciante. En la intervención correspondiente, la representación del Ministerio Público cuestionó la adecuación típica de la conducta de la señora Vélez Isaza, lo que motivó que el Juzgado suspendiera la vista pública y en auto del veintiuno (21) de marzo de mil novecientos noventa y uno, variara la calificación provisional, imputando a la señora Blanca Pilar Eloisa del Carmen Vélez Isaza el delito de *fraude procesal*, en lugar del falso testimonio que se le había deducido con anterioridad.

"El auto anterior se notificó personalmente a la Fiscal del Juzgado y por Estado a las demás partes procesales. Una vez ejecutoriado, se señaló la fecha para la continuación de la audiencia pública, la que se celebró en dos diversos días a cuyo término se profirió la sentencia de primer grado de que ya se hizo mérito".

La demanda:

Con fundamento en la causal primera de casación, segmento final del artículo 220 del C. de P. P., la recurrente plantea los siguientes reproches:

Primer cargo:

Lo enmarca dentro del *ámbito del error de hecho por apreciación errónea de las pruebas*. Para demostrarlo, anuncia el estudio de los testimonios que el *ad quem* señala como fundamentos de la absolución. Luego de transcribir un aparte de la providencia en la que se asegura que los deponentes señalan al unísono las manifestaciones de propietaria que exhibía la señora Hernández de Pardo, advierte que "esta consideración riñe con lo que el material probatorio dice respecto del señor Fernando Pérez Mejía...", pues lo que a él le consta es únicamente lo sucedido "...el día de la captura del vehículo..." y no "...aspectos anteriores a la aprehensión del rodante...". Nunca dijo que vio "...en varias oportunidades a Gloria Hernández de Pardo con el carro... y menos aún que el esposo... era quien conducía el automotor".

A continuación se refiere a las deposiciones de María Rubiana, Belarmino Becerra y Gloria Hernández. Transcribe un aparte del fallo en el que se advierte que ellas no demuestran la propiedad del vehículo en cabeza de Bernal Rorero, pues sólo se limitan a informar lo que pasó en la diligencia, recordando únicamente que la Hernández de Pardo aseguraba que el automotor no podía ser objeto de embargo ya que no era de su propiedad. Estas aseveraciones de la Colegiatura —afirma la actora— son equivocadas ya que, precisamente, por constarle a estas personas lo acaecido aquel día, "...demuestran lo que de verdad sucedió y por tanto, acreditan que el señor Fernando Pérez Mejía, al declarar ante el Juzgado Octavo Civil Municipal, el día veinte (20) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), faltó a la verdad, pues refirió que en la mencionada diligencia Gloria Hernández dijo que el carro era de su propiedad, que lo necesitaba para su trabajo y que nadie hizo manifestación de que el carro fuera ajeno". La trascendencia del error es indudable, ya que con ello el sentenciador de segunda instancia "...concluyó en la existencia de duda sobre el delito de falso testimonio atribuido a Pérez Mejía".

A continuación cita de nuevo a la Colegiatura cuando indica que los enjuiciados jamás dijeron que habían visto a Gloria Hernández manejando el automóvil, sino que desplegaba actos que hacían creer que ejercía su posesión material. Sin embargo, arguye la casacionista, Pérez nunca dijo esto pues sólo adujo lo que pasó el día de la captura. Así las cosas, no es cierto que los sindicados se limiten a exponer "hechos objetivos" como el haber visto a la Hernández cuando hacía uso del mencionado vehículo y, menos aún, llegando a las instalaciones de una compañía comercial.

En este orden de ideas, considera la demandante que se infrin-gieron los artículos 246, 247 y 248 del estatuto procedimental, pues el declarante Pérez Mejía faltó a la verdad, siendo inoperante el *in dubio pro reo*, amén de que no existió sana crítica al apreciar la prueba testimonial. También se atropelló el artículo 295 *ibidem*, al no apreciarse el testimonio tachado de falso, poniéndosele a decir cosas que

jamás expuso. Con ello se inaplicaron los artículos 2º, 23, 42, 52, 61, 103 a 107 y 172 del C. P.

Afirma también, respecto de Blanca Vélez que el desacierto del Tribunal es indudable, al adverar que no existe certeza sobre la estructuración del falso testimonio y, por ende, del fraude procesal, pues no se demostró que los dichos que acreditaban la posesión del vehículo, eran mendaces. No es cierto, asegura la recurrente, pues "... sería dejar de lado las propias argumentaciones del Juez Civil engañado, en donde al fallar el incidente de desembargo, luego de reconocer que Ricardo Bernal probó propiedad y posesión, concluye que los falsos testigos (los procesados) lo llevan a la certeza de que la posesión la ostenta Gloria Hernández y por eso niega el desembargo...". Por tanto, termina la libelista, si Pérez Mejía mintió bajo juramento y su dicho lo empleó Pilar Vélez en su beneficio, fue fundamento para que el Juez Civil fallara contra el incidentante...", lo que indica "...que con tales recursos se organizó al funcionario para que profiriera providencia contraria a la ley, como que por el dicho de los acusados, dispuso no entregar el carro a quien el propio juez reconoció... había probado propiedad y posesión del bien...". Violose con ello —afirma—, el artículo 182 del C. P.

Segundo cargo:

Lo enuncia como error de derecho por falso juicio de convicción al analizarse las pruebas documentales que Ricardo Bernal aportó para demostrar la propiedad y posesión del vehículo y que incidieran para que se tornara la decisión de creer a los procesados, porque se concluyó que Bernal no probó documentalmente tales aspectos.

Como fundamento para creer a aquellos y por tanto aducirse que no mintieron, el Tribunal asegura que la tarjeta de propiedad a nombre de Rafael Barbosa y Blanca Gallego, el formulario único de trámite o traspaso abierto suscrito por estos, el contrato de permuta en el que Alfonso Acevedo da a Silvio Bejarano Penagos el automotor y el contrato de compraventa entre este último y Ricardo Bernal, presentan dudas sobre su autenticidad ya que fueron aportados en fotocopias sin autenticar, incumpliéndose las formalidades prescritas por el artículo 284 del C. de P. P. Además, también argumenta el Tribunal, Rafael Barbosa y Blanca Gallego no fueron escuchados en el proceso.

Con estas aseveraciones, desconoce el Tribunal, el referido artículo 284 que, en concordancia con el artículo 252 del C. de P. C., ordena tener como auténtico un documento cuando haya certeza sobre la persona que lo ha firmado, presumiéndolo de esta estirpe mientras no se demuestre lo contrario y se tendrá como tal si es reconocido ante el juez y si la parte no lo tachó oportunamente. Estos líncamientos los cumple el documento en mención ya que fue reconocido ante el Juez Octavo Civil Municipal por quienes lo suscribieron. Además, según la recurrente, la Corporación desconoció que los vehículos son bienes

muebles y que en consecuencia, no puede exigirse registro del propietario, toda vez que las oficinas de tránsito sólo cumplen el papel de reguladores del tránsito automotor, sin que sean legalmente instituidas como entes de registro de propiedad. Por tanto, la enajenación se perfecciona con el consentimiento y entrega del bien, y si la secuencia de los documentos presentados por Bernal es lógica e ininterrumpida entre el propietario original y Ricardo Bernal, no puede pregonarse que no se demostró el dominio. Con ello se desconoce el fallo de la Corte, Sala de Casación Civil, de abril treinta (30) de mil novecientos noventa (1990).

Con este proceder, el *ad quem* infringió los artículos 12 y 284 del C. de P. P. en cuanto a la autenticidad del documento y los artículos 245, 247 y 248 de la misma obra al analizar esta prueba y darle unos alcances contrarios a la legislación. A su vez, asegura la casacionista, faltó también al artículo 252 del C. de P. C. que ordena que a documentos como el mentado, debe dársele el valor de auténticos.

Opinión del defensor de los procesados:

Luego de poner en relieve la mirada parcial que la demandante hace de la sentencia, y de advertir que ésta ha sido "...una constante de la parte civil en todo este proceso: Mostrando una actitud tendenciosa que rifa con la lealtad procesal...", se dedica a desvirtuar todos y cada uno de sus argumentos, señalando que no consiguió la demostración de los errores invocados, por lo que solicita de la Sala no casar la sentencia recurrida.

*Concepto del señor Procurador Tercero (3^a)
Delegado en lo Penal:*

En lo que se refiere al primer cargo, la Delegada asegura que en él, la demandante eleva siete ataques principales referidos a la situación procesal de Pérez, al haberse cometido un error de hecho por errónea apreciación de las pruebas. El primero, los testigos, junto con Pérez adujeron que la Hernández era propietaria del vehículo y que le era necesario para su trabajo. Sin embargo, a su juicio, es inexistente la falencia luego de hacer la comparación entre la versión y la interpretación que de ella se hizo en el fallo. Dos más analiza a continuación (los sindicados la vieron movilizándose en el automotor y llegar a una compañía comercial), y reconoce que si bien es cierto Mejía nunca hizo estas afirmaciones, el rechazo del cargo se impone pues la casacionista se quedó en la simple formulación de la tacha, sin demostrar su incidencia en la decisión judicial. El cuarto ataque se refiere a que los testigos afirmaron que era la propietaria del auto y que varias veces la vieron trasladarse en él, lo que no concuerda con lo expresado por Pérez, fundamentándose el Tribunal en hechos que no reflejan la realidad probatoria. Es un error de derecho por falso

juicio de convicción, tornándose imposible su alegación ante la inexistencia de la tarifa legal.

El siguiente también discurre por igual camino al criticar que la Colegiatura les hubiese restado credibilidad al grupo de declarantes que, a juicio de la censora, representaban la verdad. En lo que se refiere al sexto reproche (los acusados no sostuvieron que la Hernández manejara el automotor sino que desplegaba actos manifiestos de posesión), critica la interpretación "sectorizada" que hace la demandante, absteniéndose de hacer un análisis integral del fallo pues las versiones de Rotancio, Vélez y Pérez se desarrollaron en diferentes ámbitos. Finalmente, en lo que se refiere a la última tacha (nunca aseveró Pérez haber visto a Gloria haciendo uso continuo del carro), critica el que analice en forma parcial una frase del Tribunal, pues no cae en cuenta que la última parte de la cita ("ella había hecho manifestaciones de ser su propietaria") coincide con lo sostenido por Pérez.

De otro lado, resalta otras falencias como la de proponer la violación de los artículos 246, 247 y 248 del C. de P. P., pues al mismo tiempo que discute la legalidad del fallo, critica la forma equivocada de su apreciación, proposiciones excluyentes entre sí. Además, vinculó en el mismo discurso los artículos 247 y 248, que "... implican un nivel diferente de análisis", pues el primero "... reclama la demostración de la existencia de elementos probatorios que apuntan a la certeza del hecho y de la responsabilidad del incriminado, al paso que la segunda exige la comprobación de lo inexistente en la situación de duda... labor que no desarrolló en momento alguno la demandante". Además, cita como vulnerado el artículo 253 del C. de P. P. que establece la valoración probatoria por las reglas de la sana crítica, olvidando que sus ataques se fundamentaron en el terreno del error de hecho.

Iguales falencias padece el siguiente segmento de la demanda, aclara la Delegada. Ahora, la demandante pone en tela de juicio la validez de la sentencia absolutoria que se profirió a favor de la señora Vélez "... pero extrañamente parte de la base de que el delito de fraude procesal si encuentra materialización en el expediente al haberse comprobado la existencia del ilícito de falso testimonio". Su alegación queda sin piso pues si no alcanzó el éxito en la anterior proposición, "... mal habría de alcanzarlo en este segundo asunto".

En lo que se refiere al último cargo, encuentra desacertado su desarrollo argumental pues la sola existencia de los documentos alegados por la censora no son suficientes para dar por cierta la propiedad del automotor en cabeza del denunciante. Y es que los "... que podrían ser positivamente valorados, no encuentran respaldo en el resto del acervo probatorio y por ello carecen de fuerza de convicción frente a lo testimonialmente demostrado...".

Con estos razonamientos, la Delegada solicita no casar la sentencia materia del recurso extraordinario.

*La Corte:**I. Primer cargo:*

Lo enruta en un error de hecho por falso juicio de identidad, al tergiversarse el dicho de Fernando Pérez Mejía. Según la recurrente "...el testigo claramente expresa que lo que le consta es lo sucedido el día de la captura del vehículo..." y no "...aspectos anteriores a la aprehensión del rodante...". Sin embargo, al comparar la declaración de Pérez con la interpretación del Tribunal, la coincidencia salta a la vista.

Obsérvese:

Pérez relata su primer encuentro con Gloria de Pardo quien, en su presencia, le respondió al agente que le exhibió la orden de aprehensión del vehículo, "...que era de su propiedad...", luego de lo cual lo hizo entrar a la residencia, pidiéndole el favor de que no se lo inmovilizara porque lo necesitaba para la distribución de mercancías. A los dos o tres días, asegura el declarante, pidió que se lo entregaran, porque era la temporada de diciembre, aceptando que el automotor era suyo aun cuando la titularidad apareciera a nombre de otras personas.

Por su parte, el Tribunal aseguró que los deponentes manifestaron que la referida señora "...aducía ser la propietaria del Dodge Dart y que le era necesario para su trabajo, ya que tenía que trasladarse a lugares diferentes del país a objeto de vender la mercancía...". La correspondencia, es evidente, pues aunque no se recogen textualmente los términos consignados por Pérez, si se interpretan en forma fiel.

Ahora bien: Le asiste razón a la casacionista cuando asegura que Pérez jamás dijo haber visto a la señora de Pardo movilizándose en el Dodge Dart; no obstante, la censura, aparte de demostrar la equivocación de la Corporación, calla sobre su inciencia en el resultado final del proceso, así como el rumbo que hubiera tomado la decisión del juez en su presencia. Tal carencia le impide a la Sala conocer en su real dimensión el pensamiento de la actora.

De otro lado, que se afirme en la segunda instancia que los testigos señalan a la Hernández como la poseedora del automóvil, habiéndola observado incluso varias veces trasladándose en él y que esto, no concuerde con las palabras de Pérez Mejía, en última se constituye en un problema de credibilidad, alegable como error de derecho por falso juicio de convicción. De todas maneras, una presentación correcta del cargo, tampoco hubiera reportado el éxito esperado, ante la inexistencia de la tarifa legal para el testimonio.

Lo mismo se predica de las afirmaciones de la demanda en torno al justiprecio que se les negara a quienes apoyaban las pretensiones del promotor del incidente. Aquí el debate vuelve a girar en torno a

las propias expectativas de la casacionista quien pretende que la Sala acoja su visión del proceso porque la considera mejor que la defendida por el fallador. Enfrentamiento de tesis sin duda —inadmisible en sede de casación— donde se persigue no el triunfo de una hipótesis determinada, sino el establecer si la defendida por el fallador se acomoda a derecho y encuentra correspondencia en la realidad probatoria.

Ahora bien, no se puede examinar un proceso como lo hace el censor, es decir, tomando cada una o varias partes para examinarlas insularmente. Hacerlo de esta manera, distorsiona la visión del acontecer procesal pues éste sólo se puede entender con una mirada de conjunto. La recurrente, sin embargo, prefiere analizar únicamente lo que favorece sus intereses, dejando de lado las demás pruebas que sirvieron de sustento para la decisión judicial.

Por ello, cita un aparte de la sentencia donde se dice que María Rubiano, Belarmino Becerra y Gloria Hernández hablan de lo que sucedió en la mencionada diligencia, olvidando que en la misma decisión se analizaron otras probanzas que demuestran que el dicho de los acusados coincide con el acontecimiento, materia de controversia y que permanecían incólumos frente a sus opositores, pues éstos no poseían la suficiente entidad para convertirse en los prevalentes.

De otra parte, el que se haya manifestado por el Tribunal que Pérez jamás relató que hubiera presenciado hechos que lo convencieran de que la señora de Pardo se encontraba en posesión real y material del automotor, tampoco es de recibo. Recuérdese que la Corporación analizó lo dicho por cada declarante en cuanto a su percepción directa de los acontecimientos, pues cada cual, lo presenció en momentos diferentes. Roncaricio, por ejemplo, señala haber visto a la mujer montada en el automotor y alguna vez guardándolo en el garaje. Pérez indica que, cuando se produjo la retención, la señora de Pardo afirmó que el carro era de su propiedad. Vélez Isaza, por su parte, advierte haberle escuchado, decir que era la poseedora del automotor.

Razón le asiste a la Delegada cuando relieva el análisis parcial de la sentencia, en orden a ratificar sus aseveraciones:

"Dijo la libelista en la página seis (6) de su escrito: 'Basta leer la declaración tachada de falsa del señor Pérez Mejía y su indagatoria, para concluir que el Tribunal, en su afán de absolverlo, lo coloca diciendo cosas que no dijo exonerándolo de cargos que no se le hicieron, pues nunca aseveró Pérez Mejía —ni se le acusó de ello— haber visto a Gloria Hernández de Pardo *haciendo uso continuo del carro*'. Sin embargo, esta alegación de la casacionista está precedida de la siguiente transcripción de la sentencia: 'En este caso las atestaciones de los sindicados son simplemente exposiciones

sobre hechos objetivos que fueron percibidos por los declarantes, es decir, el haber visto a la señora Hernández de Pardo haciendo uso continuo del mencionado vehículo... y que ella había hecho manifestaciones de ser su propietaria'.

"Como se ve, se toma parcialmente la primera frase del Tribunal en el acápite copiado (uso continuo del automóvil) para sobre ella construir un argumento que pretende la ruptura del fallo sin advertir que la segunda oración recordada por la libelista ('que ella había hecho manifestaciones de ser su propietaria') se ajusta integralmente a lo sostenido por el incriminado Pérez Mejía en ocasión del testimonio que ahora se pretende tachar de falso. Así, se advierte la inconformidad del ataque formulado con la realidad procesal y débese descartar por tanto, la prosperidad de la censura".

Pero las falencias continúan aflorando. Ahora las comete en relación con las normas que presuntamente vulneró el Tribunal. Englobándolas todas, cita los artículos 246, 247 y 248 del C. de P. P., pretendiendo su homogeneidad y, por ende, su alegación con el mismo esquema argumental. Con ello desconoce su contenido como en el primer artículo en commento. La mención indica que debe demostrar o que las pruebas no fueron correctamente producidas o arrimadas al proceso o que el fallo se fundó en elementos de convicción que no se encuentran en la realidad probatoria. Sin embargo, la misma demanda afirma que dichas probanzas fueron realizadas conforme a derecho. No se explica, entonces, por qué nombra el citado artículo 248, pues el motivo de su desacuerdo es la tergiversación que se hizo de su contenido. El truquis es evidente.

Ahora bien, los artículos 247 y 248 del estatuto procedural tratan temas excluyentes pues aquél versa sobre la certeza que se requiere para condenar, mientras que en éste debe comprobarse que la duda predicada por el Tribunal no tenía razón de ser. Citarlos simultáneamente conforma una dilogía imposible de superar, máxime que no hizo las aclaraciones pertinentes, quedando el planteamiento en la orfandad pues jamás pasó de la simple enunciación. De otra parte, el indicar como violado el artículo 253 del estatuto procedural, también introduce confusión a su aserto pues, como se sabe, la disposición trata de la manera como deben valorarse los medios de convicción, tema ajeno al error de hecho planteado en esta censura, como que su campo de acción es el error de derecho, por falso juicio de convicción.

Para terminar, cabe destacar la parquedad de la argumentación en lo que se refiere a la procesada Vélez Isaza, como que apenas se limita a apoyarse en lo dicho respecto de Pérez, a más de que guarda silencio sobre Roncancio, lo que implicaría que, de sacar avante sus aspiraciones, se produciría un contrasentido evidente, pues al tiempo que para

Vélez habría una declaratoria de responsabilidad, la absolución de Roncancio quedaría en firme, pese a que ambos sujetos fueron procesados por las mismas imputaciones.

El rechazo del cargo es su medida y así ha de declararse.

2. Segundo cargo:

El ámbito del reproche es el error de derecho por falso juicio de convicción, al calificarse incorrectamente el valor de las pruebas documentales aportadas por el denunciante para acreditar la propiedad del automotor en referencia y que fue materia del proceso ejecutivo, en cuyo incidente de desembargo, se produjeron las atestaciones que fueron materia de investigación en estas diligencias.

Según la censora los documentos tienen plena fuerza legal, pese a lo cual se les desconoció el valor probatorio, conforme al artículo 252 del C. de P. Civil. La controversia que pretende plantear es inane pues su alegación no es válida en el ámbito penal donde la tarifa legal fue abolida desde que entró en vigencia el anterior estatuto procedimental. Por ello, cuando el juzgador se enfrenta a una determinada prueba, su evaluación no la hace en forma solitaria sino en conjunto con las restantes. En el presente caso, si el panorama procesal que se le brindaba al Tribunal no confirmaba los referidos documentos, amén de que no se contaba con la ratificación de quienes los suscribían pues se trataba de simples fotocopias sin autenticar, aparte de que el contrato de compraventa no cumplía con las formalidades prescritas en el artículo 284 del C. de P. P. de 1987, era obvio que, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas que se le oponían a tan precario legajo documental poseían ante sus ojos un mayor mérito, lo cual arrojó como consecuencia su decisión absolutoria.

Como lo advierte la Delegada:

"Acéptese que los documentos son auténticos. Ello no relevaría en modo alguno a la libelista de su obligación de demostrar el error del sentenciador; pero, incluso, no podría tener prosperidad su censura porque, como se dijo, aún ante la validez de los escritos, lo que convence al Tribunal no es la forma de los documentos, sino la falta de ratificación de su contenido por otros medios de convicción. Cuando mucho, se podría denunciar aquí un falso juicio de convicción —no de legalidad como lo enrutó la casacionista pese a la denominación que le dio— pero, en este evento, carecería de fundamento el ataque por consistir éste en la simple oposición de criterios entre el demandante y el fallador".

Los desaciertos tanto de orden técnico como argumental, en los que a la par con los vacíos en la sustentación, se transita sin discriminación por los diferentes predios de la violación indirecta, citándose

normas excluyentes y buscando simplemente que se acepten sus razonamientos por ser mejores que los sostenidos por el fallador, hacen de este libelo un típico alegato de instancia, inaceptable en sede de casación.

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.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Frosneda, Ricardo Culverle Rangel, Jorge Carreño Luengus, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

**DEMANDA DE CASACION
/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / CONFESION**

1. El principio de limitación según el cual la Corte "no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de aquellas que han sido expresamente alegadas por las partes" —según texto del art. 227 del Código de Procedimiento Penal anterior—, fija la imposibilidad para que de oficio pueda proceder la Sala —excepto el caso de nulidad— a diferencia de los recursos ordinarios, a ocuparse de temas o situaciones distintos de aquellos que se indican dentro de la demanda, pues dado el carácter extraordinario de esta impugnación, son las partes las que discrecionalmente fijan la extensión que quieran darle a su recurso, lo cual inhibe además la posibilidad de entrar a suplir las omisiones o a remediar las deficiencias o defectos que contenga la demanda. / 2. Cuando el juzgador omite la aplicación de un precepto porque lo ignora o se niega a reconocer su existencia para la solución de un caso determinado, la violación de la norma se da por exclusión evidente, demandable por la vía de la violación directa de la ley. / 3. La aplicación del artículo 301 del C. de P. P. anterior (rebaja por confesión) es consecuencia de un arrepentimiento y una colaboración con el buen éxito de la investigación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 948.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Jeremías Simijaca Brito* en contra de la sentencia de diciembre 13 de 1991 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante la cual le impartió confirmación integral

a la de condena que por el delito de homicidio, impusiera en primera instancia al acusado el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad.

Hechos y actuación procesal:

1. El resumen que del caso controvertido hace el Tribunal Superior de Tunja es el siguiente:

"En la carretera que de Moniquirá conduce a la vereda Ubazá, la noche del 20 de enero de 1991 a eso de las siete de la noche se desplazaba Wilson Telésforo Castellanos Ortiz conduciendo un campero Willys modelo 1975, color amarillo con café, de servicio particular, placas XF-0691 y en un lugar de la vereda Neval se encontraba a orillas de la carretera el señor Jeremías Simijaca Brito con dos caballos. Cuando pasó el campero en que viajaban doce personas, el hoy procesado procedió a disparar su arma de fuego en tres ocasiones, produciendo lesiones en la menor Sandra Milena León Garavito y en Wilson Telésforo Castellanos Ortiz, quien murió momentos después a causa del impacto recibido en la parte posterior de la cabeza".

2. La diligencia de levantamiento del cadáver y la apertura de la investigación estuvo a cargo del Juzgado 20 de Instrucción Criminal de Moniquirá, correspondiéndole por reparto al Juzgado 28 de la misma ciudad y especialidad, despacho que oyó en indagatoria al imputado Jeremías Simijaca Brito, y a su hijo Hugo José Simijaca Cuervo; la situación jurídica del primero la resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación y al segundo se lo dejó en libertad incondicional.

Una vez clausurada la etapa de instrucción, el mencionado despacho mediante proveído de abril 30 de 1991 profirió en contra del acusado resolución acusatoria por los punibles de homicidio y lesiones personales en concurso, y su hijo Hugo José fue favorecido con cesación de procedimiento.

En la etapa del juicio que por reparto le correspondió adelantar al Juzgado Tercero Superior de Tunja, se practicaron algunas pruebas entre ellas la inspección judicial al sitio donde los hechos tuvieron ocurrencia. Realizada la audiencia pública, el despacho profirió fallo de condena por el homicidio en la persona de Wilson Telésforo Castellanos Ortiz, imponiéndole al imputado la pena de 120 meses de prisión, las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por igual término, y al pago de los perjuicios materiales y morales que fijó en el equivalente a 250 y 50 gramos oro respectivamente. Al mismo tiempo ordenó compilar copias para que los funcionarios de Policía investigaran por

separado el punible de lesiones personales con incapacidad de 8 días sin secuelas, que por la misma acción sufriría la menor Sandra Milena León Garavito.

En contra de la anterior decisión el defensor del acusado impetró el recurso de apelación, que al ser resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja recibió confirmación. Contra esta última determinación se ha interpuesto el recurso extraordinario de casación.

La demanda:

Al amparo de la causal primera cuerpo segundo, del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 modificatorio del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal de 1987, el recurrente formula único cargo en contra de la sentencia de segunda instancia acusando la presencia de un error de hecho por falso juicio de existencia al haberse omitido el análisis de la confesión rendida por el procesado, que de haber sido apreciada habría dado lugar a la operancia de la diminuente consagrada en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, disposición sustancial que como consecuencia dejó de aplicarse.

Con apoyo en fallo de la Corte de mayo 18 de 1990, asevera que en la sentencia se reconoció la manifestación libre que desde su primera versión hiciera el procesado respecto a los disparos ejecutados en contra del vehículo que conducía Wilson Castellanos Ortiz, uno de los cuales le cegó la vida y que ello equivalía a una aceptación de autoría que se constituyó en el argumento central utilizado para fundamentar su responsabilidad en el delito, máxime cuando los testigos coincidieron en la imposibilidad en que se vieron para reconocer al autor de los disparos, ya que tan solo observaron a distancia a un individuo que llevaba dos bestias. Sin embargo y llegado el momento de dosificar la pena, omitió el juzgador darle relevancia a la confesión, lo que es tanto como haber ignorado la existencia física de su medio.

La confesión rendida por Simijaca fue vertida además desde su primera versión, y sostenida en lo esencial durante el proceso, sin que la insinuación orientada al reconocimiento de la ira o la propuesta de causales de inculpabilidad hubiera modificado el contenido fáctico, ni por otro aspecto se hubiera dado un estado de flagrancia. El juzgador desconoció entonces la connotación de la confesión dejando de aplicar la norma sustancial del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, y con ello ocasionó un agravio al sentenciado que la Corte debe remediar.

Con base en los anteriores argumentos solicita de la Corte la casación parcial de la sentencia para que profiriendo en su lugar la de reemplazo, reconozca la diminuente por confesión, y disponga que la pena a cumplir por parte del procesado es la de 80 meses de prisión.

El concepto de la Delegada:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, considera que la demanda es internamente contradictoria al atacar la sentencia por error de hecho por falso juicio de existencia, cuando asevera:

"Que 'se omitió el análisis de la confesión hecha por Jeremías Simijaca' y, más adelante, agregar 'para el caso, habiendo sido tomada en cuenta en la fundamentación probatoria del fallo...', aspecto este último que niega ciertamente la omisión de la prueba que se censura como que el Tribunal alude directamente a la prueba de confesión que el recurrente estima omitida".

En su sentir, la indagatoria que admite la autoría del hecho fue apreciada probatoriamente por el Tribunal cuando advirtió:

"De la prueba aportada al expediente, estima la Sala prudente resaltar que el procesado Jeremías Simijaca Brito admite haber sido la persona que la noche del 20 de enero de 1991 efectuó los disparos que produjeron la muerte de Wilson Telésforo Castellanos Ortiz. La motivación que da, es la de haber sido insultado por los ocupantes del automotor que previamente habían atropellado a una de sus cabalgaduras. Como el carro se detuvo, pensó que lo iban a atracar o a robar y por eso, accionó su arma de fuego"; sin embargo, agrega el colaborador del Ministerio Público, los juzgadores la desestimaron como confesión, al no reunir los requisitos del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, ya que:

"Es evidente que la declaración ha sido tomada por el sentenciador en parte para sustentar las conclusiones de la sentencia pero dentro del conjunto de un sinúmero de pruebas adicionales y convergentes que configuran el perfil de lo fáctico que es objeto de la decisión final del proceso".

"Pero de ahí a concluir que se trata de una confesión y que esta es la prueba fundamental de la sentencia media un largo espacio, que impide ciertamente aplicar la disminución de pena por confesión como reclama el impugnante. Es claro que la confesión es un medio de prueba en el que el procesado acepta un hecho que 'le desfavorece', es decir asume una carga de responsabilidad penal aceptada en la explicación del factum objetivo que se investiga. Por ello se ha dicho siempre que en tanto no se acepte una responsabilidad penal, no existirá confesión técnicamente hablando. No basta de otro punto de vista que se acepta la participación en un hecho colateral o residual que no es la materia misma de investigación y que no comporta responsabilidad penal, pues en tal caso no habrá prueba de confesión. Acótese que la indagatoria

es un medio de vinculación procesal, y que la confesión es una prueba de cargo, pues no se confiesa negando el hecho. Es por ello que en este caso no ha habido en estricto rigor técnico una confesión puesto que el procesado no acepta haber sido siquiera causa de la muerte, pues si reconoce haber disparado dice que lo hizo al aire. Por ello el sentenciador tuvo que acudir a otra prueba del acervo aportado para extraer la conclusión de autoría y responsabilidad del procesado".

Al referirse a la jurisprudencia citada por el recurrente, dice que no es aplicable en el presente caso, y que es discutible el planteamiento que por la vía indirecta hace el libelista.

"Puesto que se trata de la exclusión de la norma legal que rige el tema planteado en la impugnación pero admitido así está claro que ni se demostró que hubiera prueba de confesión (partiendo del supuesto de que indagatoria no es equivalente a confesión pues lo primero es un acto procesal, mientras que lo segundo es una prueba) ni que esta versión haya sido la prueba fundamento de la sentencia. El tratamiento dado en el desarrollo de la impugnación ha sido como de violación directa de la ley y no como error de hecho sobre la prueba pues como se vio sobre este punto no se argumentó. Se dio por supuesto que había confesión y que ésta fue fundamento esencial de la sentencia lo que resulta técnicamente incorrecto. Tal vez ello demuestra que la presentación del cargo ha debido hacerse como violación directa siempre y cuando se asuma que hay confesión en el proceso".

Con base en las anteriores razones, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte:

El principio de limitación según el cual la Corte "no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de aquellas que han sido expresamente alegadas por las partes" —según texto del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal— aplicable para dirimir esta controversia, fija la imposibilidad para que de oficio pueda proceder la Sala —excepto el caso de la nulidad— a diferencia de los recursos ordinarios, a ocuparse de temas o situaciones distintos de aquellos que se indican dentro de la demanda, pues dado el carácter extraordinario de esta impugnación, son las partes las que discrecionalmente fijan la extensión que quieren darle a su recurso, lo cual inhibe además la posibilidad de entrar a suplir las omisiones o a remediar las deficiencias o defectos que contenga la demanda. Si sobre ella se apoya el recurso, será la exactitud de sus términos la que constituya base

de la sentencia de casación, sin que la Sala pueda considerar causales de casación que el impugnante no le haya planteado.

Lo anterior significa, y es lo que ocurre en el caso presente, que si el actor plantea con exclusividad y en cargo único la violación indirecta de la ley sustancial, acusando la inaplicación por parte del *ad quem* del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, como consecuencia de un falso juicio de existencia porque se omitió el análisis de la confesión del procesado, lo corresponde probar la ocurrencia del error de hecho, acreyendo tanto la existencia del medio demostrativo como su desconocimiento objetivo o material por parte del juzgador, al punto que de haber sido efectivamente reconocido y estimado, otro distinto hubiese sido el pronunciamiento final de las instancias, cuyo significado en la situación del acusado representaría la reducción de su sanción de 120 a solo 80 meses de prisión.

Sin embargo, y como así lo hace notorio el Ministerio Público en su concepto precedente, al ocuparse del desarrollo de esta acusación, incurrió el censor en defectos que tanto impiden dar por cierta la ocurrencia del yerro atribuido a la sentencia, como demuestran el abandono de la vía de violación invocada, para exhibir razones propias de una violación directa de la ley.

En cuanto a lo primero, obsérvese sin dificultad que de la invocación del falso juicio por omisión muy pronto se separa el casacionista para asegurar que en verdad el dicho del procesado Jeremías Simijaca si fue tomado en cuenta por el Tribunal, e inclusive para fundar en él el sentido de la sentencia que le fuera adversa, aceptación que contradice de plano la presentación primera que del cargo hacia, deshaciendo la afirmación central sobre la cual había sido edificado, pues no podría tenerse como una sola verdad y al mismo tiempo, la doble afirmación de omisión o falta de apreciación de un medio, con la de su consideración como fundamento del fallo de condena.

Peor aún: Cuando el casacionista afirma que lo que el juzgador ignoró a la postre fue la connotación de la confesión rendida por el implicado, pero no su existencia como medio material de prueba en el plenario, la orientación de su reclamo declina los argumentos iniciales para esgrimir la causal primera pero bajo la hipótesis de una violación directa, pues dando como establecidos y aún aceptados por las instancias los fundamentos de hecho, según los cuales el acusado aceptó su intervención en el episodio, el empleo de un arma de fuego y la causación del resultado punible, condicionando apenas su responsabilidad a un actuar bajo el estímulo emocional de la ira, la crítica que a la sentencia se le endilga pasa ya al ámbito exclusivo de la inaplicación de una norma de derecho sustancial relacionada con la aminoración de pena, porque simple y llanamente el juzgador la excluyó de sus análisis cuando estaba obligado a aplicarla.

Cuando el juzgador omite la aplicación de un precepto porque lo ignora o se niega a reconocer su existencia para la solución de un caso determinado, la violación de la norma se da por exclusión evidente, demandable por la vía de la violación directa de la ley. Si ello es así, es deber del actor que clara y precisamente lo alegue y sustente, sin que pueda con coartadez entrar a alegar a la vez la violación directa y la indirecta, pues ello entrañaría insalvables contradicciones, dado que una y otra vía de violación tiene sus propias características, causas y consecuencias, contradicción que en el caso visto hace la demanda manifiesta al afirmar primero que el desconocimiento de la rebaja de pena se dio cuando el Tribunal omitió tener en cuenta la confesión del acusado, para luego agregar que en verdad fue la versión del procesado la que sirvió de base a la condena, sólo que al tomarla ignoró el juzgador la disminución de sanción que le obligaba reconocer al momento de graduar la pena.

Se tuvo o no realmente en cuenta la versión del procesado (posible error de hecho por falso juicio de existencia), se le dio o no a ese dicho el valor de confesión (error de derecho por falso juicio de convicción), o, reconocido su valor se ignoró el precepto legal que le otorgaba consecuencias favorables en el ámbito de la sanción (falso juicio de selección de la norma), fueron alternativas que en desorden planteó el censor a lo largo de su alegación sin llegar a definirse ni solutionar las contradicciones que con su plantoamiento simultáneo ofrecía, y ello demuestra la falta de claridad y precisión con que se invocó la causal de casación y se desarrolló la vía de la impugnación propuesta.

Este grave e irremediable defecto repercute en la imposibilidad para que la Sala conozca los verdaderos motivos que impulsan la acusación que se resuelve, y si como queda visto, tampoco puede entrar a subsanarlos ni a escoger dentro de estas alternativas aquella que prefería a su acomodo, habrá de concluirse en que las fallas y contradicciones internas del libelo tan solo conducen a su desestimación definitiva, sentido en el cual se anuncia desde ahora y en coincidencia con el Ministerio Público la decisión final de esta providencia.

Además de la deficiente presentación técnica de la demanda, no sobra advertir sobre los hechos que si bien carecieron los testigos presenciales de certeza sobre la persona que derribada al paso del campero por el brío o nerviosismo de unas bestias hizo los disparos, la actuación acreditó que cuando el procesado dio a las autoridades su primera versión, había sido ya descubierto y comprometido ante las pesquisas de la Policía que siguiendo las pistas e información de inteligencia sobre el autor de la doble agresión había llegado a casa de Simijaca Brito, incautando en poder de su hijo el revólver utilizado para el homicidio.

La información que a partir de entonces suministró el procesado lo llevó a aceptar ante el peso de las evidencias su presencia cerca del sitio de los hechos y en el momento de su ocurrencia, su indisposición

emocional por las consecuencias que sufrió cuando el vehículo de Wilson Castellanos asustó sus bestias haciéndole caer, y aún el accionar del revólver que portaba, sólo que insistiendo siempre en que la orientación de los disparos fue al aire y nunca con la intención de causar daño a persona alguna.

Concluir, entonces, en que Simijaca Brito fue el autor material del homicidio endilgado, y que además actuó ajeno a circunstancias excluyentes de culpabilidad y al estado emocional de ira fue esfuerzo que —según recuerda la Procuraduría Delegada— implicó el recurso a otros medios de certeza por parte de las instancias, distintos de la versión del procesado, que en los términos vistos y en cuanto nunca aceptó responsabilidad frente al resultado, no se pudo tomar como confesión, distanciando la aplicación del artículo 301 del Código Penal cuya rebaja es consecuencia de un arrepentimiento y una colaboración con el buen éxito de la investigación que en el caso visto ni facilitaba la labor del instructor ni los análisis de los juzgadores, impidiendo por una nueva vía que la acusación hallara éxito.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada, de fecha origen y contenido analizados en esta providencia.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Pérez Velandia, Edgar Sacredra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / TESTEMONIO / CONFESION
/ SANA CRITICA / IRA E INTENSO DOLOR

1. La identificación del error probatorio endilgado al juzgador bajo las denominaciones de hecho o de derecho, si bien dejó de ser requisito formal de la causal primera de casación, en manera alguna se exonerá al recurrente del deber de comprobar el error mismo por omisión, suposición o tergiversación de las pruebas o de los hechos por ellas revelados; o por haber sido apreciadas sin las formalidades exigidas para su producción, cumplido lo cual deberá igualmente demostrar la incidencia incontrastable del error en las conclusiones de la sentencia impugnada. / La ley de procedimiento penal no asigna un valor específico a la confesión y el testimonio, sino que le señala al juez ciertos criterios para determinar su mérito probatorio, entre las causales las reglas de la sana crítica. / 2. La ira o el intenso dolor son atenuantes subjetivas y personales que sólo favorecen al sindicado que obra en uno cualquiera de tales estados, y por ello la reacción que emerge de los mismos debe dirigirse hacia la persona que realizó el comportamiento grave e injusto y no contra otra diferente. / Si la conducta del recurrente reviste los caracteres de una venganza, la diminuente punitiva por ira o intenso dolor resulta inaceptable.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete de mayo de mil novientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado Acta número 49 (27 de mayo de 1993).

Vistos:

El 20 de marzo de 1992 el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó, con algunas modificaciones, la sentencia dictada por el Juzgado Veintitrés Superior de Santafé de Bogotá condenando a Pablo Emilio Chávez Monroy a la pena principal de 16 años de prisión como

responsable del delito de homicidio agravado en la persona de Raúl Jiménez Velandia; decisión recurrida en casación por el procesado.

Hechos:

En la mañana del 9 de marzo de 1987 frente al establecimiento conocido como "El Botellazo" del perímetro urbano de la población de Villapinzón (Cundinamarca), se presentó un conato de riña entre los hermanos Rubén y Raúl Jiménez Velandia y José Antonio Chávez Monroy, su primo Miguel Abril Monroy y varias mujeres que los acompañaban, motivando la intervención de la Policía que apaciguó los ánimos desarmando a los contrincantes y conduciendo a Rubén en calidad de detenido.

A eso del medio día, Pablo Emilio Chávez Monroy, hermano de José Antonio, al darse cuenta que Raúl Jiménez pasaba junto a su casa lo siguió propinándole por detrás dos garrotazos que lo derribaron al suelo y en esa posición lo produjo una euhillada en el abdomen a consecuencia de la cual falleció momentos después en el hospital de Chocontá.

Actuación procesal:

A la investigación iniciada el mismo día por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villapinzón y continuada por el Noventa de Instrucción Criminal de Chocontá, fueron vinculados en calidad de sindicados los hermanos José Antonio y Pablo Emilio Chávez Monroy y el primo de ellos, Miguel Abril Monroy.

José Antonio "confesó" la autoría del hecho punible explicando haber obrado en legítima defensa de su vida mientras que su hermano Pablo Emilio negó cualquier participación en el mismo, atribuyendo toda responsabilidad en el crimen a José Antonio.

El funcionario instructor oyó en declaración juramentada a los jóvenes Ricardo Figueroa Benavides, Rafael Tobías Fernández y Désiderio Benavides Monroy quienes presenciaron el desarrollo de los acontecimientos señalando inequívocamente a Pablo Emilio Chávez Monroy como el autor de las heridas sufridas por la víctima; pruebas con fundamento en las cuales definió la situación jurídica de los sindicados decretando la detención preautelar de éste último y la libertad incondicional de José Antonio Chávez y Miguel Abril Monroy.

Recibidos los testimonios de Arnulfo Pinzón Abril y Emiro Benavides Monroy, integrantes del grupo de jóvenes que presenciaron de cerca los sucesos, y practicadas otras pruebas, el Juzgado Noventa de Instrucción Criminal radicado en Chocontá calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Pablo Emilio Chávez

Monroy por el delito de homicidio agravado por la indefensión de la víctima al recibir el ataque por detrás y en forma sorpresiva (numeral 7º del art. 324 del C. P.); ordenando cesar procedimiento en favor de los demás procesados por ser ajenos al crimen; pronunciamiento consentido por la defensa.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública sin jurado de conciencia, el Juzgado Veintitrés Superior de Santa Fe de Bogotá puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de 16 años de prisión, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago en concreto de los perjuicios causados con el delito; fallo apelado por éste y confirmado, con algunas modificaciones, por el Tribunal Superior de Cundinamarca mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demandas de casación:

En capítulos separados y con el carácter de principal y subsidiario, se formulan sendos cargos a la sentencia impugnada, así:

Cargo principal: Violación inmediata de la ley —causa primera de casación—, por no haberse apreciado en su verdadero valor la confesión vertida por el sindicado José Antonio Chávez Monroy “de haber sido él y solamente él” el autor del homicidio con lo que se infringió el artículo 296 del C. de P. P. incurriendo en el error de dar por ciertas las declaraciones rendidas por Ricardo Figueredo Benavides, Rafael Tobias Fernández, Desiderio Benavides Monroy, Arnulfo Pinzón Abril y Emiro Benavides Monroy.

Argumenta el censor que José Antonio Chávez desde un comienzo se atribuyó la exclusiva autoría del hecho y que la indagatoria por él rendida lo fue “con todos los requisitos exigidos para esta clase de diligencias, quedando el declarante responsable de sus manifestaciones. Empero, la justicia desde sus primeros pronunciamientos en torno al caso, no acogió la prueba de confesión como válida por encontrarse referida con los testimonios de los cinco declarantes anotados, demeritando así su vigor probatorio”.

Examinando cada una de las declaraciones citadas para destacar en ellas los desaciertos e inexactitudes que contienen, los que a su juicio les restan credibilidad, termina diciendo que del análisis de tales pruebas tenidas como soporte de la sentencia de condena contra su representado se colige que éste no cometió el homicidio, sino su hermano, por lo que la sentencia acusada debe casarse totalmente para absolverlo de los cargos formulados por no haber cometido el delito.

Cargo subsidiario: En el supuesto de no prosperar la impugnación se pide, en subsidio, la infirmación parcial del fallo reconociéndosele al procesado la diminuente del artículo 60 del Código Penal porque “el fallador de segunda instancia incurrió en error por viola-

ción inmediata de la ley al no aplicar en su sentencia la figura de la norma precitada, y en su lugar aplicar una sanción mayor a la realmente endilgable al caso presente, ya que el sentenciado actuó en estado de ira e intenso dolor causado por grave, ajena e injusta provo-cación que el obitado tuvo en vida y en el momento de los hechos contra el condenado Chávez Monroy y su familia".

Afirma el demandante que de lo dicho por el propio sindicado Pablo Emilio Chávez Monroy, su progenitora Sara Monroy de Chávez y varios testigos, no cabe la menor duda que entre los hermanos Rubén y Raúl Jiménez Velandia de una parte, y José Antonio y Pablo Emilio Chávez Monroy de la otra, existía grave enemistad porque días antes Rubén había herido con una navaja acerada a Pablo Emilio y la mañana de autos los Jiménez se hallaban armados y prevenidos contra los Chávez por lo que "si Pablo Emilio Chávez Monroy pudo ser el atacante victimario de Raúl Jiménez Velandia... lo hizo fundamentalmente en estado de ira, cuestión que debe reconocerle la justicia como diminuendo (sic) de la dosificación impuesta en la sentencia del honorable Tribunal Superior de Cundinamarca".

Opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de examinar los reproches formulados concluye solicitando que no se case la sentencia porque ninguno de ellos puede prosperar.

Respecto al cargo principal afirma que no obstante apoyarse en la causal primera de casación no distingue si la violación de la ley se produjo en forma directa o indirecta o como consecuencia de un error de hecho o de derecho en la apreciación de la confesión rendida por el sindicado José Antonio Chávez Monroy o de las declaraciones vertidas por Ricardo Figueredo Benavides, Desiderio Benavides Monroy y los otros jóvenes que presenciaron de cerca el desarrollo de los acontecimientos delictuosos, advirtiendo que las discrepancias sobre el valor probatorio de medios de convicción no tarificados y deliberados en su evaluación a la apreciación racional del funcionario no genera el error probatorio denunciado por el impugnante quien se limitó a anteponer su criterio personal al del fallador, sin demostrarlo.

Y en cuanto al cargo subsidiario expresa que adolece de fallas similares al anterior pues el demandante no indicó la causal de casación a la cual se acogía para pretender el reconocimiento de la ira o intenso dolor del artículo 60 del Código Penal; no precisó la forma en que pudo haberse producido el quebranto de la ley (violación directa o indirecta) ni integró la proposición jurídica completa con las normas sustanciales y procedimentales que consideró infringidas, agregando:

"Pero, es definitivo decir que aún aceptando ese aspecto de facto —la enemistad de las familias— ello no hace que automáticamente el homicidio cometido reciba la atenuación de ira, pues está bien definido que el hecho considerado de enemistad debe ser ajeno, injusto y grave, y si no reviste esa cualidad (injusto y grave) no genera la disminución de responsabilidad penal, y además debe establecerse con nitidez la relación directa y consecuencial entre el comportamiento ajeno, injusto y grave y la reacción iracunda que lleva a delinquir. Es decir, todo ello debió ser objeto de la demostración del Impugnante, como necesidad racional de la aplicación de la atenuante invocada, lo que no logra el impugnante".

Consideraciones de la Corte:

Cargo principal: Conviene reflexionar de antemano que la identificación del error probatorio endilgado al juzgador bajo las denominaciones de hecho o de derecho si bien, dejó de ser requisito formal de la causal primera de casación conforme a las previsiones del artículo 220 del C. de P. P. vigente (Decreto 2700 de 1991), normatividad aplicable al caso por razones de favorabilidad; no por ello en manera alguna se exonera al recurrente del deber de comprobar el error mismo por omisión, suposición o tergiversación de las pruebas o de los hechos por ellas revelados; o por haber sido apreciadas sin las formalidades exigidas para su producción, cumplido lo cual, deberá igualmente demostrar la incidencia incontrastable del error en las conclusiones de la sentencia impugnada.

Tampoco quedaría relevado de la obligación de plantear y demostrar —si se acoge a la causal primera de casación—, que la violación de una norma de derecho sustancial se produjo al margen de toda consideración probatoria por exclusión evidente, aplicación indebida o interpretación errónea; o por falsos juicios de apreciación probatoria en las dos primeras hipótesis, tratándose, como se trata, de pasos lógicos e imprescindibles en todo razonamiento y comprobación, los que no pueden ser soslayados por el impugnante en casación.

Siendo incuestionable que la ley de procedimiento penal no asigna un valor específico a la confesión y el testimonio, sino que le señala al juez ciertos criterios para determinar su mérito probatorio, entre las cuales las reglas de la sana crítica; es decir, que lo deja en libertad para apreciar su valor conforme a los parámetros contemplados en los artículos 294 y 298 del mencionado estatuto; mal puede endilgarse al Tribunal Superior el cargo de no haber apreciado la confesión en "su verdadero valor" o el de haber apreciado equivocadamente unos testimonios por la potísima razón de que ninguno de tales medios de persuasión aparece signado con un valor determinado el que haya podido ser ignorado o rebasado por el juzgador.

Ahora bien, si durante los debates de instancia quedó evidenciado que la confesión inicial de José Antonio Chávez resultó mendaz y el confesante se retractó de lo dicho aduciendo que había confesado el delito para favorecer a su hermano Pablo Emilio quien se reponía de la lesión sufrida a manos de Rubén Jiménez (fl. 127 vto. del expediente) y durante la instrucción se recibieron varios testimonios que lo señalan como el verdadero responsable de la muerte de Raúl Jiménez no cabe duda que la manifestación de José Antonio quedó en el vacío porque la confesión para ser tenida como tal, a más de reunir los requisitos que le son propios de acuerdo al artículo 296 *ibidem*, debe ser confrontada con las pruebas del proceso para determinar su veracidad y credibilidad (art. 297 *ibidem*), atributo del que carece la vertida por este último.

El sentenciador de segunda instancia, luego de examinar las declaraciones rendidas por Ricardo Figueiredo, Rafael Tobías Fernández, Desiderio Benavides Monroy, Arnulfo Pinzón Abril y Emiro Benavides Monroy concluye manifestando:

"Son, pues cinco los testimonios que ponen de presente que quien atacó a Raúl Jiménez fue Pablo Emilio Chávez Monroy, unos que lo sindican porque lo conocían personalmente, sabiendo su nombre y apellido, otro que lo conocía, pero sabía solamente su nombre, y otros que lo reconocieron físicamente en la diligencia de reconocimiento en fila de personas, emanados de personas que no tenían ningún interés en la confrontación que se presentó entre las familias, y que observaron los hechos por encontrarse, casualmente, en un lugar cercano a donde se presentaron".

Por lo demás, si el reproche formulado a la sentencia se fundamenta en la apreciación personal del recurrente respecto al valor probatorio que debe reconocérsele a la confesión y los testimonios, diametralmente opuesta a la razonable y lógica evaluación hecha por el Tribunal Superior sin que por ninguna parte se vislumbre la comisión de manifiestos errores de naturaleza trascendente y si la impugnación, en el fondo, es la reiteración de los mismos argumentos esbozados por el recurrente durante la audiencia pública, colígese que el cargo es infundado y debe desestimarse.

No prospera la impugnación.

Cargo subsidiario: Tampoco está llamado a prosperar este reparo porque, como bien anota la Procuraduría Dolegada, el recurrente no sólo omitió indicar la causal de casación a la cual se acogía para reclamar la diminuente punitiva del artículo 60 del Código Penal, sino además porque la ira o el intenso dolor son atenuantes subjetivas y personales que sólo favorecen al sindicado que obra en uno cualquiera de tales estados y por ello la reacción que emerge de los mismos debe dirigirse hacia la persona que realizó el comportamiento grave e in-

justo y no contra otra diferente; en estas condiciones el procesado recurrente Pablo Emilio Chávez Monroy no puede resultar favorecido con esa diminuente punitiva toda vez que el occiso Raúl Jiménez no fue el autor de la "puñalada" sufrida por Pablo Emilio días antes, circunstancia tenida por la defensa como móvil del crimen, sino su hermano Rubén quien a la hora del homicidio se encontraba detenido en el Cuartel de la Policía a raíz del conato de riña suscitado esa mañana.

Con sobrada razón el Juzgado Superior denegó al acusado la amnistía del artículo 60, alegada por el mismo recurrente en casación durante el plenario, basado en las siguientes consideraciones:

"En respuesta a lo anterior, tenemos que no es posible atribuir la realización del hecho punible investigado, a un estado de ira, por las causas que atañe el abogado defensor, dado que como se ha probado, no hubo discusión ni ofensa de palabra, menos de obra, entre sindicado y hoy occiso, por el contrario, se ha establecido que el sindicado estaba a la espera simplemente de su víctima y sin mediar palabra le descargó sendos garrotazos que lo tumbaron al suelo, para luego propinarle una puñalada, sin darle tiempo siquiera a defenderse y seguramente sin comprender la razón del ataque. Se aclara, que si hubo antes un problema en el cual resultó herido el encartado de autos, pero el causante de tales lesiones era el hermano del obitudo, por lo que aún ni siquiera por esto se podría aceptar tal estado, pues como se sabe la ira debe ser justa y en este caso nada le había hecho al sindicado el joven Raúl Jiménez, luego no había lugar a tal comportamiento en su contra".

De modo que si la conducta del recurrente reviste los caracteres de una venganza, la diminuente punitiva por ira o intenso dolor resulta inaceptable.

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 del procesado Pablo Emilio Chávez Monroy de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiale, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Culvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

**APELACION / REFORMATIO IN PEJUS
/ CASACION OFICIOSA**

1. El recurso de apelación, tanto en la legislación procesal derogada (art. 538) como en la actual (art. 217), permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, con la única salvedad de no hacer más gravosa la situación del procesado, si éste es recurrente exclusivo.

/ 2. El trámite de una decisión absolutoria por una condenatoria, siendo única parte recurrente la acusada, se hace imperativo efectivizar el mandato mediante la oficiosa casación parcial de la sentencia impugnada, al tenor de los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P.; y esto porque si bien la norma constitucional prohíbe agravar la pena impuesta en la primera instancia, la benigna interpretación de su sentido y alcance, hace posible y lógico el velo al fallador ad quem también para cambiar el sentido absolutorio o menos gravoso de un pronunciamiento de primera instancia, por uno condenatorio o más afectivo, quedándole como única posibilidad mantener la absolución primigeniamente impartida.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 49.

Conoce la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia proferida el 29 de abril de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual, por revocación de la de primera instancia, condena a *Arturo Restrepo Orozco* a la pena principal de dos años de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por igual término, como autor responsable del delito de acceso carnal violento en la persona de la señora *Patricia Delgado*.

Hechos y actuación procesal:

En la sentencia de segundo grado y con sujeción a la realidad procesal, aparecen referidos los sucesos objeto de la decisión impugnada, de la siguiente manera:

"La historia del proceso señala que el día veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), a eso de las tres y media de la mañana, un sujeto se introdujo en forma arbitraria en la casa del señor Gerardo Barona Trejos ubicada en el barrio Santafé (de la ciudad de Buenaventura, se aclara), y armándose de un machete que había en el lugar, lo amenazó e hizo retirar del sitio donde dormían sus hijos, y luego de apagar las luces forcejeó con su mujer (señora Patricia Delgado Valencia) y abusó de ella. Cuando se enteró que era sólo un individuo el que los atacaba y no varios, como pensó inicialmente, lo agarró en la oscuridad, pero el acusado lo hirió levemente en la frente y en el talón de la pierna (sic) izquierda. Cuando el agresor huía con el machete, vio que su mujer manaba sangre por las partes genitales y que había desaparecido la ropa suya al igual que su documento de identificación, la tarjeta del Seguro Social y el carné de empleado del SENA. Después fue aprehendido el intruso en el hospital cuando se hacia curar las heridas que le había propinado la ofendida, quien lo reconoció de inmediato en ese centro asistencial, una vez lo vio". El sujeto fue identificado como Arturo Restrepo Orozco.

Después de algunas diligencias de indagación preliminar, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Buenaventura abrió la investigación sumarial y, tras oír en indagatoria al sindicado y practicar otras pruebas, remitió lo actuado a reparto de los Juzgados de Instrucción Criminal, correspondiéndole al 30 de esta especialidad de la misma ciudad. Este despacho al resolverle la situación jurídica lo hizo mediante auto de detención por los delitos de acceso carnal violento, lesiones personales y hurto, a la vez que determinó como procedimiento a seguir el abreviado, por estimar que la captura se produjo en estado de flagrancia.

Celebrada la audiencia pública, el procesado fue condenado por los delitos de lesiones personales en la señora Patricia Delgado, cuya incapacidad fue señalada en 13 días por el legista, y hurto calificado, siendo absuelto por el acceso carnal violento. Sin embargo, recurrido el fallo en apelación por el procesado y su defensor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial lo modificó así: Absolvió al procesado por el hurto calificado; ordenó la expedición de copias para que las autoridades de Policía se ocuparan del delito de lesiones personales por el cual ci a quo lo había condenado, revocándolo en razón del término de incapacidad fijado; y, revocó además la absolución por el acceso carnal violento por estimar, de conformidad con el nuevo examen del caudal probatorio que el delito si se cometió y debe responder de él

el procesado, en contraposición a la conclusión del Juzgado, para el cual este atentado no tuvo ocurrencia; lo condenó a las penas conocidas, en la sentencia que es materia de este recurso extraordinario, interpuesto y sustentado oportunamente por el representante del Ministerio Público ante el Tribunal, el Procurador 65 en lo Judicial para Asuntos Penales (fis. 1 y ss., 17, 29, 33, 69 y ss., 110, 149 y ss. cuaderno principal).

La demanda:

Con apoyo legal en la causal 3^a de casación, el funcionario recurrente formula dos censuras al fallo impugnado, así:

Cargo primero: Habiendo sido la sentencia de primer grado absolutoria respecto del delito de violación y condenatoria por lesiones personales y hurto, y apelada exclusivamente por el procesado y su defensor, siendo entonces el interés recurrente el cuestionamiento de la decisión de condena, la Corporación de segundo grado *no* estaba facultada legalmente para revisar la absolución, sino que "su labor funcional" se limitaba al objetivo del recurso.

La Sala de Decisión entonces, obligada como estaba a hacer abstracción de la absolución, que no era cuestión susceptible de revisión por consulta ni había sido impugnada, "desbordó los límites de su facultad examinadora, desconoció el ámbito de su competencia funcional y así adecuó su actividad dentro de los parámetros del numeral 1º del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal que regla las nulidades".

Añade el casacionista que la circunstancia de haberse investigado en un solo proceso los diversos atentados contra la ley penal en que incurrió el acusado, *no* podía "servir de argumento para que la facultad examinadora del *ad quem* fuera ilimité porque no se trataba de hechos sustancialmente conexos, sucedidos en relación de medio a fin", sino ligados apenas "por el común denominador de la identidad del acusado y las propias piezas que probatoriamente hacían posible su demostración".

Cargo segundo: En subsidio, propone el actor la nulidad parcial del proceso por haber incurrido el Juzgado calificador en error relativo a la denominación jurídica de la infracción. Formula su aserto el actor basado en las inferencias que extrae del material probatorio, pues que los elementos de juicio con que contaba el juez, *no* eran suficientes para demostrar la ocurrencia del acceso carnal violento, pero si lo eran, para tener por cierto el atentado de acto sexual violento (art. 298, C. P.). Así lo indicaba, dice, "la narración de los hechos por parte de la ofendida, las informaciones que por referencia de ella suministraron otras personas a las páginas del proceso y la propia pericia médico-legal".

Se vulneró entonces, por la errada calificación jurídica que se hiciera de la conducta del procesado, la garantía del debido proceso, por tratarse de una irregularidad sustancial, y se incurrió en el motivo 2º de nulidad referido en el artículo 304 del C. de P. P.

A consecuencia de sus planteamientos, solicita el demandante la casación de la sentencia para que, de prosperar el cargo primero, se absuelva al implicado del delito de acceso carnal violento; y, de serlo el segundo, se invalide la actuación a partir del auto calificatorio inclusive.

El Ministerio Público:

Admite el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que el Tribunal erró al revocar la absolución e impartir condena por uno de los delitos atribuidos al acusado, pero encuentra deficiente e inconsistente el reclamo del actor dado que, en su sentir, el planteamiento se formuló equivocadamente al invocarse la causal 3º de casación y no la primera en la modalidad de violación directa de la ley sustancial, que en este caso lo era el artículo 31 de la Constitución Política; y ante la evidencia de estarse frente a la violación de un derecho fundamental —se trocó el fallo absolutorio en uno condenatorio—, entouces el cargo de la demanda no debe acogerse; pero si procederse a la casación impetrada, como declaración oficiosa al amparo del artículo 228 de la Carta, dejando vigente la decisión dictada por el juez de la primera instancia. Siendo así, estima innecesario el estudio del segundo cargo propuesto que, de otra parte, propugna por una solución menos benigna que la anterior, en cuanto revive el proceso y expone al acusado al riesgo de una nueva calificación.

Rebatiendo los planteamientos del recurrente en su primer cargo, el señor Procurador encuentra incorrecto alegar falta de competencia del Tribunal por haber desconocido la prohibición de reforma en perjuicio, prevista en el artículo 31 de la Constitución respecto del delito de acceso carnal violento, pues legalmente concedido el recurso de apelación cuando se trata de único recurrente y no es consultable la decisión de primera instancia, "el funcionario de segundo grado ha adquirido competencia para conocer del proceso, aunque cosa distinta es que en estos casos su facultad se remita únicamente a confirmar el fallo absolutorio, lo cual debe hacer precisamente porque para ello tiene competencia".

Después de establecer la diferencia entre los conceptos de jurisdicción y competencia, explica que "la facultad para pronunciarse en un proceso no determina la clase de decisión por tomar, ésta ya no corresponde a la mera facultad para actuar sino a su materialización frente a una determinada premisa fáctico-jurídica y la competencia viene a ser imprescindible supuesto para la decisión".

Concretándose al meollo de la censura, advierte que al revocar el fallo absolutorio para en su lugar condenar al procesado, el Tribunal desconoció el artículo 31 de la Constitución e indica que su opinión se basa en "no compartir las consideraciones del Tribunal, debido a que no resulta jurídicamente aceptable la interpretación del *ad quem* al artículo 31 de la Constitución Nacional, ya que al prohibir esta norma que el *ad quem* pueda agravar la pena impuesta por el *a quo*, sería un contrasentido jurídico quo se admitiera que pueda revocar la absolución, pues la condena agrava la situación jurídica del procesado. Lo que sucede es que cuando la Carta Política dispone que *no se puede agravar la pena*, lo que implica es que *no puede agravarse la situación jurídica del incriminado, si es apelante único*".

Debiéndose entonces absolver al procesado mediante la casación oficiosa del delito por el cual fue condenado, por sustracción de materia *no se requiere* el estudio del segundo reproche; y como además el delito de hurto *no* fue cuestionado en la casación, la absolución de que fue objeto por el Tribunal ha de mantenerse. Pero, además, como la orden de expedición de copias para ante las autoridades de Policía con relación al delito de lesiones personales fue adoptada por el Tribunal sin consideración a que respecto de ese hecho punible la primera instancia llegó hasta sentencia de condena, la actuación correspondiente a este ilícito debe invalidarse en esta sede, mediante parcial y oficiosa casación.

Consideraciones de la Corte:

Propugna el censor por la invalidación de la sentencia de primer grado en virtud de que, según su manera de ver, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali carecía de competencia para conocer de la resolución acusatoria que respecto del delito contra la libertad y el pudor sexuales había proferido en favor del acusado el fallador de primer grado en la misma sentencia en la que lo condenaba por los delitos de lesiones personales y hurto, apelada por parte del mismo implicado y su defensor por no estar conformes con esta decisión. El Tribunal —dice el recurrente— incurrió, al conocer de esta parte del fallo, en el motivo de nulidad del numeral 1º del artículo 304 del C. de P. P. Tal es en resumidas cuentas, el cargo primero y principal de la demanda.

Dos son los aspectos por considerar frente a la decisión de condena adoptada por el Tribunal en relación con el delito por el cual la primera instancia había absuelto, como acertadamente lo manifiesta el señor Procurador Delegado: La competencia del *ad quem* y la reforma en perjuicio que implicó la revocación de la absolución.

El demandante estima que la Corporación desbordó los límites de su actividad funcional al conocer de la parte absolutoria del fallo impugnado, porque habiendo sido la apelación interpuesta únicamente

por la parte acusada y en relación con los delitos por los cuales se le había condenado, aquella carecía de facultad para examinar ese aspecto del pronunciamiento que para su revisión jerárquica le fue enviado.

En punto de competencia funcional, no le asiste la razón al actor, pues el recurso de apelación, tanto en la legislación procesal derogada (art. 538) como en la actual (art. 217), permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, con la única salvedad de no hacer más gravosa la situación del procesado, si éste es recurrente exclusivo, esto es, en el caso concreto el Tribunal ejerció el poder que le correspondía pero sin sujeción a la garantía constitucional, toda vez que modificó una situación favorable al trocarla por una gravosa, lo cual en sentido estricto no es un problema de competencia, sino un claro desconocimiento del precepto sustancial contenitivo de un derecho de rango constitucional. Ello es lo que permite precisamente el ataque a través de la causal 1^a y no la 3^a, como bien lo recuerda el Delegado y lo ha reafirmado invariablemente la jurisprudencia de esta Corte (ver, por ejemplo, sentencias de febrero 24 de 1993 con ponencia del doctor Duque Ruiz, y marzo 18 del mismo año, con ponencia del doctor Gómez Velásquez, donde se citan otras).

Vista así la situación, técnicamente el cargo merece objeción; pero en el fondo su pedimento, tiene razón, no obstante lo procedente es, acogiendo la sugerencia de la Delegada, desestimarla como se hará, aunque se llegue al mismo resultado querido por el actor, pero por la vía oficiosa.

Como la censura pone en evidencia una situación que se ha venido considerando amparada por el artículo 31 de la Carta Política y por el C. de P. P. (art. 217): El trueque de una decisión absolutoria por una condenatoria, siendo única parte recurrente la acusada, se hace imperativo efectivizar el mandato mediante la oficiosa casación parcial de la sentencia impugnada, al tenor de los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P.; y esto porque si bien la norma constitucional prohíbe agraviar la pena impuesta en la primera instancia, la benigna interpretación de su sentido y alcance, hace posible y lógico el voto al fallador *ad quem* también para cambiar el sentido absolutorio o menos gravoso de un pronunciamiento de primera instancia, por uno condenatorio o más afflictivo, quedándole como única posibilidad mantener la absolución primigeniamente impuesta.

En el caso materia de estudio, el Tribunal consideró, con respetable pero no compartible apreciación, que no habiendo pena respecto del delito contra la libertad y el pudor sexuales en el fallo del Juzgado, porque precisamente con relación a este hecho se había absuelto al acusado, el artículo 31 de la Constitución no tenía cabida ya que la condenación que consideraba procedente era la creación de una nueva

situación, resultante de la facultad revisadora integral que le otorgaba su competencia funcional, previa la revocación de la decisión favorable del *a quo*.

No podía la Corporación de segunda instancia reemplazar el fallo absolutorio del Juzgado respecto del delito de que se habla por uno condenatorio, así su visión de la prueba le indicara que el acusado efectivamente había incurrido en él; el artículo 31 de la Carta lo limitaba por virtud de ser único apelante el acusado, y por encima de este canon superior no podía colocarse la facultad revisora integral de la competencia funcional, dada la favorabilidad que envuelve aquella para el procesado; y así, no obstante declarar la responsabilidad que en su criterio recaía sobre el sujeto agente pasivo de la acción penal, bajo el contrasentido lógico que la situación envuelve, debió supeditarse al canon superior que, como ley de leyes, mientras mantenga su actual expresión habrá de observarse.

Con razón el señor Delegado se apartó de las conclusiones del Tribunal al expresar: "...no resulta jurídicamente aceptable la interpretación del *ad quem* al artículo 31 de la Constitución Nacional, ya que al prohibir esta norma que el *ad quem* pueda agravar la pena impuesta por el *a quo*, sería un contrasentido jurídico que se admitiera que pueda revocar la absolución, pues la condena agrava la situación jurídica del procesado. Lo que sucede es que cuando la Carta Política dispone que no se puede agravar la pena, lo que implica es que no puede agravarse la situación jurídica del incriminado, si es apelante único".

Así la situación, se casará parcialmente la sentencia en lo relativo al delito de acceso carnal violento en el sentido de dejar vigente la absolución impartida por el Juzgado de primera instancia, siendo este uno de los motivos de la remoción del fallo, como se verá seguidamente; porque también respecto del delito de lesiones personales en la ofendida habrá de ser removido con fundamento en lo referido en los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P., volviendo a ser acertada la sugerencia de la Delegada en este punto.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Buenaventura condenó al acusado por los delitos de hurto calificado y lesiones personales en la ofendida, pero el Tribunal al conocer por la apelación del fallo de que se viene hablando, advirtió que la incapacidad de la lesionada fue de trece (13) días y sin secuelas (fl. 110, cuaderno principal), y que rota la conexidad entre éste y los otros hechos la competencia para investigar y fallar sobre este punto recaía en las autoridades de Policía (Ley 23 y Decreto 800 de 1991), pero olvidó en la parte resolutiva de su sentencia anular la actuación que se había cumplido respecto de ese hecho punible y se limitó a ordenar la expedición de las copias correspondientes, dejando así vigente el fallo de condena de la primera instancia que sin competencia se había proferido. Esta situación amerita igualmente la casación parcial oficiosa en mención, consistente en

la anulación de todo lo actuado por las instancias respecto del delito de lesiones personales en Patricia Delgado, a partir e inclusive de la sentencia de primera instancia, esto debido a que la incapacidad definitiva y la posibilidad de secuelas sólo vino a conocerse procesalmente después de calificado el mérito sumarial, como requisito previo a la expedición de copias para ante las autoridades de Policía de Buenaventura.

Por lo demás, como quiera que el delito de hurto calificado por el cual el fallo de segunda instancia absolió al procesado al revocar la condenación que del mismo hecho había proferido el juez de primera instancia, no aparece cuestionado en la demanda, ni existe razón de mérito para casación oficiosa, subsistirá también esa absolución.

Sobra entonces advertir, que la casación oficiosa decretada y el principio de favorabilidad excusan el estudio del cargo segundo de la demanda, en el cual el actor solicita la nulidad del proceso por errada calificación jurídica de la infracción materia de condena.

Como consecuencia de lo dicho y en consideración a que el procesado se encuentra privado de la libertad, debe restablecersele dicho derecho en forma inmediata, para lo cual se librará la correspondiente boleta.

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

Resuelve:

1º *Casar parcialmente* la sentencia recurrida, en el sentido de:
a) *Anular* el numeral 1º de la parte resolutiva, y en su lugar mantener el fallo absolutorio que el Juzgado de primera instancia profirió respecto del delito de acceso carnal violento de que trata el proceso;
b) *Anular parcialmente* todo lo actuado, a partir e inclusive de la sentencia de primera instancia, en relación con el delito de lesiones personales en Patricia Delgado y ordenar la expedición de copias de lo pertinente con destino a las autoridades de Policía de Buenaventura.

2º Con relación al delito de hurto, por no haber sido objeto de impugnación ni de reparo alguno oficioso, quedará incólume el fallo del Tribunal al respecto.

3º Conceder la libertad inmediata e incondicional al procesado Arturo Restrepo Orozco, para lo cual librese la boleta correspondiente con la advertencia de rigor a cerca de si es solicitado por otra autoridad. Por sustracción de materia, no se decide la solicitud de libertad en trámite.

En firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Veldesquez, Dídimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL / REBAJA DE PENA / JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS

La Corte ha perdido la competencia para pronunciarse sobre redención de pena por trabajo y estudio y decidir respecto del subrogado de la libertad condicional previsto en el artículo 72 del Código Penal pues, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 510 y 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, corresponde al juez de primera instancia decidir ambos aspectos.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*.

Aprobado Acta número 049.

Visitos:

Mediante providencia de fecha 5 de los corrientes mes y año la Sala negó al procesado *Edgar Eberto Camelo Segura* el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal por cuanto no acreditó el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena que se le impuso en este proceso. Se le dijo igualmente que dentro del proceso no aparecía constancia sobre sus labores desarrolladas desde el momento de su captura hasta el mes de julio de 1992, "...que permita a la Corte reconocerle una rebaja de pena adicional".

Dentro del término legal, el procesado interpuso recurso de reposición con el fin de obtener la revocatoria de la decisión a fin de que se le otorgue el subrogado de la libertad condicional, "...porque la oficina de Redención de penas de este centro carcelario a través del certificado número 11905 expedido el 23 de septiembre de 1992 y visto por el Director del establecimiento, de manera clara y expresa certifica que he laborado en el Comité por los meses de febrero a diciembre de 1991 y de enero a agosto de 1992".

"Tratándose de documento público y legalmente elaborado como los demás certificados que reposan en el proceso, no considero que se pongan en duda, pues si esto fuera así por el principio de favorabilidad e *'in dubio pro reo'*, se debería resolver a mi favor".

La Secretaría de la Sala dio al escrito del procesado el trámite previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual entra la Sala a decidir lo pertinente.

Consideraciones de la Corte:

Camelo Segura fue condenado a la pena privativa de la libertad de sesenta y un (61) meses de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas de defensa personal y para la fecha de la providencia impugnada, acreditó haber descontado en detención efectiva veintisiete (27) meses y cinco (5) días. Por trabajo la Corte le reconoció una redención de pena de dos (2) meses y veintitrés (23) días que corresponden a 1.332 horas (no se contabilizaron los días sábados, domingos y festivos por no haberse certificado si en realidad los laboró), para un acumulado de veintinueve (29) meses y veintiocho (28) días, desde luego, muy inferiores a las dos terceras partes de la sanción fijada en los fallos de instancia.

La oficina de Asesoría Jurídica de la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, en la misma fecha en que se le notificó al procesado la negativa a su pretensión de libertad, remitió a la Secretaría de la Sala el certificado número 11905 a que hace referencia el impugnante en el que le figuran 3.968 horas de trabajo por los períodos indicados por Camelo Segura luego, la Corte no incurrió en errores de ninguna naturaleza al realizar los cómputos de trabajo para la correspondiente redención de pena, así como tampoco desconoció el documento a que se hizo referencia en precedencia.

Por esta sola razón, la providencia impugnada se mantendrá, por cuanto el peticionario para ese momento no acreditó el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 72 del Código de Penal para hacerse acreedor al beneficio consagrado en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien: La Sala en fallo de fecha 5 de los corrientes mes y año, no casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, del 24 de octubre de 1991, que confirmó la del Juzgado Octavo Superior (hoy 52 Penal del Circuito) de esta ciudad, es decir, la Corte ha perdido competencia para pronunciarse sobre redención de pena por trabajo o estudio y decidir respecto del subrogado de la libertad condicional previsto en el artículo 72 del Código Penal pues, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 510 y 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, corresponde al juez de pri-

mera instancia decidir ambos aspectos. En consecuencia, el proceso debe ser remitido por intermedio del Tribunal de instancia al Juzgado 52 Penal del Circuito de esta ciudad, para que en su oportunidad se pronuncie sobre la viabilidad o no de la pretensión de Camelo Segura.

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

Resuelve:

1. *No reponer la providencia de fecha 5 de mayo del corriente año, mediante la cual negó al procesado Edgar Eberto Camelo Segura el beneficio de libertad provisional.*
2. *Abstenerse de pronunciarse sobre el subrogado de la libertad condicional, por las razones expuestas en precedencia.*
3. *Por intermedio del Tribunal de instancia, remítase inmediatamente el proceso al Juzgado 52 Penal del Circuito de esta ciudad, para que proceda de acuerdo con lo puntualizado en la parte motiva.*

Notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael J. Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE REVISION / LIBERTAD PROVISIONAL

Únicamente el fallo que decide la acción, es decir que disponga la revisión de la causa, tiene la virtud de afirmar en principio, la existencia de indicios indicativos de la inocencia del condenado, precisamente con base en las pruebas recaudadas durante el trámite de la acción extraordinaria, y esa la razón para que se imponga la liberación provisional de quien purga una pena.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 049.

Vistos:

En providencia de fecha 5 de mayo del corriente año, la Sala negó a *Jorge Francisco Muñoz Morales* el beneficio de libertad que con apoyo en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal demandara al haberse aceptado la acción de revisión propuesta por su apoderado y declarar conducentes las pruebas aducidas con la demanda.

En escrito que hizo llegar dentro de la ejecutoria, interpuso el recurso de reposición, razón por la cual, la Secretaría de la Sala lo dio el trámite previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal.

Dice Muñoz Morales que "...la *'libertad extraordinaria provisional —caucionada'*, es un fenómeno jurídico específico y tácito que es del resorte exclusivo extraordinariamente del conocimiento de los respetables y dignísimos máximo jueces del más alto Tribunal de la justicia ordinaria en lo penal de la República. Que le está vedado a los señores jueces de ejecuciones de penas, por no tener esta potestad extraordinaria. A mi parecer este fue el pensamiento del legislador constituyente para así evitar que se continúe flagelando con las injus-

ticias al inocente que recurre a la sabiduría de los ilustres y máximos jueces, en el recurso extraordinario de revisión, para que una vez admitida la demanda, cese el error jurídico de mantener privado de la libertad al inocente, mientras que los verdaderos responsables del punible sancionado rien a carcajadas haciendo alarde de la burla a la administración de justicia, mediante medios falsos e ilícitos del ardío delincuencial, que hoy por hoy las gentes de bien obrar debemos de permanecer aturullados amuralladamente para salvarnos de tan avanzados delincuentes que se ufanan con bombos y timbales a los cuatro vientos que le han ganado la partida a la administración de justicia, al haberle hecho creer que se han desmontado en el chivo expiatorio del inocente. Es por estos aspectos que el legislador en su sabiduría instituyó esta gracia extraordinaria para corregir tan graves injusticias cometidas en las instancias contra la persona del inocente, que desde el purgatorio clama se subsanen los yerros jurídicos en que han caído los falladores de primera y segunda instancia, por la mala fe de los verdaderos autores, haciendo condenar al inocente y exonerando de responsabilidad al autor del delito, por medio de la *falsedad personal* (art. 227 del C. P.), exactamente lo que ocurrió en la sentencia materia de revisión extraordinaria, hoy al estudio de nuestros máximos juristas que brillan por su sapiencia en las ciencias jurídicas del derecho penal, para darle al inocente su libertad aun cuando sea provisional y al delincuente su merecido castigo por tan abominables delitos".

Consideraciones de la Corte:

La providencia recurrida será mantenida por la Sala, por las siguientes razones:

Los artículos 332 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, regulan todo lo relacionado con la acción de revisión, su procedencia, titularidad para promoverla, requisitos de la demanda, su trámite y decisión.

El artículo 235 *ibidem*, da competencia al magistrado sustanciador para que examine la demanda presentada por abogado titulado a fin de verificar si reúne o no los requisitos formales previstos en el artículo 234. Si la encontrare ajustada a las prescripciones legales la admitirá, ordenará solicitar el proceso al despacho judicial de primera instancia. De no reunir los requisitos legales, será rechazada por la Sala mediante auto interlocutorio.

Recibido el proceso según lo establece el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, se abrirá a pruebas por el término de quince (15) días que las partes soliciten las que estimen conducentes. Decretadas y practicadas, se correrá traslado por 15 días a las partes para que aleguen "siendo obligatorio para el demandante hacerlo".

Solamente, cuando se han agotado los trámites antes señalados, podrá la Corte, en el presente caso, dictar el fallo que corresponda, es decir, declarar sin valor la sentencia definitiva en el caso de prosperar la causal aducida por el defensor de Muñoz Morales, o denegar la revisión. En el primer evento, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 241, podrá decretarse la libertad provisional del procesado, o en forma definitiva de llegar a prosperar la causal segunda de revisión.

Entonces, resulta equivocada la apreciación del recurrente en el sentido de que la sola admisión de la demanda presentada a su nombre, constituya motivo para tener derecho a su libertad provisional. Unicamente el fallo que decida la acción, es decir, que disponga la revisión de la causa, tiene la virtud de afirmar en principio, la existencia de indicios indicativos de la inocencia del condenado, precisamente con base en las pruebas recaudadas durante el trámite de la acción extraordinaria, y esa la razón para que se imponga la liberación provisional de quien purga una pena.

Si ello es así, la libertad que pretende Muñoz Morales resulta inconducente, razón por la cual, el trámite propio de la acción extraordinaria debe continuar, no sin antes advertir que peticiones y recursos de esta naturaleza (reposición) lejos de favorecerle, dilatan el recaudo oportuno de las pruebas que se pretenden hacer valer para demostrar su inocencia y difieren el fallo que eventualmente le sea favorable y en el cual la Sala pueda otorgarle el beneficio implorado.

Los motivos que en esta oportunidad aduce como sustento para obtener la revocatoria de la providencia impugnada (prescripción de la pena), solamente pueden ser considerados en el fallo de mérito de que se produzca pues, el Juzgado de primera instancia se pronunció adversamente a dicha pretensión en providencias de fechas 24 de febrero y 16 de marzo de 1992, esta última confirmada por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, según proveído de fecha 6 de mayo del mismo año.

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

Resuelve:

1. *No reponer la providencia de fecha 5 de mayo del corriente año, mediante la cual negó al procesado Jorge Francisco Muñoz Morales el beneficio de libertad provisional.*

Cópiesel y notifíquese.

Juan Manuel Torres Presneda, Ricardo Calmette Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimio Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / NARCOTRAFICO / FAVORABILIDAD

Según principio general, las leyes sobre jurisdicción y competencia o que determinan lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, son de aplicación inmediata, empiezan a regir desde su vigencia, aplicándose a los procesos en curso, salvo que el nuevo sistema procedimental pugne con el principio constitucional de la ley más favorable, cuando la nueva ley lesione derechos o garantías sustanciales reconocidos en la ley anterior, vigente para la época de los hechos. Siguiendo este principio es forzoso aceptar, que la competencia para conocer y juzgar los delitos de narcotráfico está atribuida a los jueces de circuito o a los jueces regionales, teniendo en cuenta la cantidad de las plantas, droga o sustancias estupefacientes decomisadas. / En la hipótesis de que el proceso culminase con sentencia condonatoria y en supuesto de que la pena privativa de la libertad contemplada para el comportamiento punible en el Decreto 1128 de 1974, fuere más benigna que la señalada en la Ley 30 de 1986, el juez llegado el momento, aplicará la ley más favorable, sin que por esto tenga que afeitarse las normas que regulan la jurisdicción y competencia.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 47, mayo 20 de 1993.

Vistos:

Debe la Corte decidir de plano la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre el Juzgado Regional de la ciudad de Cali y el Juzgado Penal del Circuito de Tumaco, dentro del proceso que se adelanta contra *Nelson Cuero Miclta* por el delito de tráfico de estupefacientes.

Hechos y actuación procesal:

El siete de febrero de 1992, fue puesto a disposición del señor Juez de Instrucción Criminal en la ciudad de Tumaco, Nelson Cuero Micolta, quien fuera sorprendido cuando portaba consigo y dentro de unas cajas 25.000 gramos de Cannabis Sativa (marihuana). Por esa época describía y sancionaba el delito de tráfico de estupefacientes el Decreto 1188 que atribuía la competencia para su conocimiento a los Jueces Penales del Circuito.

El señor Juez de Instrucción profirió medida de aseguramiento en contra del sindicado y remitió la actuación correspondiente al Juez Promiscuo del Circuito de Tumaco.

En etapa instructiva se hallaba aún el sumario, cuando entró en vigencia la Ley 30 de 1986 y decretos posteriores sobre la materia como el 474 de 1988 y el 2790 de 1990, que atribuyeron la competencia para esta clase de procesos a los Jueces de Orden Público, hoy Jueces Regionales.

En acatamiento a las normas que modificaban la competencia, el Juzgado de Tumaco remitió el sumario al señor Director de la Jurisdicción de Orden Público de Cali, mediante auto del 30 de enero de 1991.

El Director Seccional de Orden Público, asignó el conocimiento al señor Juez de Instrucción de Orden Público de Cali, funcionario que asumió la competencia, declaró cerrada la investigación y con auto de fecha septiembre diecisiete de 1991 profirió resolución de acusación por violación a la Ley 30 de 1986 y remitió el proceso al Juzgado de Orden Público de conocimiento de Cali, para proseguir la causa.

Agotado el término probatorio de la causa, el juez del conocimiento ahora llamado Juzgado Regional de Cali, resolvió declararse incompetente para conocer del proceso con el argumento de que como el hecho había sido cometido en vigencia del Decreto 1188 de 1974 y las penas privativas de la libertad en dicho decreto son más favorables al acusado, la sentencia debía proferirse por el Juez del Circuito de Tumaco, que era por esa época, en vigencia del aludido decreto, el competente para conocer de esta clase de delitos. Acorde con su modo de pensar, remitió el expediente al señor Juez Primero Penal del Circuito de Tumaco.

Este funcionario, en muy bien razonada y fundamentada providencia, sostiene que desde la vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal de 1987, lo señalado por el Decreto 2790 de 1990 y lo dispuesto en el actual C. de P. P. de 1991, en su artículo 71, sólo en la actualidad los Jueces Regionales tienen competencia para conocer de este proceso, dada la cantidad de droga incautada muy superior a los diez mil gramos de marihuana.

Recuerda el funcionario que las normas procedimentales que fijan o señalan la competencia son de aplicación inmediata, cuando no afectan o menoscaban derechos sustanciales de los procesados o incida en el principio de la favorabilidad.

Considera además, que si las normas del Decreto 1188 de 1974, son más favorables desde el punto de vista de la punibilidad, el Juez Regional llegado el momento de graduar la pena si a ello hubiere lugar debe examinar las dos disposiciones en juego, y en este tránsito de legislaciones aplicar la más beneficiosa de acuerdo al principio de favorabilidad.

Para la Corte, es incuestionable que asiste toda la razón al señor Juez Primero Penal del Circuito de Tumaco.

Según principio general, las leyes sobre jurisdicción y competencia o que determinan lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, son de aplicación inmediata, empiezan a regir desde su vigencia, aplicándose a los procesos en curso. Así se halla consagrado en nuestra legislación desde la Ley 153 de 1887 y lo establece el C. de P. P. vigente, salvo que el nuevo sistema procedural pugne con el principio constitucional de la ley más favorable, cuando la nueva ley lesione derechos o garantías sustanciales reconocidos en la ley anterior, vigente para la época de los hechos.

Siguicndo este principio es forzoso aceptar, que la competencia para conocer y juzgar los delitos de narcotráfico está atribuida a los Jueces de Circuito o a los Jueces Regionales, teniendo en cuenta la cantidad de las plantas, droga o sustancias estupefacientes decomisadas.

Tratándose de marihuana, si la cantidad incautada excede de diez mil (10.000) gramos, la competencia para el conocimiento del hecho punible está atribuida al Juez Regional por mandato expreso del artículo 71 del C. de P. P.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la cantidad de marihuana hallada en poder del acusado Nelson Cuero Micolta, excedió en mucho los diez mil gramos, de ahí que su juzgamiento, corresponda al Juez Regional de la ciudad de Cali.

En la hipótesis de que este proceso culminase con sentencia condenatoria y en el supuesto de que la pena privativa de la libertad contemplada para este comportamiento punible en el Decreto 1188 de 1974, fuere más benigna que la señalada en la Ley 30 de 1986, el juez llegado el momento, aplicará la ley más favorable, sin que por esto tengan que afectarse las normas que regulan la jurisdicción y competencia.

Lo anterior es suficiente, para atribuir el conocimiento de la presente causa, al Juzgado Regional de Cali.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, dirime el presente conflicto, atribuyendo la competencia para conocer de la causa adelantada contra Nelson Cuero Micolta por tráfico de estupefacientes, al señor *Juez Regional de Cali*, a quien se le remitirá el expediente.

Comuníquese esta decisión al señor Juez Primero Penal del Circuito de Tumaco.

Cópíase, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Santvedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

En los casos excepcionales la competencia para la concesión del recurso extraordinario siempre recae en la Corte, que puede ejercitarse su discrecionalidad para aceptar el recurso siempre y cuando considere que se da una o varias condicionantes: La necesidad de su intervención para el desarrollo de la jurisprudencia y/o la garantía de los derechos fundamentales, aunque la sentencia acusada —que indefectiblemente ha de ser de segundo grado e impugnada oportunamente— provenga de juzgado de circuito, y aunque el delito por el que se proceda tenga señalada pena no privativa de la libertad, o el límite de la privativa sea inferior a los cinco años.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Píez Velandia.*

Aprobado Acta número 049, mayo 27 de 1993.

Para que la Corte decida sobre la concesión del recurso de casación que con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P. interpuso la defensora de *Martín Hinestrosa Córdoba* en la oportunidad legal, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, contra la sentencia de esa Corporación emitida el 12 de noviembre de 1992 en la cual se le condena como autor responsable del delito de corrupción de menores (art. 305 del C. P.), ha sido remitido el proceso junto con la solicitud de que se habla, a esta Corporación.

Antecedentes:

Por hechos sucedidos el 2 de diciembre de 1990 en el municipio de Condoto con la menor de once años de edad Yaneth Lozano, el procesado Martín Hinestrosa Córdoba fue llamado a juicio, mediante resolución acusatoria del Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de esa localidad, por el delito de corrupción, tipificado en el artículo 305 del C. P.

Bajo la misma imputación, luego de celebrada la audiencia pública, el Juzgado Penal del Circuito de Itsmina, considerando plenamente probados todos los aspectos del hecho punible, lo condenó a la pena de prisión de 12 meses y a la correspondiente accesoria, mediante sentencia que el Tribunal Superior del Distrito prohijó en su integridad confirmándola el 12 de noviembre de 1992. La inconformidad con este pronunciamiento determinó su impugnación extraordinaria en casación por parte de la defensora, que para el efecto aduce con fundamento legal el artículo 218, tercer inciso, del C. de P. P. (fis. 60-71, 89-97, 126-127, 131-139, 160-164, cuaderno principal 1).

Del recurso de casación:

La solicitud de concesión del recurso aparece motivada por su signataria en estos términos:

"El fundamento filosófico-jurídico del inciso final del artículo 218 del C. de P. P. es garantizar efectivamente los derechos fundamentales de los asociados dándole eficacia real al orden jurídico para afirmar que se convive en un Estado de Derecho, el que invoca para que la honorable Corte Suprema admita el recurso extraordinario de casación contra una sentencia infundada e ilegal como puede deducirse claramente de los cargos formulados, en el escrito que acompaña.

"El fallo afecta derechos fundamentales del señor Martín Hinstroza Córdoba como lo son la honra, el debido proceso y el derecho al trabajo, en garantía de estos considero que es jurídica la aceptación del recurso de casación interpuesto oportunamente.

"Si a un profesor de varios años de servicio en la docencia se le condena por un delito sexual en que la supuesta ofendida es una niña de once años, siendo inocente, se le está causando un irreparable perjuicio al quedar destituido del ejercicio de la docencia que es su profesión..."

"La sentencia condenatoria tuvo como base para dar por demostrado el delito el testimonio de las menores Elvia H. Quiñónez C. y Yaneth Lozano Mosquera, en cuanto al primero el Tribunal imaginó que la testigo relató hechos que en ninguna oportunidad refirió, en cuanto al segundo, siendo testigo único, sospechoso por provenir de la supuesta ofendida y contradictorio, el Tribunal le concede la entidad probatoria que exige la ley para emitir sentencia condenatoria alejándose de las reglas de la sana crítica, tal como lo ordena el principio probatorio contenido en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal. Estas infracciones afectan el debido proceso.

"También menoscaba el debido proceso el hecho que al señor Hinstroza Córdoba en su indagatoria no se le interrogó por las conductas que tipifican el delito por el que fue condenado" (fis. 179-180, cuaderno principal 1).

Consideraciones de la Corte:

Los supuestos ordinarios de procedibilidad del recurso de casación previstos en el primer aparte del artículo 218 del C. de P. P. se hallan excepcionados por el tercer inciso de la misma norma, en cuanto dispone que: "De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, a solicitud del Procurador, su delegado o el defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales".

Normalmente el recurso procede contra las sentencias de segunda instancia de los Tribunales Nacional, de Distrito Judicial, y Penal Militar; por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años; y en estos casos el juez competente para concederlo es el respectivo Tribunal.

En los casos excepcionales, por contraste, la competencia para la concesión siempre recae en la Corte, que puede ejercitar su discrecionalidad para aceptar el recurso siempre y cuando considere que se da una o ambas condicionantes: La necesidad de su intervención para el desarrollo de la jurisprudencia y/o la garantía de los derechos fundamentales, aunque la sentencia acusada —que indefectiblemente ha de ser de segundo grado e impugnada oportunamente— provenga de Juzgado de Circuito, y aunque el delito por el que se proceda tenga señalada pena no privativa de la libertad, o el límite de la privativa sea inferior a los cinco años.

En el caso presente, la sentencia acusada proviene de un Tribunal Superior de Distrito, el de Quibdó y es de segunda instancia; fue recurrida en la oportunidad legal; y, la pena señalada para el delito materia de ella es la de prisión, pero inferior a cinco años, pues el delito es el de corrupción de persona menor de 14 años (art. 305 del C. P.), es decir, se retienen las condiciones objetivas de procedibilidad para catalogar el recurso como excepcional; importa pues, verificar si también se presenta la necesidad de la circunstancia condicionante aducida por la censora para que la Corte haga uso de su discrecionalidad de aceptar la impugnación, consagrada en el aparte tercero del artículo 218 del C. de P. P.

La recurrente arguye que se vulneraron derechos fundamentales del procesado con el fallo condenatorio de instancias que afronta, tales como "la honra, el debido proceso y el derecho al trabajo" porque el fallador habría distorsionado el testimonio de la menor Elvia H. Quiñónez, y le confirió a la versión de la ofendida, la menor Yaneth Lozano "la entidad probatoria que exige la ley para emitir sentencia condenatoria", no obstante provenir de "testigo único, sospechoso... y contradictorio", "alejándose de las reglas de la sana crítica, tal como lo

ordena el principio probatorio contenido en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal". El debido proceso se transgredió, porque el acusado no fue interrogado en su indagatoria "por las conductas que tipifican el delito por el que fue condenado".

Pues bien; si se revisa el informativo, se encuentra en el acta de la indagatoria del procesado Hinestroza Córdoba, que fue interrogado sobre los hechos así:

"Independientemente de lo que usted acaba de anotar en las sumarias se estableció que la menor... en ningún momento se encontraba en su casa, esta fue llamada cuando pasaba por allí por usted, quien en forma violenta la condujo hasta una de las habitaciones de su casa, practicando con ella acceso carnal violento, qué tiene que decir al respecto?".

Y él contestó:

"Yo manifiesto que eso es una solemne mentira porque las niñas estaban era jugando allí y en realidad no hubo ningún delito de esa índole, porque si lo hubiera habido los mismos comprobantes médicos lo dirían, y atribuyo que puede ser persecuciones porque en el barrio no tengo amistades por allí".

Seguidamente se le preguntó:

"Sírvase decirle al Despacho qué hay de cierto en cuanto en que momentos en que usted realizaba las prácticas (sic) sexuales con la menor en incisión hasta a dicha habitación llegó la menor Elvia y se pudo percatar de ello?".

El indagado respondió:

"Si como dije anteriormente la niña es bastante salida en el sentido de que le gusta mucho chisme, por eso manifiesto que llamen a la profesora Ivonne para que ella dé testimonio de lo dicho, porque el hecho de estar ciertamente en el cuarto que le estaba dando la plata a la niña para que me fuera a comprar una cerveza, eso no atribuye de estar teniendo contacto sexual porque allí está el comprobante que la niña está bien y que no hubo ningún acto sexual con ella".

A la siguiente pregunta:

"En las presentes sumarias se estableció que en el mes de junio año en curso usted practicó con la menor Yaneth Lozano actos sexuales como son haberle besado el rostro y acariciarle sus senos, qué tiene para decir al respecto?".

Contestó:

"Manifestó que todo esto es una solemne mentira..."
(fis. 14-14 vto., cuaderno principal).

La secuencia de preguntas y respuestas antecedente, deja sin piso el atropello a la garantía del debido proceso de que habla la demandante, pues tal como se ha visto, el acusado sí fue interrogado en su declaración indagatoria, sobre el delito contra la libertad y el pudor sexuales en que incurrió, y así contó con la oportunidad plena de explicar su conducta, de la que hizo uso según consideró más conveniente a sus intereses, sólo que para el juzgador sus respuestas no merecieron credibilidad.

En lo relativo a la aducida vulneración al procesado, de los derechos a la honra y al trabajo, que la actora atribuye a la circunstancia de haber sido condenado por un delito del cual es inocente, según su sentir, y que habría resultado de distorsionar el Tribunal el testimonio de la menor Elvia Herlinda Quiríonez (fis. 7-8) y de conferirle credibilidad al de la menor ofendida, Yaneth Lozano (fis. 5-6, 39-40, cuaderno principal), la detenida lectura del texto de la sentencia acusada enseña que aquél fue tomado como confirmatorio de lo relatado en este, debido a que su autora, según precisa el fallador, "tuvo la oportunidad de observar los hechos, al levantar la cortina del cuarto" donde se hallaba su amiga Yaneth con el acusado, es decir, no lo tomó como prueba autónoma sino como elemento de convicción complementario de aquél que inequivocamente señalaba la autoría y las circunstancias del delito, siendo, por consiguiente, prueba perfectamente prescindible, dado que la inferencia de los requisitos para condenar podía, en sana lógica —como lo hizo el juez de la primera instancia— extraerse del testimonio de la ofendida exclusivamente, quien pese a imprecisiones propias de su corta edad y de su desconocimiento de los asuntos sexuales, depuso con suficiente claridad como para que se entendiese la naturaleza de los actos a que el procesado la sometió, y cuya credibilidad es lo que glosa la actora para basar su solicitud de concesión del recurso.

No ha de olvidarse que la violación de los derechos fundamentales de que habla el tercer inciso del artículo 218 del C. de P. P., también, como acaece en la casación común, debe provenir de cualquiera de los motivos que conforman las causales del recurso, y que, aunque esta situación sólo puede ser explicada en detalle en la argumentación de la demanda una vez admitida la impugnación, la solicitud de concesión del recurso excepcional, con su obligada sumaria fundamentación y el acceso al proceso que para decidir junto con ella tiene la Corte, le proporcionan a suficiencia los elementos de juicio a fin de aplicar su discrecionalidad; no de otra manera podría hacer uso de la potestad, pues la necesidad de garantizar los derechos fundamentales que se aleguen vulnerados, sólo puede hacerse patente en el examen objetivo del proceso.

Pues bien, en el caso presente, la evidencia del informativo descubre, por una parte, que el testimonio al que según la peticionaria el Tribunal atribuyó un contenido diferente, carecía de trascendencia para la decisión condenatoria acusada; y por la otra, que la sentencia no provino de yerro en la apreciación judicial del testimonio de la víctima, sino del trabajo de evaluación de los elementos de juicio por el sentenciador, cumplido bajo las reglas de la sana crítica, el cual no es acusable en casación, ni siquiera en la excepcional. Es decir, la condenación no provino de errores de juicio ni de procedimiento del juzgador, y por tanto no generó atropello a ninguno de los derechos del procesado, que si se afectados los de la honra y del trabajo, no es a causa de la decisión judicial, sino de su comportamiento típico, anti-jurídico y culpable. La condena fue el connatural efecto de la concurrencia de los elementos del delito, establecida dentro de los límites de la legalidad.

En definitiva, no procede la concesión del recurso que se depreca.

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

Resuelve:

No admitir el recurso de casación interpuesto por la señora defensora del procesado Martín Hinestrosa Córdoba contra la sentencia del 12 de noviembre de 1992, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en la que se le condena por el delito de corrupción de persona menor de 14 años. En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

LIBERTAD / DETENCION

El artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, enseña que "las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato", es decir, que las órdenes de captura libradas como consecuencia de las providencias que resolvieron la situación jurídica de los procesados, resolución de acusación y negativa a modificar la calificación, en cuanto a la denominación jurídica de la infracción no pueden ser canceladas sino en virtud de fallo posterior que así lo determine.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., primero de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Rutz.*

Aprobado Acta número 050.

Vistos:

El apoderado de *José Agustín Durán Bolívar*, solicita la cancelación de las órdenes de captura libradas contra su poderdante, pues si la Sala ordenó la libertad de otro procesado, con mayor razón si su defendido es inocente, no puede seguir afectado con órdenes de detención que de un momento a otro se haga efectiva.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Once Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de fecha 6 de diciembre de 1991, condenó a Durán Bolívar a la pena privativa de la libertad de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, como coautor responsable del delito de peculado por apropiación, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional, decisión que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo de fecha 10 de julio de 1992, el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

El artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, enseña que: "Las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato", es decir, que las órdenes de captura libradas en este asunto como consecuencia de las providencias que resolvieron la situación jurídica de los procesados, resolución de acusación y negativa a modificar la calificación, en cuanto a la denominación jurídica de la infracción, no pueden ser canceladas sino en virtud de fallo posterior que así lo determine.

Si en los fallos de instancia se declaró responsable a Durán Bolívar, como coautor del delito de peculado, solamente podrá la Corte cancelar las órdenes de captura impartidas durante el desarrollo del proceso, en virtud de la sentencia que ponga fin al recurso extraordinario de casación y en el evento de prosperar la demanda presentada por su apoderado.

El hecho de que su compañero de causa Edgar Antonio Ariza Romero, haya sido excarcelado (capturado el 14 de julio de 1991) por reunir los requisitos del artículo 72 del Código Penal, no autoriza a la Sala para otorgar similar beneficio a quien ha eludido la acción de la justicia, pues los informes negativos de los organismos de seguridad así lo demuestran.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, niega al procesado José Agustín Durán Bolívar la cancelación de las órdenes de captura libradas en este asunto, por las razones consignadas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Pérez Velandia, Edgar Suárez Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Gutiérrez, Secretario.

DENANDA DE CASACION / CASACION OFICIOSA

Muy a pesar de la amplitud con que la nueva codificación procesal regula la impugnación extraordinaria, de manera expresa todavía en ella se exige que la demanda cumpla con aquellos requisitos de forma que en el artículo 225 se precisan, cuya omisión se sanciona con el rechazo in limine del informal escrito, sin que de otro modo pudiera ser ello admisible; exigencias que guardan una estrecha relación con el principio de limitación previsto en el artículo 228 ibidem, que restringe la intervención de la Corte al estudio y decisión exclusivos de las causales de casación alegadas por el recurrente, sin que asista la posibilidad de entrar a la consideración de causales diferentes, como tampoco la de complementar demandas deficientes o corregirlas en sus erradas proposiciones, limitación que apenas deja a salvo la officiosidad cuando una vez abierto el camino para el pronunciamiento de fondo, se avisa la ocurrencia de una nulidad o la de una ostensible violación de derechos fundamentales.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 052..

Vistos:

Análiza la Sala si la demanda de casación presentada ante el Tribunal Superior de Villavicencio por la defensora del acusado *Arialdo Arias Cruz* reúne los requisitos de forma que precisa la ley para su admisibilidad y trámite.

Antecedentes:

1. El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Villavicencio condenó mediante sentencia del primero de septiembre de 1992 a Arialdo Arias Cruz, José Ramón Borja Jiménez y Luis Alberto Hernández Rosillo

a la pena principal de veinticuatro años de prisión y las accesorias de ley, como coautores del doble delito agravado de homicidio perpetrado en Flor Sucre y Ana Rosa Colina, según hechos sucedidos el 28 de julio de 1988 en la fracción "La Primavera", de la comprensión territorial del Vichada.

Impugnada la sentencia por la defensora del acusado Arias Cruz, el Tribunal Superior de Villavicencio profirió la suya de diciembre 10 del mismo año mediante la cual confirmó en su integridad la de primera instancia, decisión que a su vez ha sido objeto de impugnación extraordinaria oportunamente interpuesta por la representante de Arialdo Arias.

2. Presentada oportunamente, la demanda de casación recuerda sucintamente los hechos del debate e identifica los intervenientes procesales, y luego de aludir al origen y sentido del fallo acusado pasa a invocar como causal de casación la primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, "por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por error en la apreciación de la prueba".

Pese a este enunciado, jamás indica la actora cuál fue la disposición de carácter sustancial que transgredieron los juzgadores de instancia, ni mucho menos si ese defecto llegó a darse por falta de aplicación o aplicación indebida, sustituyendo aquel precepto por el del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal "por cuanto la prueba base de la condena —dice— no reúne los requisitos consagrados en esta norma, para erigirse en prueba idónea para condenar; ya que el testimonio rendido por el señor Nicolás López Borja (fis. 154 y ss. cuaderno original) y tenido como prueba para pronunciar el fallo mencionado, es contradictorio con los testimonios obrantes a folios 57 y siguientes del cuaderno original, rendidos por la señora Emilia del Carmen Pérez Ercqua y el señor Héctor Josué Pérez García".

Añade que la detectada contradicción le resta credibilidad a la versión de López según lo hizo ver el juez que calificó la investigación mediante reapertura sumarial, suscitando dudas "acerca de la pretendida responsabilidad en los hechos" que se imputan "por lo cual la misma sentencia es violatoria de manera directa del artículo 445 del C. de P. P.", como también de los artículos 249 y 254 *ibidem* al acoger la versión del ya citado Nicolás "sin existir razón valedera para ello", pues ningún motivo de orden legal o lógico autoriza semejante preferencia.

Esa falta de credibilidad redundó en ausencia de prueba plena como fundamento del fallo de condena, de modo que la casación invocada debe aceptarse y como consecuencia proferir la decisión que corresponda, "de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario".

Consideraciones de la Sala:

1. Muy a pesar de la amplitud con que la nueva codificación procesal regula la impugnación extraordinaria, de manera expresa todavía en ella se exige que la demanda cumpla con aquellos requisitos de forma que en el artículo 225 se precisan, cuya omisión se sanciona con el rechazo *in limine* del informal escrito, sin que de otro modo pudiera ser ello admisible; exigencias que guardan una estrecha relación con el principio de limitación previsto en el artículo 228 *ibidem*, que restringe la intervención de la Corte al estudio y decisión exclusivos de las causales de casación alegadas por el recurrente, sin que asista la posibilidad de entrar a la consideración de causales diferentes, como tampoco la de complementar demandas deficientes o corregirlas en sus erradas proposiciones, limitación que apenas deja a salvo la oficiosidad cuando una vez abierto el camino para el pronunciamiento de fondo, se avisa la ocurrencia de una nulidad o la de una ostensible violación de derechos fundamentales.

2. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, notoria resulta la deficiencia e informalidad del escrito de demanda para la determinación de su rechazo, pues así no se diese toda la trascendencia a la omisión de la actuación procesal que imponía incluir el artículo 225-2 del Decreto 2700 de 1991, del todo inexcusable aparece la falta de claridad y precisión en la fundamentación del cargo, como la omisión en el señalamiento de la norma legal sustancial que se ha dicho violada.

Comenzando por este último defecto se advierte que las disposiciones de los artículos 247, 445, 249 y 254 del Código de Procedimiento Penal invocadas como sustanciales no lo son, pues lejos de consagrar derechos, definir tipos o fijar penas simplemente se limitan en su orden a señalar los requisitos del fallo de condena y a ratificar o sentar como principios la presunción de inocencia en tanto no haya declaración judicial de responsabilidad, la búsqueda de la verdad real y la apreciación conjunta de las pruebas dentro de la sana crítica, disposiciones instrumentales o normas medio a través de las cuales se podría llegar a la violación del precepto sustancial, que en el caso presente omitió la actora señalar, impidiendo por falta de claridad en sus planteamientos, desentrañar de otro modo el verdadero precepto base, objeto de la transgresión.

Quedando por lo antes dicho irremediabilmente incompleta la censura, obsérvese adicionalmente que ningún esfuerzo hizo la actora por encaminar la alegación dentro de una precisión del sentido de la violación, ignorándose si se trató de aplicación indebida o de falta de aplicación de algún precepto, como tampoco resulta posible establecer por vía de interpretación si los errores invocados eran de hecho por falso juicio de existencia o de identidad, o de derecho por falsos juicios de legalidad o convicción, pues hacia ninguno de ellos se concreta el desarrollo argumentativo, limitado el cargo a sostener que hay con-

tradicciones entre lo dicho por el testigo López Borja y otros declarantes, pero sin llegar a una aproximación mínima siquiera que señale el contenido de esas discrepancias, ni señalar si ellas surgieron porque el juzgador supuso una prueba, desconoció la existencia de otras o las deformó en su contenido, pues de todas estas eventualidades parece hacerse simultánea y superficial insinuación, como también a un falso juicio de convicción, sin que le sea dable a la Corte escoger a voluntad entre las varias hipótesis vertidas, que luego se abandonan sin intentar su desarrollo.

Una tan defectuosa demanda no amerita el ingreso a su análisis de fondo, siendo apenas y por los motivos indicados susceptible de su rechazo prematuro.

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

Resuelve:

Rechazar in limine la demanda de casación formulada dentro de las presentes diligencias a nombre del acusado Aribaldo Arias Cruz, declarando como consecuencia la deserción de la impugnación extraordinaria intentada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresnedo, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / COMPETENCIA
/ JUSTICIA PENAL MILITAR

1. Una de las principales exigencias del recurso extraordinario de casación es que quien formula un reproche tenga interés jurídico para hacerlo, es decir que el presunto error invocado afecte de cualquier manera el derecho material o las garantías constitucionales o legales de esa parte. / 2. El Decreto reglamentario 1562 de julio 16 de 1990, artículo 23, numeral 3 determina que el Comando General de las Fuerzas Militares tendrá la atribución de designar Juez Único cuando se presente concurrencia de jueces de conocimiento en razón de los factores en que estriba la competencia en la Justicia Penal Militar. / Cuando existen vacíos respecto de la competencia en los casos de concurrencia de jueces, estos pueden ser resueltos acudiendo a las normas rectoras de la ley procesal, a condición de que no se contrarien los derechos fundamentales del rango. / Pretender que todo acto que esté por fuera de la obligación de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, ninguna relación tiene con el servicio; que al celebrar transacciones con la delincuencia, son acciones que no son propias de la investidura que ostentan, y que por tanto su juzgamiento no corresponde a la Justicia Penal Militar, no es otra cosa que un sofisma, pues de esa manera se acabaría con el criterio constitucional, ya que es imposible que los militares y policiales que obran en estricto cumplimiento de su deber o de su investidura, incurran en esa razón de delitos.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel.

Aprobado Acta número 52.

Vistos:

Procede la Corte a resolver las demandas de casación presentadas a nombre de los procesados Julio César Aldana Moreno y Joaquín

Elias Cano Vallejo contra la sentencia del Tribunal Superior Militar que reformó la dictada por la Presidencia del Consejo de Guerra que juzgó y condenó entre otros, a los procesados recurrentes, en el sentido de imponerles la pena principal de cinco (5) años y cuatro (4) meses de prisión por violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986. Igualmente revocó y absolió a todos los implicados por el delito contemplado en el artículo 199 del C. P. M.

I. Hechos:

El señor Procurador Delegado en lo Penal los resumió así:

"El teniente coronel Luis A. Torres Gutiérrez, oficial B-2 de la Décima Brigada del Ejército Nacional con jurisdicción en el municipio de El Bagre, solicitó el día dieciocho de agosto de mil novecientos ochenta y nueve una orden de registro para el inmueble denominado 'La Moneda' en donde según sus informaciones estaba operando clandestinamente una pista de aterrizaje.

"El Juzgado Ciento Cinco de Instrucción Penal Militar accedió a la petición y encargó la diligencia a personal del Ejército Nacional bajo el mando del teniente Joaquín Elias Cano Vallejo quien debería rendir el informe correspondiente dejando a disposición de las autoridades competentes los elementos que incautara y las personas que aprehendiera.

"Al día siguiente, diecinueve de agosto, el citado teniente y un grupo de efectivos del Ejército se trasladaron al sitio indicado y allí encontraron escondida una fuerte cantidad de sustancia estupefaciente (cocaina), armas de fuego y otros elementos aptos para el procesamiento de cocaina; capturaron, además, a dos personas, presuntos responsables de la infracción. Levantada el acta, elementos y capturados fueron puestos a disposición de la autoridad.

"Investigaciones posteriores condujeron a escuchar en declaración jurada a algunos de los militares que participaron en el allanamiento de la finca, quienes informaron que el veinte de agosto, antes de la elaboración del informe, se entregaron a sus propietarios cerca de dos mil setecientos cincuenta kilos (2.750) de cocaina, a cambio de una fuerte suma de dinero y previo acuerdo para ello celebrado entre los mandos de la operación militar".

II. Actuación procesal:

El Juzgado Ciento Cinco de Instrucción Penal Militar con sede en El Bagre, declaró abierta la investigación el 23 de agosto de 1989

y recibió indagatoria a Joaquín Elías Cano Vallejo, Julio César Aldana Moreno y los demás miembros de la patrulla militar que habían participado en el operativo.

En auto de septiembre 12 de 1989 se resolvió la situación jurídica de los indagados con medida de aseguramiento en la modalidad de detención por infracción a la Ley 30 de 1986, con excepción del particular José Roberto Ortiz Mendoza, respecto del cual no se hizo ningún pronunciamiento, por considerar que la justicia ordinaria es la competente para juzgarlo, disponiéndose luego que se compulsaran las copias pertinentes para ser enviadas al Juez Segundo de Orden Público.

El jefe de personal del Batallón de Infantería número 28 Colombia, con sede en Tolemaida, hizo constar que los procesados indagados, "para el 19 y 20 de agosto de 1989 se encontraban en servicio activo en esta unidad en el área de Orden Público del Bajo Cauca, jurisdicción del municipio de Caucasia donde se encuentra el Puesto de Mando Adelantado del Batallón Colombia".

En auto de octubre 13 de 1989 el instructor estimó perfeccionada en lo posible la investigación y ordenó remitirla al Comando de la Décima Brigada a quien consideró competente para conocer del proceso como juez de primera instancia, dada la calidad de oficiales de algunos vinculados y ante la falta de regulación procesal que atrajuyera el conocimiento a otra autoridad, para lo cual citó en su apoyo el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

El comandante de la Décima Brigada avocó el conocimiento del asunto el 17 de octubre de 1989 y en el mismo proveído declaró cerrada la investigación.

Esta última decisión fue recurrida y el funcionario se negó a reposerla. Posteriormente los defensores de algunos procesados solicitaron la práctica de varias pruebas, peticiones que fueron negadas en autos de noviembre 17 de 1989, los que fueron apelados. El Tribunal Superior Militar en providencia de enero 23 de 1990 revocó el auto que había declarado cerrada la investigación y ordenó la práctica de las pruebas solicitadas.

Uno de los defensores solicitó la declaratoria de nulidad por incompetencia de las autoridades que adelantaban la investigación y como le fue negada, apeló y la decisión fue confirmada por el Tribunal Superior Militar en auto de marzo 20 de 1990.

El Juzgado Treinta y Nueve de Instrucción Penal Militar, en abril 24 de 1990 dispuso la evacuación de las pruebas ordenadas, entre ellas la indagatoria del teniente coronel Ricardo Nicolás García Chadid a quien le resolvió la situación jurídica en proveído de mayo 21 del mismo año, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento contra el indagado.

El comandante de la Décima Brigada, juez de primera instancia, en auto de mayo 29 de 1990 declaró cerrada la investigación, y en junio 27 del mismo año dictó la resolución número 005 por medio de la cual convocó un Consejo de Guerra sin intervención de vocales para que se juzgara a los militares Joaquín Elías Cano Vallejo, Julio César Aldana Moreno, Aquileo Rojas Guerrero, José Agustín Alfonso, Jamar Correa Marín, Daniel Guerrero Vergara, Julio del Carmen Quintero Eslava, Eladio Chaparro Amaya, Alvaro Báez Medina, Wilson Martínez Montañez, Julio César Perdomo López y John Mauricio Echeverry, por los delitos previstos en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986 y el de cohecho.

El defensor de uno de los procesados solicitó la reforma de la Resolución de Convocatoria a Consejo de Guerra, aduciendo que la conducta se adecuaba a la descripción típica del cohecho, no a lo previsto en la Ley 30 de 1986, cargo que solicitó fuera desechado como fundamento de la acusación. Esta petición fue denegada por el funcionario del conocimiento en auto de julio 16 de 1990.

Como no fuera posible notificar a todos los procesados la Resolución de Convocatoria a Consejo de Guerra, previo emplazamiento fueron declarados reos ausentes los señores Joaquín Elías Cano Vallejo, Alvaro Báez Medina, Eladio Chaparro Amaya, Daniel Guerrero Vergara, Wilson Márquez Montañez y John Mauricio Echeverry, en auto de julio 30 de 1990.

Agotada la etapa probatoria de la causa, se llevó a cabo el Consejo de Guerra — 20 y 21 de septiembre de 1990 — y se dictó sentencia el 2 de octubre siguiente, en la cual se condenó a los procesados Joaquín Elías Cano Vallejo, Julio César Aldana Moreno y Aquileo Rojas Guerrero, a la pena principal de seis (6) años de prisión como autores responsables de los delitos de cohecho propio (art. 199 del C. J. P. M.) y el definido en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986. Igualmente se condenó a los otros procesados a la pena principal de cuatro años de prisión como cómplices de los mismos delitos y se ordenó cesación de procedimiento a favor del teniente coronel Ricardo Nicolás García Chadid.

Apelada la sentencia, el Tribunal Superior Militar en providencia de febrero 35 de 1991 decidió confirmar la condena por violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986, revocó la que se había proferido por el delito de cohecho y en su lugar absolió a todos los procesados, adecuó y rebajó la pena correspondiente.

III. Demanda o nombre de Julio César Aldana Romero:

Con apoyo en la causal tercera del artículo 442 del C. P. M., el demandante formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, por estimar que se dictó en juicio viciado de nulidad.

Primer cargo: Solicita que se case la sentencia que condenó al subteniente del Ejército Aldana Moreno y se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación de mayo 29 de 1990, con fundamento en que el juzgamiento de diez suboficiales se adelantó por un funcionario que carecía de competencia para ello, pues estando estos adscritos al Batallón Colombia Aerotransportado número 28, correspondía juzgarlos al comandante de dicho Batallón por mandato del artículo 333 del C. P. M.

Lo que censura el casacionista es que el comandante de la Décima Brigada haya avocado el conocimiento del proceso "en forma total", ignorando que carecía de competencia respecto de los diez suboficiales adscritos al Batallón Colombia.

Criticó el censor la posición del juez instructor que remitió las diligencias al Comando de la Décima Brigada al invocar como norma aplicable a la situación la del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares ante la falta de regulación legal que determinara cuál de los varios jueces de primera instancia era el que debería asumir el conocimiento del proceso en que se encuentran vinculados oficiales y suboficiales.

Agrega que las normas sobre competencia devienen exclusivamente de la ley y no le es dable al juzgador aplicar la analogía en materia procesal y menos en asunto de tanta trascendencia como lo relativo a las competencias del juzgamiento, pues se quebrantaría el artículo 26 de la C. N. en lo relativo al juez competente y a las formas propias de cada juicio.

Afirma que podrá hablarse de funcionarios de mayor jerarquía en el ámbito disciplinario, pero no dentro de la justicia penal militar, donde "no existen jueces de mayor jerarquía", pues todos tienen las mismas competencias objetivas y sólo se diferencian en el factor subjetivo que es el "más importante", valga decir respecto de la calidad de los sujetos pasivos de la acción penal; todos los jueces de instancia tienen la misma jerarquía, pues su superior inmediato es el Tribunal Militar y ningún juez está supeditado a otro.

El demandante hace el siguiente planteamiento:

"Lamentablemente el nuevo Código de Justicia Penal Militar, Decreto 2550 de 1988, nada dijo al respecto y tampoco autorizó al Tribunal Superior Militar o al Tribunal Disciplinario o de conflictos, para resolver este tipo de problemas y es así como una legislación posterior el Decreto 1562 del 16 de julio de 1990 artículo 23 numeral 8º, suplió la deficiencia del ordenamiento penal militar determinando que los casos de concurrencia de jueces fueran resueltos por el comandante de las Fuerzas Militares. Sí (sic) embargo para la época en que se tomó la determinación, de avocar el conocimiento

y cerrar la investigación tal norma no existía y en consecuencia el juzgamiento fue ilegal, pues lo jurídico ante el vacío legal era romper la unidad procesal adscribiendo el juzgamiento de los suboficiales al Juzgado de Primera Instancia del Batallón Colombia y desde luego el de los oficiales al Juzgado de Primera Instancia Comando de la Décima Brigada, pues adelantarla en la forma en que se hizo vulnera en forma directa las normas que sobre competencia rigen en los artículos 332 y 333 del Decreto 2550 de 1988".

Finalmente cita como normas violadas los artículos 464 numeral 1º y 285 del C. P. M.

Segundo cargo: La petición es que se case la sentencia y se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación calendado el 29 de mayo de 1990.

El cargo consiste en que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto el juzgamiento de los acusados se adelantó por un funcionario que carecía de competencia, "pues apartándose los militares del cumplimiento de su deber en forma ostensible y manifiesta no podían estar protegidos por el fuero penal militar en virtud de que el artículo 170 de la Constitución Nacional reconoce el fuero pero para delitos relacionados con el servicio y no los que nada tienen que ver con el mismo, por lo que el juzgamiento correspondía al Juez de Orden Público de Montería en el Departamento de Córdoba".

Se refiere el censor a la Ley 30 de 1986 para decir que en su artículo 101 deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, se expresan claramente normas de competencia para el conocimiento de las conductas vinculadas al narcotráfico; en el artículo 46 determina que los delitos señalados en la ley (arts. 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 y 39) corresponden en primera instancia a los Jueces Penales y Promiscuos del Circuito, y el conocimiento de las contravenciones (arts. 51 a 67) se asignan a los gobernadores, intendentes, comisarios y Alcalde Mayor de Bogotá.

Los falladores de instancia, asumieron el criterio de que la competencia le correspondía a la Justicia Penal Militar, no sólo por la condición de militar en servicio activo, que ostentaba el subteniente Aldana Moreno en el momento de la comisión del hecho, sino además, porque se encontraba en servicio, como segundo comandante de la operación militar ordenada por el comandante del Batallón Colombia.

La Corte ha reiterado, que no es la simple condición de ser militar en el momento de la ejecución del delito, la que determina el fuero, "sino la relación directa del delito con el servicio que se presta". Cita jurisprudencia de 14 de septiembre de 1989 con ponencia del doctor Jorge Enrique Valencia; auto de septiembre 25 de 1987, Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome; 9 de junio de 1990, Magis-

trado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda; y auto de marzo 13 de 1989, Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas.

Considera necesario determinar si los hechos constitutivos de violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986 imputados al procesado Julio César Aldana Moreno, se cometieron con relación directa e inmediata al servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de las funciones, que la Constitución o la ley o los reglamentos institucionales le han fijado, para determinar si la competencia correspondía a la Justicia Penal Militar tal como aconteció, o si por el contrario los mismos no fueron expresión del servicio prestado y por consiguiente su juzgamiento fue errado y debe casarse la sentencia impugnada.

En desarrollo del cometido señalado en el artículo 16 de la C. N. se creó legalmente a través del artículo 166 de la Carta de 1986 —vigente para el momento del juzgamiento— el Ejército permanente para la defensa nacional, "por lo cual todos los servidores ordinarios o extraordinarios de la institución castricense en cumplimiento del mandato constitucional deben determinarse hacia el cumplimiento de la alia función que le ha fijado tanto la Constitución como la ley y no puede haber servicio o función castricense que se aparte de tal cometido, pues de lo contrario se estaría incumpliendo la función misma para la cual fue creada".

Sobre la actuación de Aldana Moreno dice el censor:

"En el caso sujeto a estudio de la honorable Corporación, hay evidencia procesal suficiente en el sentido de que el subteniente del Ejército Nacional Julio César Aldana Moreno, se encontraba de servicio como integrante del cuerpo de tropa destinado a la operación de registro y allanamiento en el área de la hacienda 'La Moneda' y bajo las órdenes del comandante teniente Joaquín Elías Cano Vallejo, tropas adscritas a los servicios Batallón Colombia número 28 Aerotransportado, a su vez orgánico de la Décima Brigada, para la noche del 19 de agosto de 1989 y sus obligaciones como mando de la misma, eran especialmente poner a disposición los elementos decomisados y realizar las capturas necesarias dando cumplimiento a las órdenes transmitidas por el Comando del Batallón Colombia número 28. Desde el punto de vista genérico teniendo siempre como guía de su función proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la integridad del Estado y defensa de la Nación. Infortunadamente para la justicia, para la sociedad y para la propia institución que representaban, tal cometido no se cumplió y antes bien por el contrario aprovechándose de la oportunidad que le brindaba su presencia en el teatro de los acontecimientos, se apartó en forma consciente, ostensible y grave de su función, cuando permitió la devolución de la sustancia al parrocer cocaina al

particular Abraham Mahía, incumpliendo no sólo la orden recibida, sino además la Constitución, la ley y las órdenes y circulares institucionales.

"Consecuentemente con todo lo anterior el subteniente del Ejército Nacional Julio César Aldana Moreno, incumplió, sin razón legal valdadera, no sólo la función genérica que le había fijado la Constitución y la ley, sino también la específica fijada por sus superiores de adelantar el registro y allanamiento del predio al anochecer del 19 de agosto de 1989 en la hacienda La Moneda... cuando formaba parte de un cuerpo de tropa en misión de registro y allanamiento y bajo las órdenes del teniente del Ejército Nacional Joaquín Elías Cano Vallejo, por lo que entonces, no sólo no cumplió con las obligaciones que el servicio lo imponía —valga decir, poner a disposición de las autoridades competentes el hallazgo, sino que además se apartó en forma radical, consciente y voluntaria de la función del servicio permitiendo con su aquiescencia la devolución de la sustancia y en esas condiciones no puede su juzgamiento hacerse al amparo de las previsiones del Decreto 2550 de 1988, Código de Justicia Penal Militar sin violar la Constitución y la ley".

Concluye el Ebolista:

"El apartarse del deber oficial, en forma absoluta y el ejecutar actos absolutamente contrarios a la ley y a las obligaciones que emanan del servicio militar, que prestaba en ese momento, lo alejan de manera definitiva y total del cumplimiento del deber militar y desde luego impiden, consecuentemente con lo atrás expuesto, y sostenido reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, para que su juzgamiento se haga bajo normatividad penal militar, pues del estudio desprevenido pero atento de las peculiaridades del hecho criminoso, se advierte, que el mismo ocurrió con sensible y abierto divorcio del servicio que prestaba".

Finalmente expresa, que Aldana Moreno "no sólo se extralimitó en el cumplimiento de las funciones que le había fijado la Constitución y la ley sino que además se apartó de las mismas y obrando como un particular ejecutó actos contrarios a los deberes oficiales permitiendo que otro militar debolviera (sic) una sustancia al parecer cocaína, por lo cual su juzgamiento no puede estar cobijado por el fuero penal militar".

Cita como normas violadas, los artículos 26 y 170 de la C. N. y 285 del Decreto 2550 de 1988.

IV. Demanda a nombre de Joaquín Elías Cano Vallejo:

Con apoyo en la causal primera del artículo 442 del Código Penal Militar, el libelista formula un solo cargo por violación directa de la ley sustancial, que presenta así:

La sentencia aplicó indebidamente una norma sustancial, porque "los hechos se tipificaron y adecuaron a lo preceptuado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986... siendo que todo concurre de hecho y de derecho a que el punible se trate como lo norma el Código de Justicia Penal Militar en su artículo 199" —cohcho propio—. Esta indebida aplicación violó los artículos 3º y 6º del ordenamiento castrense, trayendo como consecuencia "el perjuicio en la dosificación de la pena respectiva a los procesados y la violación del artículo 29 de la Constitución Nacional vigente".

Bajo el título "FUNDAMENTACION DE LA CAUSAL", el demandante plantea lo siguiente:

"Esa violación directa consistió en la aplicación indebida de la ley penal sustancial, puesto que de dos normas sustanciales aparentemente contentivas de los hechos en juzgamiento, aplicó indebidamente la que no correspondía, con perjuicio en la dosificación de la pena en contra de los procesados. Además de no aplicarse por consiguiente los artículos 3º, 6º y 13 último este que se refiere a la integración, que existiendo en el Código de Justicia Penal Militar una norma que contiene la conducta típica investigada, no es dable recurrir a las otras normas penales, dejando de aplicar de contra el artículo 294 del mismo Código Penal Militar, que trata de la institución del *in dubio pro reo*".

El cohcho propio exige el interés económico como motor de la acción que atenta contra el bien jurídico de la administración pública; éste se encontraba presente en el ánimo del procesado recurrente, pues así lo manifestó en forma sincera desde el momento mismo de su confesión, razón que impone concluir que es el delito comentado el que ha de recoger el comportamiento materia del juzgamiento, además de que el ingrediente referido no se halla en la norma del artículo 39 de la Ley 30 de 1986.

Agrega, que esta "norma especial del artículo 39 tantas veces citado, fue tipificada en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, ante la posibilidad de que sus infractores en caso de ser empleados públicos, pudieran sustraerse a la responsabilidad del cohcho por no existir un interés económico, como también para incluir a los empleados que en un momento dado fueren encargados de una misión especial por disposición legal y relacionada con el E.N.E. que de no existir esta norma pudieran sustraerse a una acción penal o quedaría una acción administrativa irrisoria".

El fallador de segunda instancia, dio aplicación al artículo 39 del E.N.E. para obtener una sanción más severa para los infractores, "no se refirió a una supuesta tesis de especialidad, que de haberla aplicado, tendría que haber aceptado la carencia de competencia por parte de la Justicia Penal Militar, por cuanto tal conducta especial y su procedimiento primaria su aplicación a la justicia especializada para la época de los hechos y de la misma manera dentro del procedimiento señalado especialmente por el estatuto violado...".

Al no ajustarse la conducta al artículo 199, se violó sustancialmente el 3º del C. P. M., pues coincidiendo la conducta con los elementos estructurales de tal artículo no se aplicó y "en forma indebida a más que violatoria de la propia Constitución, se acomodó al artículo 39 del E.N.E.".

El juzgador se equivocó al escoger la norma, con grave perjuicio en la dosificación de la pena, la adecuación tipica, "la persona que corrompió a los empleados oficiales, quien obtuvo de estos el comportamiento, este aspecto no lo contiene el artículo 39, puesto que es una norma que se aleja de la tipicidad de la verdad procesal con que cuenta el expediente, tanto que se tienen valores y formas de su pago para todos y cada uno de los infractores".

Solicita que se ajuste el proceso a derecho, pues se desconoció tanto el fin de la pena de que habla el artículo 12 del C. P. M., como el contenido del artículo 301 *ibidem*, pues "no tener en cuenta la favorabilidad de la ley, ni respetar el principio universal del *in dubio pro reo*, es desconocer la finalidad del procedimiento".

El artículo 39 exige que el funcionario o empleado público o trabajador oficial, esté encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el E.N.E., y en este caso no era esa la precisa y particular función del teniente Vallejo y su patrulla, "no se demostró en ninguna parte del proceso esta circunstancia", un allanamiento a un lugar es una diligencia precautelativa con la cual se busca tipificar una conducta dolosa que puede ir desde una simple contravención policial hasta un delito grave; el encargo se hace en forma clara, precisa y concisa, "no llena el hecho de autos esta sutil exigencia y mal puede encuadrar dentro de los hechos confesados y en la forma que se presentaron impetuosa y momentáneamente".

Afirma que no es el Juez de Instrucción Penal Militar quien tiene la facultad para encargar funciones a empleados oficiales del orden ejecutivo y tal actuación está paralela al encargo, pues ésta es una función temporal y condicionada, mientras que para que la conducta recaiga en el coheteo, si es deber de empleado oficial evitar cualquier clase de delito o denunciarlo cuando tenga conocimiento de él.

Finalmente solicita que se case la sentencia impugnada y se proceda a su devolución al Juzgado de instancia, para que se juzgue a los procesados y a su defendido, acorde con la calificación que debe dársele por violación al artículo 199 del C. P. M.

V. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal rindió su concepto en los siguientes términos:

Demandu a nombre de Julio César Aldana Moreno.

Primer cargo: Para la Delegada resulta indiscutible que el comandante de la Décima Brigada tenía competencia para conocer de los procesos adelantados "contra los oficiales de la brigada bajo su mando", en virtud del artículo 332 del C. P. M. (dos de los procesados tenían esa calidad). Las razones que adujo el funcionario instructor que remitió las diligencias se apoyaron en disposiciones que no eran aplicables al procedimiento penal militar —Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares—, cuando la legislación podía brindar luces a la solución del problema que presentaba la actuación: No existe norma que determine cuál de los varios jueces de primera instancia competentes, debe asumir el conocimiento del asunto.

No obstante lo anterior, no comparte el criterio del libelista, cuando reclama por esta presunta irregularidad la nulidad de lo actuado al violarse el principio de juez competente, de consagración constitucional, por las siguientes razones:

Es verdad que el artículo 29 de la C. N. (26 de la antigua Carta) establece como una de las máspreciadas garantías la del juez competente previamente definido por la ley y que, por consiguiente, las actuaciones judiciales adulantadas por funcionarios que carezcan de la capacidad legal para realizarlas, han de ser anuladas.

La competencia deviene del mandato constitucional y ha de ser específicamente desarrollada por la ley, sin que sea permitido al juzgador inventar criterios que definan los asuntos sobre los cuales puede asumir el conocimiento. Pero ello no quiere decir que le asista razón al casacionista, pues el Título II, Libro Segundo, Sección Primera del C. P. M., se dedica a la regulación de las competencias en las diversas ramas de las Fuerzas Armadas, señalando de qué asuntos conoce cada uno de los jueces de primera instancia. El artículo 332 dispone que los comandantes de las Brigadas conocerán de los procesos que se adelantan contra los oficiales de los batallones de la Brigada bajo su mando, y el artículo 333 fija en los comandantes de Batallón la capacidad de juzgar a los suboficiales y soldados de su propio batallón. Claro resulta que la ley ha determinado las competencias a cada uno

de estos jueces, sin que sea atendible la argumentación de que unos (oficiales) u otros (suboficiales y soldados) carecen de juez que examine su conducta criminal.

La dificultad estriba en el hecho de que las disposiciones del Código no indican qué juez ha de preferirse cuando varios sindicados, con diverso fuero de juzgamiento militar, concurren a la realización de un delito en su calidad de tales; la distribución de las competencias no se hizo en razón a la naturaleza del hecho, sino por virtud de la asignación de militar a una determinada unidad, lo que dificulta ciertamente la solución de la cuestión que se debate.

No obstante, ha de recordarse que el artículo 29 constitucional prohíbe el juzgamiento por jueces no definidos previamente en la ley. El principio de legalidad de la jurisdicción se entronizó como una garantía más, que no se opone a otras normas rectoras de la ley procesal que pueden ser llamadas a remediar aquellos vacíos que frecuentemente se observan en las codificaciones, a condición de que no contrarien los derechos fundamentales y si se desarrollen por el contrario otros cánones de rango constitucional.

Así como al ciudadano le asiste el derecho a ser juzgado por funcionario previamente definido, también lo acompaña el derecho a que su situación jurídica definitiva se decida en forma pronta y justa y que, teniendo por disposición constitucional o legal la garantía de un fuero personal, éste no resulte desconocido.

Es propio de un estado de derecho el que las codificaciones procesales contemplen la eventualidad de un vacío y que por esta razón, se determinen de antemano reglas para llenarlos. El artículo 302 del C. P. M. consagró el principio de integración, preceptiva que autoriza acudir a la regulación procesal ordinaria para llenar los vacíos legislativos y se pueda así desarrollar una de las primordiales funciones del proceso penal: Lograr la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a quienes en él intervienen.

No entiende la Delegada que el problema de la competencia por razón de la conexidad sea asunto que escape a estos principios rectores de la ley procesal, "porque si bien la competencia nace de la ley positiva y por consiguiente en cada legislación especial ha de hacerse la regulación específica de ella, en el procedimiento penal militar no existe ausencia de norma en cuanto a quiénes son los jueces de primera instancia que corresponden a cada uno de los posibles sujetos pasivos, del proceso penal y a fortiori fijadas se encuentran las reglas atinentes a la distribución del trabajo de los jueces y las garantías mínimas para los militares aforados".

La competencia por razón de la conexidad no es, en sí, un problema de capacidad legal de acción procesal o de garantía ciudadana, pues uno y otro aspecto se solucionan con las reglas generales de

competencia por factor territorial, personal o de la naturaleza del hecho. En la conexidad, nos encontramos frente a un conflicto más aparente que real, en donde de dos funcionarios competentes uno de ellos ha de declinar su posibilidad de asumir el conocimiento del asunto en favor de otro, situación que se resuelve siempre a favor de quien tiene una mayor jerarquía, una mayor cobertura territorial, o en quien se presumen unas mejores condiciones para el desarrollo de las garantías judiciales.

El artículo 303 del C. P. M. consagra el principio de unidad del proceso ordenando su conservación cuando concurren diferentes actores a la realización del hecho delictivo, de donde se concluye que en los eventos en que ello suceda, tiene por su propia entidad prevalencia el funcionario capacitado para adelantar el juzgamiento en quien se reúnan las condiciones para ello en relación con los tres criterios antes expuestos.

Luego de relievur las conclusiones atinentes a lo anteriormente dicho considera que no resulta un contrasentido hablar de mayor jerarquía dentro de la jurisdicción penal militar, pues precisamente por la estructura castrense en donde la obediencia y por ende la jerarquía son pilares fundamentales de su propia supervivencia, es allí donde en mayor medida se respetan los principios de subordinación tanto en la función administrativa como en la judicial. Existe prohibición legal de que un militar sea juzgado por otro de menos antigüedad o de menor rango. Esto es jerarquía.

Los asuntos se van asignando en un respetuoso orden de las líneas de mando, de tal forma que los oficiales superiores se encargan de juzgar a sus inferiores, quien ha alcanzado un mayor rango, debe asumir el juzgamiento de quienes se hallan por debajo de la pirámide jerárquica y, por tanto, pese a que no existen en la jurisdicción militar escalas a la manera de las que operan en la jurisdicción ordinaria, ni existen jueces de primera instancia que se encuentran subordinados a otros —que son así mismo de primera instancia— pero que no por ello pierden la relación y obligación de subordinación.

Considera que fue un error del instructor, invocar el Régimen Disciplinario como fundamento de su decisión, pero ello no vicia de nulidad el procedimiento, porque evidentemente las diligencias llegaron a quien era competente para asumir su conocimiento y esta equivocación no tiene fuerza alguna contra los preceptos que fijan la competencia en el juez de mayor jerarquía. Por lo anterior considera que el cargo no debe prosperar.

Segundo cargo: El señor Procurador comparte los argumentos que respecto a este ataque brinda el censor, por estimar que en el caso de autos los procesados actuaron por fuera de sus funciones oficiales y,

como tal desplegaron su conducta ilícita como particulares y no se hallan amparados con el fuero de juzgamiento previsto en la Constitución Nacional.

Impera reconocer que la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado en los últimos tiempos hacia la restricción a sus precisos límites del fuero militar. Considera que las transcripciones que se anotan en la demanda, como otros específicos pronunciamientos de la Corte, relevan a la Delegada de adentrarse en el señalamiento de las múltiples decisiones que se han pronunciado.

Luego de referirse al alcance del artículo 170 de la C. N. de 1886 idéntico al 221 de la actual Carta Política afirma que no cabe duda alguna que los sentenciados en esta actuación se desempeñaban como miembros del Ejército Nacional y que el día de los hechos (20 de agosto de 1989) se encontraban prestando ci servicio, reuniéndose de esta forma el primero de los requisitos para que su juzgamiento se adelantara ante la jurisdicción militar.

Pero estima que no sucede igual con el otro presupuesto foral, porque todos los implicados, traicionando los deberes propios de su condición, se apartaron de su misión fundamental de defender las instituciones y cumplir con los mandatos de la Constitución y la ley, y decidieron transgredir las normas penales ordinarias no en desempeño de sus funciones propias del cargo, sino por fuera de los límites precisos de sus competencias, actuaron como particulares en la medida en que el servicio militar que prestaban no implicaba en forma alguna la realización de las conductas que son materia de juzgamiento.

Al teniente Cano Vallejo se le encomendó específicamente la puesta en marcha de un operativo tendiente a la incautación de drogas prohibidas y demás elementos con ellas relacionados y la aprehensión de los presuntos responsables de la infracción que pudiera determinarse. El comandante del operativo, a su turno, constituyó su brigada con elementos pertenecientes a la misma fuerza pública que se encontraban bajo su mando y ligados a la misma misión a él encomendada, con las mismas restricciones y funciones que para el caso específico se le habían otorgado. Por manera que al proceder en forma extraña a su misión, los irrimados se apartaron de sus obligaciones particularmente señaladas frente al caso concreto, abandonaron por ello su condición de militares, y se decidieron a entregar parte de la sustancia incautada a cambio de una elevada suma de dinero.

No corresponde a los militares —aún con la supuesta inexistencia del auto que ordenó el registro y allanamiento de la finca "La Moneda"— el celebrar ilícitas transacciones con miembros de la delincuencia; "las acciones que aquí se desarrollen no son propias de la investidura oficial que ostentan, sino que son actos que ninguna rela-

ción tienen con el servicio; su única conexidad con éste, es que el hecho delictivo se consumó durante el servicio militar y por fuera de los reglamentos y disposiciones constitucionales y legales que lo regulan. La falta de esa relación que es exigencia constitucional, impide que los procesados sean amparados con el fuero especial del juzgamiento".

La razón de ser del fuero militar es garantizar que las infracciones que le son propias y particulares sean examinadas por quienes tienen una similar formación y pueden aceptar, dentro de los rigorismos de la jerarquía castrense, los contenidos específicos de su función; que no exista entrometimiento de extraños en el examen de las conductas militares, atendidas las particulares de éstas y el ejercicio mismo de esa especial función pública; y que frente a los delitos comunes que evidentemente pueden cometer, se analice su vinculación con el servicio y la importancia que éste tiene no frente a consideraciones abstractas, sino vinculado con la concepción especial de la estructura militar.

Todo lo que no se encuentre en estrecha relación con el servicio castrense, ha de entenderse como una actividad que se desarrolla por fuera de los límites mismos de la función militar y por tanto, de constituir conducta delictiva, debe ser ejercitada por la jurisdicción común que es el principio general de la administración de justicia.

Concluye el Procurador, que la jurisdicción penal militar carecía de competencia para adelantar el juzgamiento de la conducta imputada a los sentenciados y por tanto se da la causal de nulidad del proceso, que deberá declarar la Corte, salvo mejor criterio, como así lo solicita.

Demandado a nombre de Joaquín Elías Cano Vallejo.

Considera el Procurador Delegado, que los errores de técnica que presenta este escrito, impiden la prosperidad de las pretensiones del libelista.

El demandante invoca la causal primera, por violación directa de la ley, plantea que la sentencia aplicó indebidamente algunas normas de carácter sustancial y dejó de aplicar otras que estaban llamadas a regular el juzgamiento. Sin embargo, del desarrollo que el censor le imprime al cargo y de su petición final de que se case la sentencia y se devuelva el proceso al juez de primera instancia para que el procesado recurrente sea juzgado "acorde con la calificación que debe dársele", se concluye sin duda alguna que el memorialista equivocó la vía para concluir en una solicitud de nulidad por errónea denominación jurídica en la Resolución de Convocatoria a Consejo de Guerra.

La situación es nítida: El actor desconoce la validez de la norma 39 de la Ley 30 de 1986 frente al caso concreto, pues estima que ella

no recoge la acción puesta en marcha por su representado, reclamando en su lugar que sea procesado como autor del delito de cohiccho. Olvidó la demanda que la sentencia de primera instancia se pronunció por los dos hechos punibles que debate y que el Tribunal Militar eliminó de la imputación el ilícito contra la administración pública reduciendo por ello la penalidad a los sentenciados. "La ley —supuestamente infringida por falta de aplicación— fue llamada a regular el juzgamiento de donde deviene en falso afirmar que se dejó de aplicar". La disposición supuestamente aplicada indebidamente, sirvió de fundamento a la Resolución de Convocatoria a Consejo de Guerra y por ello, si la alegación se hubiera desarrollado como infracción directa de la ley, lo procedente no sería devolver el proceso al juez de instancia para que juzgue de acuerdo con la calificación correcta, sino que se impondría que la Corte como Tribunal de instancia, dictara la sentencia de reemplazo.

Algunos argumentos expuestos por el libelista, apuntan a exponer la incorrección del sentenciador al escoger la norma que fundamenta la penalidad del procesado recurrente, pero en verdad no entran a hacer la demostración de ese error de selección y desconocen que la sentencia impugnada contempló el artículo 199 del C. P. M. —norma presuntamente omitida— justamente para desconocerle sus efectos, con lo cual, además, la alegación ha debido orientarse por la vía de la interpretación errónea de la ley sustancial, pues de un equivocado entendimiento de los elementos del tipo penal aludido derivó la absolución para los procesados por tal ilícito y la consecuente condena por el previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1936, según los términos del casacionista.

Considera que las falacias evidenciadas son suficientes para dar al traste con la demanda.

Finalmente, el Procurador sugiere a la Corte *casar* la sentencia recurrida y *declarar* la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación de mayo 29 de 1990, para que se reponga lo actuado por parte de la Jurisdicción ordinaria.

VI. Consideraciones de la Corte:

a) Demanda a nombre de Julio César Aldana Moreno:

Primer cargo: Nulidad por falta de competencia del funcionario que adelantó el juzgamiento.

Es incuestionable que una de las principales exigencias del recurso extraordinario de casación es que quien formula un reproche tenga interés jurídico para hacerlo, es decir que el presunto error invocado afecte de cualquier manera el derecho material o las garantías constitucionales o legales de esa parte. En el caso concreto del subteniente Julio César Aldana Moreno, no hay duda, que carece totalmente de

interés para plantear esta censura, porque su juzgamiento se hizo por el funcionario de primera instancia que tenía competencia para ello, y la nulidad que se pretende se fundamenta en la carencia de competencia respecto de los suboficiales adscritos al Batallón Colombia, que en el caso que nos ocupa figuran como procesados, pero que no recurrieron en casación.

Lo anterior quiere decir que el casacionista extralimitó su acción, al pretender una nulidad que aún en el evento de existir no afectaría los derechos de su representado, sino de los procesados no recurrentes, y en esa medida la nulidad sería parcial.

La realidad demuestra que el proceso adelantado contra los dos oficiales y diez suboficiales de las Fuerzas Militares se riñó observando el principio de la unidad procesal consagrado en el artículo 306 del Código Penal Militar que dispone "salvo los casos de conexidad y las excepciones constitucionales y legales, por cada hecho punible se adelantara un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o participes".

El proceso pasó al conocimiento del comandante de la Décima Brigada del Ejército Nacional, quien por virtud de lo dispuesto en el artículo 332 del Código Penal Militar tenía competencia para conocer en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales de los batallones de brigada bajo su mando, calidad que ostentaba el procesado recurrente, según se encuentra demostrado, entre otras pruebas con la constancia expedida por el Jefe de Personal del Batallón Colombia número 28, que señala que el "subteniente Aldana Moreno Julio César", es orgánico de éste, y para el día de los hechos se encontraba en servicio activo en esa unidad en el área de orden público del Bajo Cauca, jurisdicción del municipio de Caucasia donde se encuentra el puesto de mando adelantado del Batallón Colombia, que a su vez es orgánico de la Décima Brigada.

Ante la evidencia procesal, el censor no podía desconocer que su representado había sido juzgado por el juez de primera instancia competente para ello y optó por pedir la nulidad de todo el proceso a partir del cierre de la investigación, aduciendo ilegalidad del juzgamiento porque "lo jurídico ante el vacío legal era romper la unidad procesal adscribiendo el juzgamiento de los oficiales al Juzgado de primera instancia del Batallón Colombia y desde luego de los oficiales al Juzgado de primera instancia Comando de la Décima Brigada, pues adelantarlos en la forma en que se hizo vulnera en forma directa las normas que sobre competencia rigen en los artículos 332 y 333 del Decreto 2550 de 1988".

Es cierto que el Código Penal Militar —Decreto 2550 de 1988— no contenía norma legal que resolviera los problemas surgidos por concurrencia de jueces en un mismo asunto, vacío que —con posterioridad a la Resolución de Convocatoria a Consejo Verbal de Guerra número

005 de junio 27 de 1990— fue llenado por el Decreto reglamentario 1562 de julio 16 de 1990, artículo 23 numeral 8 que determina que el Comando General de las Fuerzas Militares tendrá la atribución de designar Juez Único cuando se presente concurrencia de jueces de conocimiento en razón de los factores en que estriba la competencia en la Justicia Penal Militar, norma ésta que no ora posible aplicar al caso que nos ocupa por ser posterior a la Resolución de Convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, proferida por el funcionario de primera instancia competente para juzgar al subteniente Aldana Moreno.

Como ya quedó demostrado, el funcionario de primera instancia no violó el artículo 332 del Código Penal Militar, luego la afirmación del libelista no corresponde a la verdad. Además resulta desatinado el argumento de la demanda en el sentido de que lo jurídico era romper la unidad del proceso, toda vez que este principio está consagrado en la legislación castrense, y no existe razón jurídica valedera para desconocerlo. El juzgamiento desde ningún punto de vista se puede considerar ilegal.

La actuación adelantada por el comandante de la Décima Brigada del Ejército Nacional, no contraría los derechos fundamentales del procesado recurrente, y en tales condiciones, no existe razón para pedir la nulidad.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para rechazar este primer reproche.

Tampoco procede la declaratoria de nulidad oficiosa respecto de la actuación adelantada en relación con los suboficiales no recurrentes, porque si bien es cierto que el artículo 333 del Código Penal Militar dispone que los comandantes de Batallón son los que conocen en primera instancia de los procesos adelantados contra estos, también lo es que el comandante de la Décima Brigada del Ejército Nacional era el competente para ello, en razón del principio de la unidad procesal consagrado en el artículo 303 *ibidem*.

Cuando existen vacíos respecto de la competencia en los casos de concurrencia de jueces, estos pueden ser resueltos acudiendo a las normas rectoras de la ley procesal, a condición de que no se contrarie los derechos fundamentales de rango.

El artículo 302 del Código Penal Militar consagra el principio de la integración: "Son aplicables al procedimiento penal militar, en cuanto no se opongan a lo establecido en este código o en las leyes especiales, las disposiciones contenidas en los Códigos de Procedimiento Penal y Procedimiento Civil".

Le asiste razón al Procurador Delegado, cuando señala que "en la concurrencia nos encontramos frente a un conflicto más aparente que real, en donde de dos funcionarios competentes uno de ellos ha de

declarar su posibilidad de asumir el conocimiento del asunto en favor de otro, situación que se resuelve siempre a favor de quien tiene una mayor jerarquía, una mayor cobertura territorial, o en quien se presumen unas mejores condiciones para asegurar el desarrollo de las garantías judiciales".

En consecuencia, en el caso que se estudia, el juez competente es el funcionario habilitado por la ley para adelantar el juzgamiento de los oficiales, por ser el de mayor jerarquía, y por tanto ninguna violación a las garantías judiciales se produjo respecto de los suboficiales procesados.

Segundo cargo: Nulidad por incompetencia de la jurisdicción penal militar para adelantar el juzgamiento.

1º El artículo 170 de la anterior Carta Política consagraba que, "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

El artículo 221 de la Constitución Nacional vigente reproduce el contenido del artículo 170 de la carta derogada cambiando únicamente la palabra "militares" por fuerza pública, "expresión que de acuerdo con el artículo 216 *ibidem* corresponde en forma exclusiva a las Fuerzas Militares y la Policía Nacional".

Esto quiere decir que no se produjo ninguna modificación en el régimen foral de los militares y la Policía Nacional, de manera que la jurisprudencia y doctrina existentes sobre el tema parten de supuestos normativos que al no sufrir variaciones, les permite seguir teniendo actualidad.

2º En el proceso se estableció plenamente que los imputados eran miembros de las Fuerzas Militares y en el momento de los hechos se encontraban en servicio activo. Sobre este aspecto no hay reparo alguno, de ahí que tanto el demandante como el Procurador Delegado hayan concretado que el punto a resolver es si lo sucedido aquí fue o no en relación con el servicio.

Para el efecto, se debe tener en cuenta que el proceso revela que en cumplimiento de la orden impartida por el Comando de la Décima Brigada, el comandante del Batallón Colombia número 28 ordenó efectuar un operativo militar en varias áreas del sector, entre ellas la correspondiente a la finca "La Moneda" con el fin de constatar la existencia de pistas de aterrizaje clandestinas y posible tráfico de estupefacientes; se designó para comandar el operativo al teniente Joaquín Elías Cano Vallejo para que con personal bajo su mando efectuara la operación de registro señalada.

El Juzgado Ciento Cinco de Instrucción Militar, por solicitud de un oficial de la Décima Brigada, en auto de agosto 18 de 1989, ordenó

el registro y allanamiento del citado inmueble rural y nombró para la práctica de la diligencia al teniente Cano Vallejo que iría al mando de su personal con el específico fin de incautar y poner a disposición los estupefacientes y demás elementos decomisados y la aprehensión de los presuntos responsables de la infracción que pudiera determinarse.

El comandante del operativo constituyó una brigada con elementos pertenecientes a la Fuerza Pública, entre ellos el subteniente del Ejército César Aldana Moreno y los demás suboficiales vinculados a este proceso, quienes no solamente se encontraban de servicio bajo su mando, sino que se hallaban ligados a la orden de operaciones y al auto del Juzgado de Instrucción Penal Militar que señalaban concretamente la misión específica que debían cumplir.

Lo anterior quiere decir que tanto Cano Vallejo, como Aldana Moreno y los demás encausados, actuaron con ocasión del servicio y por orden de dos autoridades distintas debidamente coordinadas, el comandante del Batallón Colombia y el Juez de Instrucción Penal Militar que por solicitud ordenó el allanamiento.

Está debidamente probado que en el desarrollo del operativo del 19 de agosto de 1989, al practicar el allanamiento en la hacienda "La Moneda", en una construcción cercana a la casa principal se encontraron unos 160 bultos de cocaína de aproximadamente 25 kilos cada uno.

La prueba recaudada, establece claramente que el teniente Cano Vallejo aceptó la propuesta de Abraham Mahúa en el momento en que estaban presentes el subteniente Aldana Moreno y el sargento Rojas, quienes estuvieron de acuerdo para efectuar la maniobra que permitía el cambio de 100 bultos del estupefaciente por 100 bultos de sal.

Los otros suboficiales no estaban presentes, pero el acuerdo a que llegaron los tres militares con el particular Mahúa y la promesa de gratificación en forma generosa —ciento diez millones de pesos para ser repartidos— fue comunicado de inmediato a los otros procesados quienes lo aceptaron voluntariamente y prestaron su colaboración para el éxito de la maniobra ilegal acordada.

Está plenamente establecido que como lo confesaron Cano Vallejo, Aldana Moreno y Rojas, si se negoció la devolución de 100 a 110 bultos de aproximadamente 25 kilos de cocaína, quedando sólo 60 o 50 que corresponden al peso anotado en las actas.

En el acta de allanamiento y registro que elaboró y suscribió Cano Vallejo se consigna que la cocaína encontrada correspondía a 1.118 kilos sin más especificaciones, y no obstante que tiene fecha de 19 de agosto, fue elaborada con posterioridad, pues para ese momento no se había efectuado el cambio que se hizo en las primeras horas del día 21 de agosto.

Cano Vallejo ordenó en las horas de la noche del 20 de agosto realizar una maniobra para cumplir con lo pactado con Mahúa; desplazó al oficial Aldana Moreno y otros suboficiales con el personal de tropa para prevenir una supuesta emboscada mientras que el civil Ortiz en el camión y los otros suboficiales efectuaban el cambio aceptando como efectivamente ocurrió. En la madrugada del 21 se hizo presente Abraham Mahúa y se cumplió a cabalidad la transacción que se había pactado.

Obra prueba en autos que demuestra claramente que mediante ese convenio acordado entre los oficiales Cano, Aldana y el sargento Rojas con el particular Mahúa y la promesa de entregarles una fuerte suma de dinero, se efectuó el cambio de parte del estupefaciente por sal. Nadie duda que esto fue un abuso, una extralimitación de las facultades militares, pero de igual manera, es evidente que no se trató de una actitud aislada, no fue una maniobra de carácter particular sino la decisión de unos militares en servicio activo de devolver, y por ende ocultar parte del estupefaciente incautado, ayudando con ello a Abraham Mahúa a eludir la acción de la justicia procurando la impunidad del delito.

Este no es el caso del Policía que estando en servicio activo resuelve participar en un asalto a mano armada para hurtar, o intervenir en el secuestro de una persona, conductas que ciertamente no tienen ninguna relación con dicho servicio. El problema que ocupa la atención de la Sala, es el de los militares que teniendo a su cargo la específica misión de capturar y decomisar sustancias prohibidas así como de su custodia, en lugar de poner a disposición de las autoridades competentes el estupefaciente incautado, deciden cambiarlo por sal, lo que equivale a decir que ocultaron parte de él, procurando la impunidad de delito, formas estas, entre otras expresamente incluidas en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986 dentro de los distintos tipos alternativos que contiene la norma; esto en ejercicio abusivo de su autoridad, pero en inocultable relación con el trabajo que estaban prestando.

El Ministerio Público admite que, "...el hecho delictivo se consumó durante el servicio militar y por fuera de los reglamentos y disposiciones constitucionales y legales". Sin embargo concluye que esta es la única relación de conexidad que existe y que por ende actuaron como particulares en la medida en que el servicio militar que prestaban no implicaba en forma alguna la realización de las conductas que son materia del juzgamiento.

Pretender como lo hace el demandante, que todo acto que esté por fuera de la obligación de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, ninguna relación tiene con el servicio, o como lo aduce el colaborador Fiscal, que el celebrar transacciones con la delincuencia, son acciones que no son propias de la investidura que ostentan, y que por tanto su juzgamiento no corresponde a la Justicia Penal Militar,

no es otra cosa que un sofisma, pues de esa manera se acabaría con el fuero constitucional, ya que es imposible que los militares y policiales que obran en estricto cumplimiento de su deber o de su investidura, incurran por esa razón en delitos.

A lo que la Constitución se refiere, es a los delitos cometidos por militares o policiales en servicio activo, y *en relación con el mismo servicio*, luego es obvio que se trata de una extralimitación, de un abuso de la función, de hechos que están por fuera del cumplimiento de su obligación constitucional y legal, pero que son ejecutados en desarrollo del servicio.

Es elemental entender que los implicados no deberían haber hecho eso, que su comportamiento estuvo por fuera de su obligación como militares en servicio activo de una unidad en el área de orden público, pero también es claro que la conducta asumida estuvo relacionada con el servicio que debían prestar. Es más, fue un delito al cual pudieron contribuir precisamente por estar prestando un servicio propio de esa función militar que les fue encomendada.

El auto de 13 de mayo de 1989, dictado por la Sala, en la cual se apoyan el demandante y el Procurador Delegado, se refiere a una situación factica diferente, pues allí la conducta desplegada por los policiales no tiene ninguna relación con el servicio, es un acto completamente al margen de él.

Estas consideraciones son suficientes para concluir que este segundo cargo de nulidad propuesto en la demanda que nos ocupa, tampoco prospera.

b) *Demandado a nombre de Joaquín Elías Cano Vallejo.*

Es verdad que la técnica de este extraordinario recurso exige que cuando se ataca la sentencia por violación directa de la ley sustancial, la inconformidad debe limitarse a cuestionar la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de la ley sustancial, y que la petición final debe corresponder al desarrollo del cargo, que en el evento de prosperar impondría a la Corte dictar la sentencia de reemplazo.

El demandante aduce violación directa del artículo 39 de la Ley 30 de 1986 por aplicación indebida, pues estima que frente al caso concreto no recoge la acción puesta en marcha por su representado, reclamando en su lugar la aplicación del artículo 199 del Código Penal Militar, norma que dice que no fue aplicada pese a que coincide la conducta con los elementos estructurales del delito de cohecho propio.

Es cierto que en la Resolución de Convocatoria a Consejo de Guerra se fundamentó en las dos normas a que se refiere el demandante; que la sentencia de primera instancia se pronunció por los dos hechos

punibles, y que el Tribunal Superior Militar eliminó de la imputación el ilícito contra la administración pública reduciendo por ello la pena impuesta a los sentenciados. Sin embargo la Sala no comparte el planteamiento del Procurador Delegado en el sentido de que "la ley supuestamente infringida por falta de aplicación —fue llamada a regular el juzgamiento—, de donde deviene en falso afirmar que se dejó de aplicar", pues lo cierto es que a pesar de que sirvió de fundamento para el juzgamiento, al absolver por el delito en ella descrito, se dejó de aplicar.

El libelista solicita que se case la sentencia y se devuelva el proceso al juez de primera instancia para que el procesado recurrente sea juzgado "acorde con la calificación que debe dársele", planteamiento de evidencia que la petición está equivocada, pues de la lectura del libelo se observa que lo que en principio invoca es la violación directa de dos normas sustanciales, luego no puede concluir en una solicitud de nulidad, sino impetrando un fallo de reemplazo.

También se observa que el defensor cita como normas violadas, entre otras, los artículos 29 de la Constitución Nacional vigente y 294 del Código Penal Militar, que en su orden se refieren al debido proceso y al *in dubio pro reo*, para argumentar que existió "perjuicio en la dosificación de la pena respectiva a los procesados" y que "existiendo en el Código Penal Militar una norma que contiene la conducta típica investigada, no es dable recurrir a otras normas penales, dejando de aplicar dc contera" el artículo que trata de la institución del *in dubio pro reo*. Y agrega que el fallador de segunda instancia desconoció el artículo 301 del Código Penal Militar cuando expresa que el fin del procedimiento es la interpretación de la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que la efectividad del derecho material y de las garantías a quien en él intervienen, luego "no tener en cuenta la favorabilidad de la ley, ni respetar el principio universal del *in dubio pro reo*, es desconocer la finalidad del procedimiento".

La mención del artículo 39 de la Ley 30 es para decir que exige que el empleado público o trabajador oficial esté encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el Estatuto Nacional de Estupefacientes y "para el caso que nos ocupa, no era precisamente y en forma precisa y particular la función del teniente Vallejo y su patrulla no se demostró en ninguna parte del proceso esta circunstancia" y el encargo se hace con "órdenes militares, en forma clara, precisa y concisa, no llena el hecho de autos esta sutil exigencia y mal puede encuadrar dentro de los hechos confesados y en la forma que se presentaron imprecisa y momentáneamente"; el Juez de Instrucción Penal Militar, no tiene la facultad de encargar funciones a los oficiales del orden ejecutivo y tal actuación está paralela al encargo, pues esta es una función temporal y condicionada, mientras que para que la conducta recaiga en el cochecho, si es un deber del empleado oficial evitar cualquier clase de delito o denunciarlo cuando tenga conocimiento de éste.

La censura ha debido limitarse a la violación directa de la ley integrando la proposición jurídica con las normas sustanciales citadas, sin invocar ninguna disposición constitucional y procesal que pueda implicar desconocimiento del debido proceso y errores de procedimiento que deben alegarse como nulidad, y si se agrega que se desconoció el artículo 294 del Código Penal Militar, esto es que se estima que hay duda, la alegación se introduce en el campo de la violación indirecta, pues ésta no fue reconocida por el fallador, censuras incompatibles con el cargo formulado.

En lo que respecta al *in dubio pro reo*, la Corte se ha pronunciado así:

"En cuanto a la 'duda' debe reiterar la Sala que solamente puede consignar de suyo, un cargo autónomo, en el evento de que el fallador reconozca que existe en el proceso, y a pesar de ese reconocimiento no la aplique, esto es, no absuelva, como lo manda el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal: En este caso surge clara una violación directa de la ley, porque el sentenciador se habrá equivocado al no reparar en este mandato legal.

"De resto, no cabe hablar de que 'la duda', como tal, conforme un cargo. Débese, por el contrario, repetir que si el actor se propone demostrar a la Corte que existe esa incertidumbre, no le queda camino diverso a formular el correspondiente ataque de *indole probatorio*, bien por yerros de derecho, bien por yerros de hecho" (Sentencia de agosto 27 de 1991, Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz).

Si bien es cierto que los errores de técnica en que incurre el censor son suficientes para desestimar la demanda, es pertinente hacer las siguientes observaciones, frente al conflicto de normas a que alude el casacionista.

La Sala no desconoce que entre los dos tipos a que se refiere el censor, artículos 39 de la Ley 30 de 1986 y 199 del Código Penal Militar, existe una gran similitud, pero no hay duda de que el Tribunal, al no aceptar la existencia del concurso, que podría ser lo discutible, optó por la primera por ser norma de carácter especial, pues se trata del Estatuto Nacional de Estupefacientes, y en esa medida obró correctamente.

Una de las reglas que el sentenciador debe aplicar cuando estima que está frente a un concurso aparente de tipos es el principio de la especialidad, según el cual, la norma especial prima sobre la general, pauta que como ya se dijo, fue utilizada acertadamente por el *ad quem* en este caso.

Según el libelista, el Tribunal Militar no se refirió a una supuesta tesis de especialidad, "porque de haberla aplicado tendría que haber

aceptado la carencia de competencia por parte de la Justicia Penal Militar, por cuanto tal conducta especial y su procedimiento primaria su aplicación a la justicia especializada para la época de los hechos y de la misma manera dentro del procedimiento señalado especialmente en el Estatuto violado".

Es claro que para hacer esa argumentación, el casacionista olvida que el procesado recurrente está amparado por el fuero consagrado en el artículo 170 de la Carta derogada, reproducido en el artículo 221 de la Constitución vigente, y que los delitos a que se refiere esta disposición pueden ser comunes, lo importante es que el sujeto esté en servicio activo y que ellos se cometan en relación con el mismo servicio. Como es obvio, la Ley 30 de 1986 es especial en relación con las demás leyes penales, y en ese sentido su aplicación prima sobre ellas, pero de ninguna manera puede utilizarse para desconocer un mandato constitucional.

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.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Colvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimio Pérez Velandia, Edgar Suárez Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE REVISION / CULPABILIDAD / EXTINCIÓN DE LA PENA / EXTINCIÓN DE LA ACCION

1. La acción de revisión no es una simple reapertura del debate probatorio, instituida para repetir tesis, hipótesis y argumentos, reflejo de la inconformidad de los sujetos procesales con la decisión judicial. / 2. La causal de inculpabilidad impide que el delito se estructure al carecer de uno de sus elementos fundamentales. El hecho punible, por tanto, no surgió a la vida jurídica y por ello, el Estado debe cesar su procedimiento en contra del imputado. / 3. La extinción de la acción o de la pena se produce en presencia de un hecho punible, cuya tipicidad, antijuricidad y culpabilidad han sido demostradas. Sin embargo, las razones de política criminal (matrimonio en los delitos contra la libertad y el pudor sexuales o la retractación en los delitos contra la integridad moral), de orden público (amnistías e indultos), temporales (prescripción), o por la imposibilidad misma de proseguir con el proceso (muerte del procesado), etc., hacen aconsejable el feneamiento de la potestad estatal. / Las deficiencias son claras, pues la extinción de la acción y de la pena se produce por causas externas a un hecho punible estructurado, mientras que las causales de inculpabilidad (también las de antijuricidad) versan sobre un comportamiento que jamás llegó a constituirse en lícito.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia M.

Aprobado Acta número 52.

Vistos:

Examina la Sala si la demanda de revisión presentada por el representante judicial de *Edgar Díaz Galeano*, reúne los requisitos formales para declararse ajustada a derecho.

La demanda:

Con fundamento en las causales *segunda y tercera* de revisión, el recurrente propone los siguientes reproches:

1. Basa su argumentación en constituir un caso fortuito el hecho investigado y fallado. Cita en su apoyo el Decreto 2700 de 1991, artículo 232, numeral 2°, por contener como "causal de extinción de la acción penal", el caso fortuito, reglamentado por el artículo 40 del C. P. vigente. De igual manera, llama la atención sobre el reconocimiento del fenómeno por el *a quo*. Como el *ad quem* no lo acogió, critica el que "inexplicablemente" hubiera basado su fallo únicamente en la primera declaración del acusado, "...haciendo abstracción de las demás piezas procesales...".

2. En lo referente a los hechos y pruebas nuevas surgidas después de la sentencia condenatoria, recuerda que en el hogar formado por la víctima y el condenado, vivía también la madre de ésta en compañía de otro de sus hijos (Freddy Contreras), continuando la cohabitación luego del infortunado suceso.

Al percatarse Freddy Contreras —testigo presencial de los hechos— que su cuñado había sido condenado "injusta y arbitrariamente", rindió una declaración extraproceso, ante la Notaría Catoree (14) de la capital, en la que asegura que, momentos antes de producirse el disparo, vio a su hermana empuñando una pistola. En ese momento, cuando el condenado le preguntó por el motivo de llegar tan tarde a la casa, Martha levantó el arma a la altura del hombro izquierdo. De inmediato Edgar trató de quitársela, escuchándose una detonación. Al caer el cuerpo de su esposa, Edgar Díaz salió de la alcoba matrimonial expresando "yo la maté". El deponente no le dijo nada porque vio que aquél no fue el autor del disparo. Por tanto —aclara en la misma deposición— cuando habló ante el instructor simplemente se limitó a señalar que había sido un accidente, solicitándole al juez que dejara en libertad a su cuñado.

De lo anterior deduce el revisionista o que Martha se suicidó o que, cuando Edgar trataba de impedirlo quitándole la pistola, ésta se disparó. Además, según la declaración, se observa que el sentenciado jamás tuvo el arma en sus manos, lo cual predica su inocencia.

Finaliza su intervención llamando la atención de la Sala sobre las pruebas que obran en el expediente, todas en favor de su prohijado, pues en ellas no se encuentra "...la culpa más leve o siquiera un indicio aparente..." que lo señale como el autor de los disparos. Sus últimas palabras las dedica a poner de relieve que ninguna madre ni ningún hermano hubieran declarado a favor del homicida de su familiar. El que lo hubieran hecho, predica la inocencia de Díaz Galeano.

La Corte:

1. La acción de revisión no es, como parece entenderlo el letrado actuante, una simple reapertura del debate probatorio, instituida para repetir tesis, hipótesis y argumentos, reflejos de la inconformidad de los sujetos procesales con la decisión judicial.

El que esta acción tenga la capacidad de desquiciar una sentencia judicial, derrumbando con ella la cosa juzgada, indica no sólo lo especialísimo de su ámbito sino la necesidad de que los elementos de juicio que apoyen su invocación sean novedosos para el proceso, esto es, que no hayan sido objeto de debate. Aquí, no se está controvirtiendo la actividad del fallador en relación con el asunto mismo, campo reservado para el recurso extraordinario de casación. En la acción de revisión se contemplan situaciones inéditas, es decir, que no formaron parte de la módula de la discusión realizada y que, por su trascendencia, afectan sus resultados, pero sin llegar a confundirse con la controversia que sirvió de sustrato a la providencia cuestionada. Como es de esperarse, los temas han de ser de suyo novedosos para convertirse en justificación de un nuevo examen por parte de las autoridades judiciales.

2. El revisionista, sin embargo, no lo cree así. Su interés radica en reabrir el debate sobre lo conocido y examinado con suficiencia por las instancias, forzando una interpretación diferente que, como es apenas obvio, ha de ser la que consulte sus propios intereses.

Cobséryese.

El caso *fortuito* es el primer tema de su exposición. Haberse dictado la sentencia que hoy cuestiona, sin tomar en cuenta esta circunstancia de exclusión de la culpabilidad, es la razón de su inconformidad. Por ello, enmarca su tacha en el ámbito de la segunda causal de revisión.

Según su modo de ver, el caso *fortuito* es una causal de extinción de la acción penal y, por tanto, la expedición de una sentencia condonatoria pese a su presencia en el proceso, permite acceder a la acción de revisión.

La confusión del profesional es indudable al asimilar una causal de inculpabilidad a una de extinción de la acción penal. Aunque ambas tienen los mismos efectos pues impiden que la acción del Estado se produzca efectivamente, son por completo diferentes en su naturaleza.

En efecto, la causal de inculpabilidad impide que el delito se estrene al carecer de uno de sus elementos fundamentales. El hecho punible, por tanto, no surgió a la vida jurídica y por ello, el Estado debe cesar su procedimiento en contra del imputado.

En cambio, la extinción de la acción o de la pena se produce en presencia de un hecho punible, cuya tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad han sido demostradas. Sin embargo, razones de política criminal (matrimonio en los delitos contra la libertad y el pudor sexuales o la retractación en los delitos contra la integridad moral), de orden público (amnistías e indultos), temporales (prescripción), o por la imposibilidad misma de proseguir con el proceso (muerte del procesado), etc., hacen aconsejable el fenecimiento de la potestad estatal.

En resumen, las diferencias son claras, pues la extinción de la acción y de la pena se produce por causas externas a un hecho punible estructurado, mientras que las causales de inculpabilidad (también las de antijuridicidad) versan sobre un comportamiento que jamás llegó a constituirse en ilícito.

Por consiguiente, la causal segunda de la acción de revisión, es por completo ajena a dirimir una posible controversia sobre temas que traten de circunstancias de inculpabilidad o antijuridicidad. El desacuerdo del censor es mayúsculo y ello provoca el rechazo del reproche.

3. No corre con mayor fortuna el segundo cargo, elevado con fundamento en la causal tercera de revisión. Como prueba *nueva* presenta la declaración extraproceso de Fredy Contreras, hermano de la víctima, que reclama su condición de testigo presencial de los hechos. La mujer empuña el arma de fuego a la altura del hombro izquierdo —asegura— disparándose al tratar de quitársela su esposo.

Por cierto que los hechos que ahora narra y expone no fueron desconocidos para los falladores. En su oportunidad, Fredy Contreras calificó de parecida manera los hechos investigados, tildándolos de infortunado accidente, al tiempo que destacaba la pasividad y comprensión de su cuñado. Pese a esta declaración, el Tribunal tuvo en cuenta otros elementos de juicio como el dispositivo del arma usada que descartaba su disparo accidental, los celos que en ese instante agobiaban al agresor, así como la disculpa poco creíble del procesado acerca de haber empuñado el arma confiando en su inservibilidad, no obstante lo cual, la guardaba en un lugar seguro.

Como protuberantemente se observa, el actor incumple uno de los requisitos formales de la demanda, en el evento de la causal tercera, cual es, el de mostrar una probanza que no sólo sea inédita sino también que tenga la suficiente fortaleza para cambiar favorablemente el curso de la decisión cuestionada.

4. Así las cosas, incumplidas las preceptivas del artículo 234 del estatuto procedural, corresponde inadmitir la demanda de revisión.

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

Resuelve:

No admitir la demanda de revisión impetrada contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que encontró responsable de un delito de homicidio agravado a Edgar Díaz Galeano.

Notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortes Garnica, Secretario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
/ ACCIÓN DISCIPLINARIA / COMPETENCIA

El artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal le atribuye a la Corte Suprema de Justicia la facultad de resolver "los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria...", por lo que naturalmente están excluidos los conflictos que surgen en el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria. / La Sala de Casación Penal de la Corte, evidentemente es superior funcional de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, en sus Salas Penal, Civil y Laboral, mas no en la disciplinaria, pues la segunda insisteña, en ese campo de la jurisdicción actualmente está atribuida al Consejo Superior de la Judicatura.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado Acta número 50.

Vistos:

Decide la Sala de Casación lo que corresponde al conflicto negativo de competencia que se suscitó entre los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, a propósito del conocimiento del proceso disciplinario que se adelanta contra el doctor *Carlos Ernesto González Corredor* y el señor *Julio Alberto Vargas Rodríguez*, en calidad de titular y secretario del Juzgado 16 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, respectivamente.

Antecedentes:

En pronunciamiento del 5 de agosto de 1992, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en Sala Disciplinaria, dispuso formular pliego de cargos contra el Juez 16 Laboral del Circuito de dicha ciudad, doctor Carlos Ernesto González Corredor y contra el secretario del mismo

dcespacho, señor Julio Alberto Vargas Rodríguez, para que sin la previa intervención de la Procuraduría, según lo autoriza el Decreto 1888 de 1989, respondieran por la presunta comisión de faltas de carácter disciplinario en el trámite de un proceso ejecutivo laboral, cuyas copias fueron compulsadas por la Sala Laboral de la misma Corporación.

Contestados los descargos y concluida la etapa probatoria, la Magistrada sustanciadora, en auto del 18 de diciembre de 1992, puso en tela de juicio la facultad de vigilancia judicial que pueden ejercer los superiores dentro de la Rama Judicial.

Por otra parte, manifestó que el artículo 1º del Decreto 2270 de 1989, que otorga jurisdicción y competencia disciplinaria al Tribunal Superior de Cundinamarca en todo el territorio del departamento, incluyendo la capital de la República, no se venía aplicando bajo la vigencia de la Constitución de 1886, al amparo de la excepción de inconstitucionalidad, en razón de que tal facultad estaba atribuida en la Ley Fundamental al superior del respectivo funcionario; pero que tal preceptiva desapareció en la nueva Carta, por lo que correspondía a la Sala Disciplinaria del Tribunal de Cundinamarca determinar si asumía o no la función de vigilancia judicial. En consecuencia remitió la actuación a esta última corporación.

Mediante auto interlocutorio fechado el 25 de febrero de 1993, la Sala Disciplinaria del Tribunal de Cundinamarca declaró no ser la competente para examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios judiciales de la ciudad de Santafé de Bogotá, por cuanto el artículo 28 del Decreto 2652 de 1991 dispuso que los procesos y actuaciones en trámite debían proseguir en las Salas de los Tribunales hasta cuando entraren en funcionamiento los Consejos seccionales, evento que no se ha cumplido. Por ello ordenó devolver el expediente a la Corporación de donde provenía, proponiendo colisión negativa de competencia.

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá aceptó la colisión argumentando que en los Distritos Judiciales en donde se crearon Salas Disciplinarias, los nominadores perdieron la competencia disciplinaria, que se desplazó a aquellas, por virtud de lo establecido por el artículo 1º del Decreto 2270 de 1989, sin que ello se modifique por el hecho de que aún no estén funcionando los Consejos seccionales. En estos términos, también se negó a asumir el conocimiento de este asunto, e invocando el artículo 53 del Decreto 1888 de 1989, dispuso la remisión del expediente a la Corte para que se dirima el conflicto.

La Sala considera:

De la simple lectura del artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal se deduce sin lugar a dudas que el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá se equivocó al remitir la actuación a la Corte Suprema de

Justicia, pues a ésta le ha sido atribuida la facultad de resolver "los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria...", por lo que naturalmente están excluidos los conflictos que surgen en el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria.

La Sala de Casación Penal de la Corte, evidentemente es superior funcional de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, en sus Salas Civil, Penal y Laboral, mas no en la disciplinaria, pues la segunda instancia, en ese campo de la jurisdicción actualmente está atribuida al Consejo Superior de la Judicatura, lo que en definitiva implica que es a dicha entidad a la que corresponde definir el conflicto.

En las anteriores condiciones, la Sala se abstendrá de decidir en el fondo el conflicto negativo de competencia y, en su lugar, remitirá el expediente al Consejo Superior de la Judicatura, previa comunicación que se dirigirá a las Corporaciones que intervienen en el incidente.

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

Resuelve:

Abstenerse de resolver la colisión negativa de competencia que se suscitó en este proceso disciplinario.

Disponer que se remita el expediente al Consejo Superior de la Judicatura, para lo de su cargo.

Comuníquese previamente esta decisión a las Corporaciones tratabadas en el conflicto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calleja Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

**DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO
/ ERROR DE DERECHO / CASACION OFICIOSA**

1. Las inferencias probatorias del fallo logradas con arreglo a la sana crítica por observancia de la lógica, las reglas de la experiencia y el global estudio del material de prueba, no son discutibles en casación porque el recurso se halla instaurado para la reparación de los errores de hecho o de derecho, demostrados, que confluyan a una decisión equivocada. / 2. La extralimitación de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas agrava el estado de punición del afectado al privarle de esos derechos y funciones por un tiempo superior al autorizado, ya de por sí notablemente afflictivo, en cuanto esa interdicción se cumple de hecho mientras dura la pena privativa de la libertad pero sólo comienza su efectividad a partir del cumplimiento de ésta, como lo dispone el artículo 55 id... Por lo tanto la Corte habrá de casar en forma parcial y oficiosa la sentencia en guarda del principio de legalidad del proceso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 052.

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 21 de febrero de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual, al confirmarse la de primera instancia, se condena a *Juan Carlos Villegas Ortiz* a la pena principal de once años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautor, en grado de tentativa, de los delitos de homicidio y hurto, ambos agravados, y autor de porte ilegal de armas de defensa personal.

En la misma providencia se condena a José Javier Ninco Herrera (o Silvio Salazar Miranda) como coautor de los dos primeros mencionados delitos a las penas principal de diez años de prisión y accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual.

El recurso extraordinario fue admitido para los dos procesados, pero sólo se consideró ajustada a las formalidades legales la demanda a nombre de Villegas Ortiz.

Hechos y actuación procesal:

Refiere la sentencia de segunda instancia, en resumen que recoge claramente los sucesos materia de la investigación que: "En las horas de la tarde del 14 de diciembre de mil novecientos noventa (en el sector de la carrera 66 con calle 4 de esta capital) los acusados Juan Carlos Villegas Ortiz y Ninco Herrera (o Silvio Salazar Miranda) pretendieron apoderarse violentamente de una motocicleta que poseía Luis Francisco Torres Marín, mientras éste hacía una llamada desde un teléfono público. Al intentar oponer resistencia fue atacado con arma de fuego recibiendo un disparo que le ocasionó herida que le afectó el hígado y el riñón derecho, aparte de otras regiones altamente vulnerables del cuerpo. Gracias a la rápida intervención quirúrgica los médicos lograron salvarle la vida.

"Varios agentes de la Policía auxiliaron a la víctima e hicieron imposible que los asaltantes se llevaran la motocicleta, a tiempo que capturaron a los dos acusados, cuando pretendían abandonar el sector en el vehículo objeto material del hurto" (fl. 11, cuaderno del Tribunal).

Con fundamento en las diligencias preliminares practicadas por la Policía Metropolitana, el Juzgado 77 de Instrucción Criminal abrió la correspondiente investigación penal y en desarrollo de la misma oyó en injurada a los dos capturados, cuya situación jurídica resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva.

El ciclo sumarial fue clausurado el 13 de febrero de 1991 luego de acogerse la reposición interpuesta por uno de los defensores contra el proveído que inicialmente lo había dispuesto, y calificado por el Juez Instructor con la imputación de tentativas de homicidio y de hurto y con el porte ilegal de arma de defensa personal para los dos sindicados, pero esta calificación fue variada por el Juez 16 Superior a propuesta del Ministerio Público y con respaldo legal en el artículo 501 del C. de P. P. de 1987, en el sentido de excluir del pliego de cargos para el procesado Silvio Salazar (o José J. Ninco) el delito de porte ilegal de armas.

Surtida sin especial incidente la fase de la causa, el fallador de la primera instancia profirió sentencia de condena conservando las mismas imputaciones de la calificación en la forma en que había sido

variada, y tasó para los afectados las penas antes referidas, pues el Tribunal Superior del Distrito confirmó en su integridad la decisión al desatar el recurso de apelación que la defensa había instaurado (fls. 1-11, 12 y ss.; 98, 111, 119; 159, 162 y ss., 178; 263, 291 y ss., 340, 367 y ss., 416 cuaderno principal 1, y fls. 10 y ss. cuaderno del Tribunal; 73 y ss. cuaderno de la Corte).

La demanda:

La señora defensora de Juan Carlos Villegas sostiene que la sentencia de segundo grado es violatoria, en forma indirecta, del artículo 324 del C. P., por aplicación indebida, lo mismo que del 247 del C. de P. P.; en tanto que en la misma modalidad indirecta, pero por falta de aplicación, viola el 334 de aquella codificación.

La transgresión, en su sentir, obedece al error de hecho en que incurrió en la evaluación de los testimonios de Angel Francisco Acevedo, Luis Carlos Cárdenas, José Joaquín Ballesteros, Martha Stella González, Néstor León Velásquez y Alberto Arias; en la evaluación de la declaración del ofendido, señor Luis Francisco Torres; en la apreciación de los dictámenes del Instituto de Medicina Legal respecto de las lesiones padecidas por éste, y también, en la valoración de la indagatoria del dicho procesado.

En opinión de la actora, de ninguna de las pruebas relacionadas podía inferirse que la intención del acusado era quitar la vida del ofendido cuando le disparó, porque su propósito se limitó a hurtarle la motocicleta de que era dueño y, sin explicar la razón de su dicho así lo asevera con apoyo en los testimonios de Angel Francisco Acevedo, Martha Stella González, Néstor León Velásquez, Alberto Arias, mientras que de los demás elementos de juicio que glosa consigna algunas lacónicas observaciones como sigue:

Luis Carlos Cárdenas, uno de los agentes de la Policía que intervino en la captura de los implicados, dice la demandante, refirió al Juzgado haberse limitado a preguntarles "por qué habían hecho eso, y que ellos le contestaron, que solamente se iban a robar la moto y como había puesto resistencia por eso le dispararon"; por su lado el también agente José Joaquin Ballesteros relató que uno de los acusados "le dijo que se iban a hurtar la moto, pero que el muchacho se atravezó (sic) tuvieron que quebrarlo"; Luis Alejandro Peña "se limitó a decir que observó que Villegas hizo dos disparos al dueño de la moto"; el procesado "cuando confesó la verdad de lo ocurrido, manifestó que su intención cuando disparó el arma de fuego contra su víctima no fue con la intención de matarlo", sino de intimidarlo para efectuar el hurto de su motocicleta; el mismo ofendido relató que cuando se aferró él a su moto para impedir que los acusados se la llevaran, ante la imposibilidad de que se soltara, uno de éstos

extrajo su arma y sin decirle nada le disparó. En relación con la experticia médico-legal practicada al ofendido, la profesional primero se limita a afirmar que de esa prueba no se podía deducir la intención homicida, y luego, que el Tribunal erró al inferir de ella que las heridas al ofendido "tendían a que éste hubiera podido perder la vida, omitiendo que la conclusión del dictamen, establecen (sic) que fueron lesiones con una incapacidad provisional de 35 días".

Tras una síntesis reiterativa de lo antes dicho, bajo el título de "conclusión", la demandante aduce que la ley de procedimiento exige "que se tenga en cuenta no sólo aquellas circunstancias que desfavorecen al procesado, sino también aquellas que lo favorecen" y alude enseguida a la "ampliación de injurada" de su poderdante en la audiencia pública, para afirmar que "es clara, corresponde a la verdad subjetiva de este hombre que es quien en conciencia puede decírnos cuál fue su verdadera intención en referencia con su víctima, cuando disparó", destacando seguidamente, que el disparo tuvo como único propósito "poder llevarse la moto, lesionando al opositor, mas no matándolo, porque hubiera quedado muy fácil causarle la muerte al señor Torres, quien no tenía para defendérse más que su humanidad".

Cuestionando la atribución del dolo homicida a su cliente, afirma que el fallo contiene "error de hecho, proveniente de la apreciación errónea del acervo probatorio al tergiversarla, inobservando que el sujeto activo, actuó con la intención de lesionar a su víctima, debiendo entonces ubicar su comportamiento dentro del tipo respectivo de lesiones personales y no como se hizo"; y finalmente, solicita la casación parcial "en cuanto hace a la condena por el delito tentado de homicidio agravado" para que la Corte "constituyéndose en sede de instancia dicte la que en derecho corresponda".

Concepto del Ministerio Público:

De la pretensión de la casacionista se aparta el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal porque considera que la demanda se erige, tanto con desapego a la técnica que gobierna el recurso, como sobre fundamentos argumentales totalmente deleznables.

Puntualiza que el escrito no demuestra error apreciativo ninguno por parte del fallador sino que se orienta a discutir su juicio valorativo de la prueba, contraponiendo la posición particular de la demandante a la de éste, lo cual no tiene cabida en el recurso de casación porque tal juicio "prevalece sobre el de cualquier sujeto procesal por estar amparado por la doble presunción de legalidad y acierto, en tanto esté sometido a la objetividad de la prueba, las reglas de la lógica en el razonamiento y la experiencia humana". Así mismo, el funcionario rebate con algunas precisiones el comentario de la actora respecto a la inexistencia de intención homicida, que ella simplemente afirma sin ocuparse de demostrar los yerros de apreciación probatoria que

determinaron su inferencia; para finalizar, añade que la censora no señala la modalidad de error de hecho que pudo cometer el *ad quem* al valorar la prueba.

Consideraciones de la Corte:

El cargo que conforma la demanda debe desestimarse en virtud de las varias e insalvables falencias que su fundamentación exhibe. Como primera medida, la demandante afirma que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar las pruebas que relaciona en su escrito, pero, como bien lo advierte el Ministerio Público, omite indicar, dentro de esa clasificación del error posible de alegar en casación, la modalidad que llevó a la expedición del fallo en el sentido y por los hechos que ocasionan su protesta, pues se conforma con anotar al final de su discurso que tal error provino de "la apreciación errónea del acervo probatorio al tergiversarla (sic)", confundiendo así el objeto del posible yerro al transferirlo de la prueba al juicio valorativo de la misma.

En segundo lugar, y como efecto connatural a esa omisión conceptual, se sustraer a todo motivo de casación previsto en la causal primera del artículo 226 del C. de P. P. al internarse en el cuestionamiento del crédito que el sentenciador confirió a determinados medios de prueba, controvirtiendo el juicio valorativo de éste, obtenido, como lo enseñan las decisiones de las instancias, en plena observancia de los principios gobernantes de la prueba, por persuacción racional y un lógico y global estudio del material fáctico demostrativo como desarrollo de la facultad otorgada al juez por el legislador (art. 253 del C. de P. P. de 1987), y buscando de esta manera la profesional, que su criterio prevalezca sobre el del fallador porque sus conclusiones personales apuntan a la ausencia de dolo homicida en su patrocinado, no por consecuencia de la demostración de un posible error de hecho, sino porque sencillamente en su opinión el grado de credibilidad del fallador debió determinarlo así.

Tal es lo que sucede cuando propende porque a los testimonios de Luis Carlos Cárdenas, José Joaquín Ballesteros y Luis Alejandro Peña, lo mismo que a la declaración del ofendido, y a los peritajes médico legales sobre las lesiones que recibió éste se les interprete como señaladores de falta de intención homicida por parte de su pederdante al disparar contra el propietario de la motocicleta que éste y su compañero de ilícitudes pretendían hurtar, pruebas todas respecto de las cuales brilla por su ausencia todo señalamiento de error valorativo, pero que aparecen signadas por el arbitrario querer interpretativo de la actora.

El razonamiento plasmado en la demanda, en discusión de la credibilidad que a la prueba el Tribunal confirió, complementado con alusiones a que el error respecto de algunas otras fuera de las prece-

dentemente anotadas consistió simplemente en haberlas valorado —tales los testimonios de Angel Francisco Acevedo, Martha Stella González, Néstor León y Alberto Arias—, no sólo contradice el principio rector de la sana crítica vigente en materia procesal penal para el juez, sino que desconoce las ya muy reiteradas advertencias de la Corte en el sentido de que las inferencias probatorias del fallo logradas con arreglo a la sana crítica por observancia de la lógica, las reglas de la experiencia y el global estudio del material de prueba, no son discutibles en casación porque el recurso se halla instaurado para la reparación de los errores de hecho o de derecho, demostrados, que confluyan a una decisión equivocada.

Pero además, y como una protuberante falla adicional de la demanda, se alza el aducir en el último aparte de su "conclusión" que "comprometer la responsabilidad del señor Villegas, a título de tentativa de homicidio agravado, es un error de hecho, proveniente de la apreciación errónea del acervo probatorio al tergiversarla, inobservando que el sujeto activo, actuó fue con la intención de lesionar a su víctima, debiendo entonces ubicar su comportamiento dentro del tipo respectivo de lesiones personales y no como se hizo", pues está claro con esta aserción, que la inconformidad de la actora estriba es en la calificación jurídica de una de las conductas imputadas a su cliente, que considera errada: No acepta que éste hubiera cometido el delito tentado de homicidio agravado, sino el de lesiones personales.

Así la situación, fuerza es declarar que esta censura no tiene operancia a través de la causal primera de casación, sino de la tercera, pues sólo la nulidad podría remediar yerro de esa naturaleza en el evento de haberse producido, en cuanto situación tal afecta el proceso desde su calificación, y la sentencia no puede, en sede de casación, expedirse en disonancia con los cargos formulados en la resolución acusatoria. El cargo, en consecuencia, no puede prosperar.

Además, no existe base procesal alguna que impulse a la Corte para ejercer aquí su función de control oficiosamente respecto al plantearimiento en referencia.

La casación parcial oficiosa:

Pese a la inaptitud del cargo, la Corte habrá de casar en forma parcial y oficiosa la sentencia, en guarda del principio de legalidad del proceso (arts. 228 y 229, numeral 1º del C. de P. P.), pues el Tribunal confirmó la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que el Juzgado Superior le había tasado al procesado Villegas Ortiz en once (11) años sin sujeción al límite establecido en el artículo 44 del C. P., que en su máximo llega a diez si no que pueda rebasarse so pena de desconocimiento de la legalidad de la pena, pese al paralelismo que prevé el artículo 52 del mismo Estatuto entre esa clase de sanción accesoria y la principal de prisión, pues la extralimitación agrava

el estado de punición del afectado al privarlo de esos derechos y funciones por un tiempo superior al autorizado, ya de por sí notablemente afflictivo, en cuanto esa interdicción se cumple de hecho mientras dura la pena privativa de la libertad pero sólo comienza su efectividad a partir del cumplimiento de ésta, como lo dispone el artículo 55 *idem*.

Se reducirá, por tanto, al procesado recurrente, en un año la sanción accesoria a que se viene haciendo mención, permaneciendo incólume en las demás determinaciones el fallo de segundo grado objeto del recurso.

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

Resuelve:

Casar parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de imponer al procesado Juan Carlos Villegas Ortiz la pena accesoria de diez (10) años de interdicción de derechos y funciones públicas. En lo restante, sin modificación el fallo. En firme vuelva el proceso a la oficina de origen.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresnedo, Jorge Carreño Luengos, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

AUDIENCIA PÚBLICA / PARTES / FISCALIA

Fue voluntad expresa del legislador —plasmada en el artículo 13 transitorio del nuevo compendio procedimental—, que los procesos en que se hubiere dado comienzo a la audiencia pública continuaran bajo el régimen ritual anterior, entendiéndose por tal no la simple fijación de la fecha, sino el comienzo real de la diligencia. La explicación es clara. Con el nuevo procedimiento se creaba otro sujeto procesal, el fiscal declarándose obligatoria su presencia. No resultaría lógico que, luego de avanzado el debate público irrumpiera sorpresivamente una nueva parte, lo que obligaría a retrotraer la diligencia hasta sus inicios, con el consiguiente perjuicio para los intervenientes. Se determinó, por tanto, que si ya había comenzado la audiencia, continuara el proceso bajo las antiguas reglas. Pero si esto no había sucedido no existía dificultad alguna para que en la controversia ocupara su lugar el delegado de la Fiscalía General de la Nación, en su papel de acusador. Hoy con la introducción de un sistema acusatorio adecuado a las condiciones históricas del país, se creó la Fiscalía con el fin de reprimir el delito y obtener el castigo de los responsables, ejerciendo una función instructora y acusadora dentro de la Rama Jurisdiccional a la cual pertenece, quedando en cabeza del Ministerio Público la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. Cada cual, por consiguiente, tiene una competencia diferente por lo que la presencia del uno no puede suplir la ausencia del otro.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.
Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobado Acta número 52.

Vistos:

Decide la Corte sobre la apelación interpuesta contra la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Ibagué contra José

Augusto Hernández Vargas, Exjuez Promiscuo Municipal de Alpujarra (Tolima), por el delito de prevaricato por acción.

Hechos:

En pretérita ocasión la Sala los resumió en los siguientes términos:

"Denunció Carlos Alberto Salas Lozada, quien se desempeñaba como escribiente grado cuatro del Juzgado Promiscuo Municipal de Alpujarra, algunos comportamientos atribuibles al doctor José Augusto Hernández Vargas, en su carácter de titular del citado despacho judicial, que en su sentir podrían constituir infracciones a la ley penal, así:

"1. Exigir al secretario del Juzgado a su cargo, que recibiese una máquina de escribir que entregó la Alcaldía, a cambio de otras que habían sido dadas para su arreglo.

"2. Dictar a un empleado del despacho del cual era titular, un memorial de desistimiento y darle el trámite correspondiente decretando la cesación de procedimiento, dentro del sumario seguido contra Gentil Cardozo Pedraza y Robinson Pedraza Heredia, por el delito de hurto.

"3. Dar curso a un escrito de renuncia a la acción penal, y ordenar la cesación de ésta, en el juicio seguido contra Florentino Peña Florián por abuso de confianza, cuando el documento no estaba suscrito por el ofendido.

"4. Diligenciar la solicitud elevada por Jairo Iván y Campo Elias García Esquivel, relacionada con el desistimiento de la acción, a pesar de no hallarse suscrita por todos los perjudicados con la infracción y de tratarse el hecho punible allí investigado de un hurto calificado.

"5. Dictar auto de detención sin derecho a la excarcelación contra Eleázar González, sindicado de lesiones personales, cuando la incapacidad señalada al ofendido fue de veinte días sin secuelas, y éste había dimitido de la acción.

"6. Imponer a Hollman Hernández Hernández la pena de veinticuatro meses de prisión cuando la correcta era de dos meses de arresto, pues se le juzgó por lesiones personales en donde se fijó a la víctima treinta días de incapacidad.

"7. Condenar a Luis Otárlora González a doce meses de prisión por lesiones personales de las que fue sujeto pasivo Benjamín Narváez Castro, cuando se daban circunstancias similares a las mencionadas en el numeral anterior.

"8. Adulterar constancia secretarial acerca del recibo de una demanda ejecutiva a la cual no se había allegado el respectivo título valor, mediante el cambio de la palabra 'sin' por el término con; y

"9. Entregar copias del proceso seguido contra Luis Alfonso Arias Pacheco, al mismo sindicado, sin que se hubiese suscrito la correspondiente diligencia de compromiso de no violar la reserva sumarial".

Sinopsis procesal:

Temprano, la investigación iniciada por el Tribunal Superior de Ibagué, comprobó la calidad de Juez Promiscuo Municipal de Alpujarra que le asistía a José Augusto Hernández Vargas para la época de los acontecimientos denunciados. A la par se practicaron inspecciones judiciales sobre los procesos cuestionados y se oyeron las versiones de quienes en una u otra forma conocieron de los hechos o sufrieron sus consecuencias.

La indagatoria del funcionario también tuvo lugar para escucharle sus explicaciones. Califica sus actos como ajustados a la ley amén de gobernados por la buena fe y la justicia.

Con fundamento en la suma probatoria, el Tribunal dictó en contra del procesado una resolución de acusación por los delitos de prevaricato por asesoramiento ilegal (dictar a uno de sus empleados un memorial de desistimiento y darle el trámite correspondiente) y prolongación ilícita de la libertad (dictar auto de detención, sin beneficio de excarcelación, por un delito de lesiones personales que no lo ameritaba).

En el mismo proveído profirió cesación de procedimiento por la conducta de haber exigido a su secretario la recepción de una máquina de escribir proporcionada por la Alcaldía a cambio de otras que habían sido dadas para su arreglo, haber diligenciado una solicitud de desistimiento de la acción a pesar de no estar suscrita por todos los perjudicados y de tratarse de un hurto calificado, y haber entregado copias de un proceso al sindicado sin suscribirse la diligencia de reserva sumarial.

Además, decretó la reapertura de la investigación por haber tramitado una renuncia a la acción penal sin que el documento estuviera suscrito por el ofendido, por imponerle a un procesado la pena de veinticuatro (24) meses de prisión en vez de la de dos (2) meses que le correspondía en derecho, por hacer lo propio con otro procesado al condenarlo a doce (12) meses de prisión, y, finalmente, por adulterar una constancia secretarial haciendo figurar que una demanda ejecutiva se había allegado con el título valor.

Apelada la providencia, la Sala revocó la resolución de acusación dictada en contra del funcionario por el delito de prevaricato por asesoramiento ilegal, decretando en su lugar la cesación de todo procedimiento. En cuanto a la prolongación ilícita de la libertad, modificó la denominación jurídica a prevaricato por acción, confirmando el llamamiento a juicio. En consecuencia, se dejaron sin efecto las medidas de aseguramiento de conminación y caución prendaria, imponiéndole la de detención preventiva y concediéndole la libertad provisional. En lo referente a la reapertura de la investigación, los comportamientos atinentes al trámite dado a la renuncia a la acción penal y la presunta adulteración de la constancia secretarial también fueron revocados profiriéndose en su lugar una cesación de procedimiento. No sucedió lo mismo con la imposición ilegal de penas, conducta que la Corte estimó merecedora de la resolución de acusación. Por último, la Corporación estimó pertinente que la jurisdicción disciplinaria conociera de su comportamiento para lo cual ordenó la compulsación de las copias de rigor. El expediente regresó al Tribunal.

Luego de negar la práctica de algunas pruebas solicitadas por la defensa por insuficiencia de motivación, el Tribunal ordenó el avalúo de los perjuicios causados con el punible. Cumplida la tarea, se celebró la diligencia de audiencia pública, profiriéndose, a seguida, la sentencia correspondiente, disponiendo absolver al procesado de los cargos que motivaron su convocatoria a juicio. El desacuerdo del Fiscal Primero (1º) Delegado con la decisión tomada, lo llevó a recurrir en apelación ante esta Colegiatura.

La sentencia de primera instancia:

El proveido habla, en primer término, de la certeza que debe existir para proferir una sentencia de carácter condenatorio y de la observancia del principio de legalidad, cuyo estricto cumplimiento se dio en el proceso. Luego resalta el pronunciamiento anterior de la Sala sobre su rechazo a la presunta ignorancia como razón explicable de los actos que se le reprochan, enfrentándola a las tesis esgrimidas por la Delegada y el salvamento de voto, en el que se acepta como hecho cierto.

A renglón seguido recuerda el Tribunal el carácter doloso que le asiste al delito de prevaricato, por lo cual "... la función del juzgador está encaminada a descubrir ese propósito...". Se hace necesario el examen de los antecedentes del hecho imputado, los motivos determinantes, los afectos, desafectos e intereses personales, pues "...no puede pensarse en un comportamiento delictivo que tenga como propósito único el de violar la ley".

Enfatiza, entonces, sobre el deseo de venganza que animó al denunciante para poner en conocimiento de la justicia los actos que hoy se le reprochan al procesado pues éste lo había denunciado como

concusionador, consiguiendo su condena. Sin embargo, aclara que estas circunstancias, no "desdibujan la materialización de los comportamientos en cuestión". Incluso, recuerda que el propio Salas, no empece su interés por comprometer a su superior, apenas tilda de "anomalías" las conductas denunciadas, al tiempo que el secretario del Despacho apenas se limita a decir que "erraba no por falta de experiencia". No hay, por tanto, "... cómo deducir dolo de parte del procesado...", es su conclusión.

Tampoco, anota el fallador, se observa algún tipo de antipatía o animadversión en el acusado hacia quienes fueron objeto de su comportamiento irregular. Mucho menos, se sabe en el proceso de que albergara respecto de ellos algún sentimiento de amistad. Obró, por tanto, de buena fe, explicándose la actuación en "... su ignorancia en la estimación de los hechos y en la selección de las normas...".

Confirma el aserto el hecho de "...que el funcionario todavía no lo reconoce, pues cree que obró con suficiente criterio jurídico y así en alto orgullosoamiento dc seguido lo predica, haciendo hincapié de que en donde desempeñó tan alta y delicada investidura, dejó profundas huellas de certeza y sabiduría". Además, argumenta el fallador, quien prevarica "...por lógica esconde o disimula el comportamiento...", pero Hernández, en cambio, "hace alarde" de su conducta, "... signo inequívoco de su buena fe y de su ignorancia supina...". Su conducta, por tanto, se ubica en el numeral 4º del artículo 40 del C. P., lo cual obliga a su absolución, pues no se halla la certeza exigida para dar por acreditado el dolo.

En lo que se refiere a la solicitud de nulidad elevada por el Fiscal de la Corporación por haberse realizado la audiencia pública sin el concurso del Fiscal Delegado, el Tribunal la rechaza por haber sido presentada por fuera de término. Además, pone de presente que la actuación se rige por el código procesal anterior, y que una repetición de la vista pública "...le acarrearía (al procesado) al menos nuevos cargos económicos...". Igualmente, "... Ofende a la razon, el que de haberse celebrado la audiencia pública en aquella ocasión, el acto tuviera plena validez, y con los mismos presupuestos semanas después, ya no lo tenga". De otra parte, las notificaciones pertinentes que señalaban la fecha del debate público se notificaron en debida forma, por lo que el Tribunal "... no tiene la culpa ..." de la inasistencia del Fiscal, amén de que quien "...con su conducta ha coadyuvado a la ejecución del acto irregular, no puede invocar la nulidad alegada". Finaliza su proveído advirtiendo que la existencia de la nulidad se funda en el socavamiento de las bases mismas del juzgamiento, hecho que no sucedió en este asunto, pues "... ninguno de los sujetos procesales aparece afectado con la ritualidad del mismo, ni la sociedad aparece desamparada, porque desde el punto de vista práctico jurídico, observamos, que quien representa a la sociedad, pidió que el procesado fuera condenado, su apoderado lo contrario, porque reclamó

su absolución: de suerte que cualquiera que sea la solicitud del señor Fiscal en la pretendida audiencia pública los extremos aparecen cumplidos".

La sustentación del recurso:

El recurrente, en primer término rechaza el cargo de ser el responsable de la inasistencia de la Fiscalía a la audiencia pública. Aclara entonces que, a diferencia de los demás procesos que el primero (1º) de julio de mil novocientos noventa y dos (1992) fueron enviados a la Fiscalía General de la Nación por la entrada en vigencia del nuevo estatuto procedural, del presente no se dio aviso de su existencia, ni se solicitó la designación de un fiscal delegado para que interviniere en él, como sucedió en el caso de los demás Juzgados del Circuito. Solamente hasta el veintinueve (29) de julio, un día después de celebrada la audiencia pública, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal, tuvo noticia de él, nombrándose al memorialista como Fiscal Primero (1º) Delegado ante dicha Colegiatura, el treinta y uno (31) de julio siguiente.

Hechas las anteriores precisiones, el fiscal recurrente aborda el tema en cuestión, analizando los diversos argumentos de la Corporación para negar la nulidad impetrada. El primero, la extemporaneidad que la solicitud, conllevaría "...al absurdo de predicar que no es posible alegar la existencia de nulidades originadas en la etapa del juicio, y únicamente se podría debatir su existencia en el recurso de casación...". Lo que sucede es que no se analizó el verdadero sentido de la norma pues, de acuerdo con su tenor, se refiere a las nulidades que han tenido ocurrencia dentro del sumario. Como la que se alega sucedió en la etapa del juicio, no podía recibir el tratamiento que se le dio, estándose en presencia de una nulidad absoluta, declarable de oficio.

Respecto a la aplicación ultractiva del estatuto procedural derogado, considera que sólo basta citar el artículo 13 transitorio del vigente, que aclara la aplicación de aquél únicamente en el evento de que se haya iniciado el debate público. Cuanto a la referencia que hace el Tribunal sobre la Ley 153 de 1887, el funcionario apelante aclara que esta norma es de carácter supletorio pues sólo tiene aplicación en el evento de que las normas, en su propio cuerpo, no contengan la solución adecuada para el caso, lo que no sucede con el referido artículo 13, por lo que los procesos en los que se hubiese iniciado la audiencia pública tenían que adaptarse al nuevo ordenamiento penal.

En lo que tiene que ver con la calificación de "irregularidad bagatela", que se le endilga a su inasistencia, responde que es de tal entidad que hace absolutamente nula la actuación, pues además de

estar incluida en el numeral 2º del artículo 304 del C. de P. P., se erige en nulidad constitucional al violarse el debido proceso.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la decisión mayoritaria del Tribunal, prohíba los argumentos del magistrado disidente, por encontrarse respaldados en la providencia de la Sala que dispuso dictar en contra del procesado una resolución de acusación. En lo que se refiere a los argumentos que respaldan su aserto, se remite a los de la "primigenia petición de nulidad" para que sean tenidos en cuenta por esta Colegiatura al momento de desatar el recurso.

Solicita, por tanto, la declaratoria de nulidad de todo lo actuado "...desde la afectación del vicio, y en subsidio la revocatoria de la absolución, para que se profiera la consecuente condena".

La Corte:

1. La Sala se refiere en primer término a la petición de nulidad que concreta el impugnante pues de asistirle la razón, resultaría inane acometer el estudio de fondo de la cuestión ante la necesidad de reponer el proceso en la porción afectada por la irregularidad.

2. Alega el recurrente que la audiencia pública se efectuó sin su presencia, por lo cual el proceso se encuentra afectado por una irregularidad sustancial que amerita la nulidad de todo lo actuado a partir del acto en mención. El Tribunal no acoge su pedimento por considerar que ninguno de los sujetos procesales resultó afectado con la ausencia ya que quien representa a la sociedad pidió la condena del imputado, al tiempo que su defensor solicitó su absolución, "... de suerte que cualquiera sea la solicitud del señor Fiscal en la pretendida audiencia pública los extremos aparecen cumplidos...".

3. Antes de responder la inquietud planteada, las palabras de la Sala de Decisión, citadas anteriormente, suscitan las siguientes reflexiones:

3.1. Sea lo primero advertir que el presente proceso se rige por el comprendido procesal vigente, por mandato expreso de su artículo 13 transitorio. En él se expresa que, al entrar en vigencia, únicamente los procesos en los que se hubiese iniciado la audiencia pública, se regirán por el estatuto anterior.

En el caso en comento, aunque se citó para su celebración en fechas anteriores al primero (1º) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), únicamente se pudo realizar hasta el veintiocho (28) de julio, cuando ya el estatuto de 1992 se encontraba en plena vigencia.

3.2. Le asiste razón al apelante cuando advierte la inaplicabilidad para el presente asunto de la Ley 153 de 1987. En efecto, es cierto, según lo explica el Tribunal, "...que los términos que hubieren em-

pezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación"; sin embargo, esta ley general no tiene aplicación en presencia de una de carácter especial. En el acto *sub examine*, fue voluntad expresa del legislador —plasmada en el artículo 13 transitorio del nuevo compendio procedural— que los procesos en que se hubiere dado comienzo a la audiencia pública continuarán bajo el régimen ritual anterior, entendiéndose por tal no la simple fijación de la fecha, como lo entiende el Tribunal de Ibagué, sino el comienzo real de la diligencia.

La explicación es clara. Con el nuevo procedimiento se creaba otro sujeto procesal, el Fiscal, declarándose obligatoria su presencia. No resultaría lógico que, luego de avanzado el debate público, irrumpiera sorpresivamente una nueva parte, lo que obligaría a retrotraer la diligencia hasta sus inicios, con el consiguiente perjuicio para los intervenientes. Se determinó, por tanto, que si ya había comenzado la audiencia, continuara el proceso bajo las antiguas reglas. Pero si esto no había sucedido no existía dificultad alguna para que en la controversia ocupara su lugar el delegado de la Fiscalía General de la Nación, en su papel de acusador.

En este evento, aunque fueron fijadas varias fechas, sólo hasta el veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) se realizó efectivamente, momento en el cual la nueva sistemática procedural se encontraba vigente. Correspondía, por tanto, seguir sus reglas para culminar debidamente el proceso.

3.3. La intervención de los sujetos procesales a lo largo de toda la actuación, en especial de la audiencia pública, no se limita a conseguir la absolución o la condena del procesado, como con simpleza lo advera el Tribunal. La actuación de las partes es más compleja. Cada cual tratará de demostrar el alcance jurídico del comportamiento imputado al reo. Bien planteando un mayor o menor grado de responsabilidad, ora agitando su inocencia o su absolución por concurrir alguna causal de antijuridicidad o inculpabilidad, sin olvidar el monto de los perjuicios, etc. Es claro, por consiguiente, que para llegar a una conclusión definitiva, el debate ha de verse enriquecido por los diferentes enfoques que cada interveniente proporcione en defensa de sus intereses.

3.4. Ahora bien, resulta inexplicable que el Tribunal asimile las funciones de la Fiscalía General de la Nación con las del Ministerio Público. Recuerdese su advertencia acerca de que "... la sociedad no aparece desamparada...", por haber asistido el Procurador Judicial en lo Penal. Estas palabras habrían sido válidas en vigencia del antiguo ordenamiento en que una sola entidad cobijaba ambas concepciones. Hoy, con la introducción de un sistema acusatorio adecuado a las condiciones históricas del país, se creó la Fiscalía con el fin de reprimir el delito y obtener el castigo de los responsables, ejerciendo

una función instructora y acusadora dentro de la Rama Jurisdiccional a la cual pertenece, quedando en cabecera del Ministerio Público la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. Cada cual, por consiguiente, tiene una competencia diferente por lo que la presencia del uno no puede suplir la ausencia del otro.

4. Así las cosas, en el caso en estudio, el que hubiese asistido el representante de la Procuraduría no subsanaba la irregularidad sustancial que se generó con la inasistencia del Fiscal que era obligatoria, según el mandato expreso del artículo 452 de la sistemática vigente. Le asiste, pues, razón al recurrente en su pedimento, debiéndose declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia pública, inclusive.

5. Como obvia consecuencia de lo anterior, la Corte no acomete el estudio de la sentencia absolutoria, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué.

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

Resuelve:

Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de audiencia pública, inclusive, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páes Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Corlés Garnica, Secretario.

UNIDAD PROCESAL / NULIDAD / AUTOR
/ DETERMINADOR

1. La jurisprudencia de los últimos tiempos siempre enfatizó en desconocer el aspecto (rompimiento de la unidad procesal) como incidente en un fenómeno de nulidad, pues la irregularidad bien podría superarse con la expedición de copias, de no haberse ordenado la investigación de algún delito o de algún delincuente, o con el eventual suceso jurídico de acumulación de causas o con la traslación de diligencias, etc. Hoy en día la cuestión todavía es más evidente cuanto tal sesgo interpretativo lo ha recogido expresamente la legislación para restarle esa connotación (art. 88, segundo inciso) y se prevé (art. 505, C. de P. P.) una expresa solución a la eventual acumulación jurídica de penas, en procesos que debiéndose haber fallado en una misma sentencia, lo fueron en providencias separadas. / 2. Sin dejar de reconocer la diferencia específica que existe entre autor material o directo de la conducta delictuosa ("el que realice el hecho punible" —art. 23, C. Penal—) y determinador de la misma hace que otro lo realice o determine a otro a realizarlo —art. 23 ibidem—, no es menos evidente que las dos señaladas formas de coparticipación criminal reciben un mismo tratamiento penal (incurren en la misma pena prevista para la infracción —art. 23 ejusdem—). Este especial miramiento legislativo, que corresponde a corrientes del derecho penal muy en boga para la época de la composición del C. Penal, implica obligadamente que cuando se trata de deducir agravantes, en las cuales se dio una conjugación o unidad de conocimiento y voluntad, las consecuencias de las mismas deben cargarse por igual tanto al autor como al determinador.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Vélez.

Aprobado Acta número 49, mayo 27 de 1893.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 27 de marzo de 1992, impuso a *Alfonso González Copete*, por los delitos de "falsedad en documento público y estafa" treinta y seis (36) meses de prisión, como también las accesorias pertinentes.

El recurso y la demanda se admitieron, respectivamente, en autos de diecisiete de junio y septiembre dos de 1992.

Hechos:

Efrain González Copete y su madre Lucía Copete viuda de González, eran dueños, por partes iguales, de un terreno ubicado en Fontibón (carrera 113 número 36A-34). A principios del mes de marzo de 1981, el primero de los mencionados se ausentó del país rumbo a México y no volvió a saberse de él.

En estas circunstancias, su esposa y un hijo de este matrimonio, procedieron a cercar el inmueble y levantar allí dos piezas, siendo lanzados, como ocupantes de hecho, mediante una querella de Policía promovida por Alfonso González Copete, quien aparecía como dueño de ese predio, por adquisición del mismo a José Ignacio Rojas Hernández. Esto vino a descubrir lo ocurrido, o sea, que el procesado consiguió que un tercero le elaborara una autorización de su consanguíneo, para poder disponer de ese bien, dándose entonces una falsa autenticación de la firma de Efrain González Copete. Con este documento se enajenó el inmueble al citado Rojas (escritura número 11802, 31 de diciembre de 1983, Notaría 5^a de Santafé de Bogotá).

El denunciante, Efrain González Ruiz, manifestó que para la fecha de la autorización, su padre ya estaba fuera del país, ignorándose su paradero e incluso si seguía con vida. También advirtió que la firma no correspondía a la que era usual en su progenitor, situación que confirmó la pericia grafotécnica.

Breve reseña procedimental:

La averiguación fue asumida por el Juzgado 95 de Instrucción Criminal, la que pasó al Juzgado Sexto Superior, despacho que sobreseyó temporalmente a Alfonso González C. (enero 19 de 1987), volviendo a calificar el sumario en auto de 10 de diciembre de 1987, con un llamamiento a juicio por el delito de "falsedad en documento privado", decisión que recurrida fue confirmada por el Tribunal (agosto 9 de 1988), con la adición de otro cargo: El delito de estafa. Vuelto al Juzgado, éste dictó sentencia de conciencia (cuarenta y cuatro meses de prisión y multa en cuantía de ochenta mil pesos). Recurrido el fallo, el Tribunal, por intermedio de otra Sala, la presidida por la doctora

Gloria Inés Segovia Quintero, declaró la nulidad de lo actuado porque el delito de falsedad debía entenderse como cumplido en documento público (diciembre 3 de 1990). El Juzgado Sexto Superior, en acatamiento a lo anterior, produjo una nueva calificación (enero 30 de 1991) por la dicha falsedad (arts. 220 y 222), como delito más grave, y por la estafa. Cumplido el trámite de rigor, profirió sentencia en la cual determinó una pena de treinta y seis (36) meses de prisión, olvidando ordenar la cancelación de la correspondiente escritura (que el Tribunal corrigió) y lo referente a la multa (que el Tribunal dejó pasar por alto) y otorgó la condena de ejecución condicional, que también al igual que la sanción privativa de la libertad, confirmara el Tribunal en fallo que ahora se recurre en casación.

La demanda:

A. Con apoyo en el artículo 226-3 (hoy 220-3) se invoca la nulidad por violación al derecho de defensa.

Al respecto se anota la omisión de varias pruebas, las cuales en la respuesta que dará la Sala, se determinarán, así como su trascendencia en el juzgamiento de la conducta del procesado.

Conviene advertir que en este cargo también se dice: "Incurrió en manifiesto error de derecho el honorable Tribunal sentenciador al no echar de menos que era necesario que la referida 'autorización', cuyo uso fue hecho por el procesado, no se había propuesto la tacha de falsedad de que estaba revestido por tratarse de un documento público, y la falsedad de que estaba revestido era la falsedad material y su declaratoria era función potestativa del Juez Civil, mediante el procedimiento establecido por el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil.

"Atrás dijimos que la única persona idónea para impugnar la declaración de voluntad plasmada en la tantas veces mencionada o mencionada 'autorización', era el propio Efraín González Copete, haciendo acto de presencia física en la Notaría Quinta (5^a), de Bogotá, o una vez abierta la investigación, ante el juez penal, para reconocer su firma o tacharla de falsa. Los cotejos o dictámenes grafológicos resultan insuficientes para demostrar la falsedad del documento.

"No fue allegado al proceso el certificado de defunción del señor Efraín González Copete, o copia debidamente autenticada de la sentencia de presunción de muerte por desaparecimiento, únicos medios probatorios capaces para reemplazar el reconocimiento del documento por parte del signatario Efraín González Copete".

Con base en el artículo 226-3 (hoy 220) del C. de P. P., se afirma la existencia de "irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso" relacionándose la cuestión con la no declaratoria de prescripción

que se evidencia en autos y que se trata de precisar de este modo: "Ni una sola prueba existe en el expediente que señale al señor Alfonso González Copete, sea el autor de la falsificación de la firma del señor Efraín González Copete. Ante esta evidencia, la imputación del acto de la falsificación material del documento no se puede radicar en cabeza del procesado por falta de toda prueba para hacer descansar sobre tal medio probatorio la falsedad material de la falsificación de la firma del señor Efraín González Copete. Ante esta evidencia procesal, no se puede predicar que el procesado haya sido el autor material de la falsificación del documento. Entonces es forzoso concluir que si el procesado no fue el autor material de la falsificación del documento, no se puede responsabilizar de ser el autor de tal delito y entonces la agravante deducida en el pliego de cargos y en la sentencia desaparece y en consecuencia, la agravante del inciso 2º del artículo 222 del Código Penal, desaparece, para dar lugar a la aplicación sin agravantes de los artículos 220 y 222 del Código Penal. Entonces, sin concurrir la agravante mencionada que fue tasada por el Tribunal con aumento de cuatro años más, la prescripción reclamada se debe aplicar, teniendo en cuenta que hasta cuando quedó ejecutoriada la *resolución de acusación*, ya habían transcurrido más de 11 años desde la iniciación de la investigación, u ocurrencia de los hechos".

C. Con apoyo en el artículo 226-1 (hoy 220-I) del C. de P. P. se impugna la sentencia "por el motivo de violación indirecta de la ley sustancial, error que se reflejó en la aplicación indebida en la sentencia de los artículos 220 y 222 del Código Penal, que son normas de derecho sustancial".

Y anótase: "Incurrió el honorable Tribunal, sentenciador en manifiesto error de derecho, al darle aplicación en la sentencia a los artículos 220, 222, inciso 2º, y el artículo 356 del Código Penal, especialmente al considerar que se debía aplicar la agravante contemplada en el ordinal 2º, del artículo 222 del Código Penal que dice: 'Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad'.

"El acto material de la falsificación, de la autorización visible a folio 26 del cuaderno principal, no se le puede imputar al señor Alfonso González Copete, en razón de que el expediente no arroja la prueba plena y completa del acto material de la falsificación de la mencionada falsificación —sic— firmada y presentada ante el Notario 18 de Bogotá, por el señor Efraín González Copete".

En este segmento de la acusación se advierte que la prueba grafológica no es prueba plena y su complementación no pudo darse mediante el testimonio de Efraín González Ruiz, al que tilda de sospechoso, "como lo sostiene Mittermaier en su obra: La Prueba Penal".

D. Dentro del ámbito de la violación indirecta, afirmase del fallo un "error manifiesto en la falta de apreciación de una prueba como

fueron los elementos estructurales de la *duda*, plenamente demostrados en los autos pero que fueron pasados por alto por el honorable Tribunal sentenciador que los dio por ignorados".

Y sobre el particular, expresa el libelo:

"a) El Tribunal sentenciador dispuso se compulsaran copias para investigar por separado el delito de 'falsa atestación notarial', y el engaño al Notario 18 de Bogotá.

"Sin haberse practicado esta prueba, surge la duda sobre si el procesado verdaderamente engañó al Notario y ejecutó personalmente el acto de falsa atestación notarial. Siendo estos delitos conexos, conforme al artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, puesto que si en verdad se cometió el delito de 'falsa atestación notarial', y engaño al Notario 18 de Bogotá, este delito no puede coexistir independientemente del delito de falsedad de particular en documento público junto con el de estafa. Romper la *conexidad* existente entre estos delitos conllevaría romper la *unidad procesal*, en perjuicio de los derechos y garantías del procesado.

"b) Nunca se despejó la duda de si en realidad el señor Efraín González Copete, había salido del país con destino a la ciudad de México, y si estaba vivo o muerto. Esta duda emerge en forma nítida y distinta de las páginas del expediente y como nunca se esclareció este hecho, la duda sigue flotando en el ambiente procesal.

"c) El dictamen grafotécnico del Instituto de Medicina Legal, nunca afirmó que las 'dos firmas puestas en *duda*' fueron colocadas de puño y letra de Alfonso González Copete. Entonces quién emitió o cometió el delito de falsedad de las firmas escriturarias de que da cuenta el perito grafólogo?".

"d) La falta de recepción del testimonio de la señora Lucía Copete viuda de González, quien hubiera aclarado ciertos hechos referentes a la posesión material del inmueble del cual ella era dueña del cincuenta por ciento el que transfirió a título de venta junto con Alfonso González Copete al señor José Ignacio Rojas Hernández, por medio de la escritura pública número 11802 del 31 de diciembre de 1983 de la Notaria 5^a de Bogotá.

"Las reiteradas evasivas de personas vinculadas a la negociación del inmueble, cohonestadas por el funcionario instructor que adujo falta de tiempo para recibir dicha declaración y la afirmación del abogado Baudilio Moreno Ortiz, obrando al folio 147 del cuaderno principal, alegando que la presunta declarante no tenía plena lucidez para declarar ante 'su despacho', por ser de una edad muy avanzada.

"Los hechos y circunstancias anteriormente mencionados dejan entrever un oculto propósito de entorpecer la investigación y dejar sin aclarar, hechos ocultos que eran de suma importancia para los fines investigativos.

"Cuál el interés de que el testimonio de la señora Lucía, no se allegara a la investigación?

"Por este aspecto, surge la duda en cuanto a los hechos y circunstancias, que rodearon la no práctica de pruebas anteriormente citadas, cuya omisión generó la duda que por mandato de la ley ha debido resolverse a favor del procesado".

E. Finalmente, con sostén en la violación directa de la ley, se afirma que se dejó de aplicar el artículo 64 numerales 1 y 7 del C. Penal, lo cual habría incidido notablemente en el quantum de la pena. El proceso demuestra la buena conducta del procesado y su carencia de antecedentes, así como que "procuró voluntariamente resarcir a los herederos, adquiriendo para ello un lote de terreno en un barrio de la ciudad, para que no quedaran desprotegidos y construyieran en dicho lote una vivienda para ellos".

*Respuesta de la Corte y consideraciones de la
Delegada Segunda en lo Penal:*

A. En esta censura el demandante incurre en varios desaciertos y defectuosos enfoques. Parte de dos garrafales errores:

Estima respecto de la imposición de una firma falsa, que, mientras el verdadero autor de la misma, no acuda a infirmarla, es imposible demostrar esa mutación de la verdad. Se exagera la apreciación y se desconocen ciertas sensibles realidades procesales. Lo primero, porque siendo conveniente tal elemento probatorio, no se constituye en único, esto porque por fuera de él existen numerosos medios que contribuyen a establecer esa misma conclusión, entre ellos, la prueba pericial (grafotécnica), la testimonial de terceros y la indiciaria. Lo segundo, porque no habiendo sido posible saber el paradero de Efraín González, ni siquiera por boca del propio procesado quien viajara al exterior con este específico fin, debe estarse más por su desaparición definitiva, pues aún el mismo memorialista, cuando enfrenta el último cargo relacionado con la atenuación de la pena, alude al resarcimiento a los "herederos". Resulta, entonces, un obvio contrasentido exigir como requisito del respeto del derecho de defensa, el que se hubiera obtenido la declaración de esa persona. De ahí, también, que la pretensión de hacer intervenir al Ministerio de Relaciones Exteriores para que por orden suya los distintos embajadores y cónsules del país en el extranjero, sin llegar a determinar siquiera algunos de ellos como probable lugar en el cual pudiera indagarse más efectivamente por Efraín González Copete, hiciera esta averiguación, se inserta en el ámbito de la propuesta desmedida e irrealizable. El viaje del señor González, por las características que se insinúan en el proceso (no se supo propiamente cuál era su real destino, aunque se aludió a México, ni el motivo del mismo, ni su duración, ni exhibió afán por mantener

contacto con su propia familia) no se conciliaba con la eventualidad de que don Efraín avisara a nuestras representaciones diplomáticas o consularas de su presencia.

Y en cuanto a la invocación del artículo 290 del C. de P. Civil, debe anotarse que el instituto tiene operancia cuando las autoridades penales no han intervenido y orientan éstas su actuación bajo otros dictados especiales, como lo es el Código de Procedimiento respectivo, para la averiguación de un posible delito. En este caso no hay porque bimbiadar la función, con regulaciones de carácter civil propias a un diligenciamiento que confina su eficacia a que sólo en este ámbito se esté desarrollando el conflicto de intereses, ni menos constituir ese procedimiento como circunstancia de supeditación de lo que puedan hacer los organismos penales. Con toda razón apuntó la Delegada que "el referido proceso civil mal puede considerarse un requisito de procedibilidad de la acción penal, pues éste se encuentra consagrado para efectos puramente civiles, y con el propósito de restarle eficacia al documento espurio, lo cual obviamente no interfiere en el carácter público y oficioso de la acción penal".

Y buena parte de lo dicho tiene igual aplicación en lo referente al omitido testimonio de Lucía Copete viuda de González, en quien es preciso observar, además, la situación de conflicto moral y jurídico que se daba en este proceso en que se enfrentaba la acción delictuosa de uno de sus hijos (el procesado) con la situación de los ofendidos (otro hijo suyo y su nieto), advirtiéndose de otro lado que ella misma, quien figuraba como dueña de un cincuenta por ciento del terreno de marras, sucumbió a las patañas de Alfonso González Copete, pues ella accedió a firmar la escritura de venta porque se le hizo creer que su hijo Efraín había otorgado autorización para esa transacción. Ningún recibo tiene la fallida excusación del procesado tratando de demostrar que, por necesidades del tratamiento médico para esa dama, se efectuó tal transacción, pues la posterior readquisición del inmueble, para él solo, hace ver la condición de testaferro de José Ignacio Rojas.

Y más improcedente resulta, al fin propuesto en la censura, lo relacionado con los Notarios 5º y 18 de Santa Fe de Bogotá, puesto que lo que éstos podrían aseverar es lo mismo que está demostrado en autos: Ante ellos concurrieron unas personas para una autenticación que, por las modalidades de los hechos en cuanto a la autorización no se pudo detectar la suposición personal y documental que al efecto se dio para hacer figurar, como compareciente, a Efraín González Copete. No se advierte, pues, una atendible posibilidad en que la ausencia de tales attestaciones, por fuera de lo que se conoce en este proceso como actuación de los mismos, haya expuesto al procesado a una inmerecida condena, o fueran tal fundamental como para variar el sentido de la misma, porque, conviene anotarlo, no se ha dicho que respecto de la autorización, el Notario Manuel Mesa Escallón, conociera de modo especial y personal a Efraín González, al punto de recordar entonces

que él si estuvo en su oficina. Pero, además, la abundante y variada prueba demuestra la imposibilidad de ese concurso y evidencia, consiguientemente, que fue necesario llevar a persona diferente, con documentación alterada para poder cumplir con esa autenticación.

B. Sobre el rompimiento de la unidad procesal, como refluente en un desconocimiento del derecho de defensa, y concretable en la investigación de los Notarios 5 y 18, debe recordarse que la jurisprudencia de los últimos tiempos siempre enfatizó en desconocer el aspecto como incidente en un fenómeno de nulidad, pues la irregularidad bien podía superarse con la expedición de copias, de no haberse ordenado la investigación de algún delito o de algún delincuente, o con el eventual suceso jurídico de acumulación de causas o con la traslación de diligencias, etc.

Hoy en día la cuestión todavía es más evidente cuanto tal sesgo interpretativo lo ha recogido expresamente la legislación para restarle esa connotación (art. 88, segundo inciso) y se prevé (art. 505, C. de P. P.) una expresa solución a la eventual acumulación jurídica de penas, en procesos que debiéndose haber fallado en una misma sentencia, lo fueron en providencias separadas.

Es manifiesta la inanidad de la objeción, máxime que, recurriendo a una hipótesis de razonable composición, es dable advertir la ninguna trascendencia en este asunto de tales averiguaciones, pues como bien lo destaca la Delegada "en el juzgamiento de los Notarios podría llegar a dos conclusiones: Primero, que se les absuelva porque fueron inducidos en error, hipótesis que dejaría incólume la responsabilidad penal de González Copete; o segundo, que se les condena porque actuaron en connivencia con el procesado, circunstancia que tampoco varía el resultado del proceso. Ello quiere decir que la investigación de los Notarios en el mismo proceso o en uno distinto, genera situaciones equivalentes en las que el derecho de defensa del imputado no se afecta, pues cualquier decisión que se adopte frente a la conducta de los funcionarios públicos es irrelevante para beneficiar los intereses del sentenciado. Es que, como es verdad inconcusca en el derecho penal: La responsabilidad es individual".

Y en cuanto al fenómeno prescriptivo, afincado no en un cambio de la naturaleza del hecho delictivo sino en la interpretación que se da del artículo 222, inciso segundo, del C. P., la argumentación de la demanda parte de un enunciado inadmisible en la hermenéutica de este dispositivo, vale decir, que sólo el autor material de una falsificación puede recibir la incidencia de la mayor pena por la utilización que se haga de ese documento alterado, cuando es sabido que el precepto tiene igual eficacia para cobijar la intervención del determinador.

La Delegada, a este respecto, señala: "Frente a esta censura se debe advertir que el demandante desconoce los principios más elemen-

tales de la teoría de la coparticipación, lo cual le genera una confusión sobre los conceptos básicos de derecho penal sustancial.

"Ello se evidencia porque ciertamente ignora que para aplicar el agravante previsto en el artículo 222 numeral 2 del Código Penal, no es imprescindible que el procesado tenga la calidad de autor material de la falsedad, pues resulta suficiente que haya actuado como determinador de la misma, tal como ocurrió en el caso examinado.

"Conviene aclararle al censor que cuando el artículo 220 del Código Penal, en concordancia con el 222 del mismo estatuto normativo, castigan la conducta del que falsifica materialmente documento público y lo usa, persigue ante todo diferenciar la falsedad material de la falsedad ideológica; pero ello no significa que la falsedad material sólo pueda cometerla el autor material de la transfiguración de la verdad, ni que el agravante por uso del documento falsificado sólo pueda aplicarse a este sujeto.

"En el caso *sub examine* se demostró que González Copete fue el autor intelectual de la falsedad del poder y que posteriormente lo usó para lesionar los intereses económicos de su hermano, por lo cual la disposición normativa aplicable no es otra que la prevista en el artículo 222 numeral segundo.

"En este orden de ideas se debe concluir que, cuando quedó ejecutoriada la resolución acusatoria no había prescrito la acción penal, y por ende no es posible aceptar la violación del debido proceso que alega el casacionista".

Y, agrega la Sala, lo siguiente: Sin dejar de reconocer la diferencia específica que existe entre *autor material* o *directo* de la conducta delictuosa ("el que realice el hecho punible" —art. 23, C. Penal—) y *determinador* de la misma (hace que otro lo realice o determina a otro a realizarlo —art. 23 *ibidem*—), no es menos evidente que las dos señaladas formas de coparticipación criminal reciben un mismo tratamiento penal (incurren en la misma pena prevista para la infracción —art. 23 *eiusdem*—). Este especial miramiento legislativo, que corresponde a corrientes del derecho penal muy en boga para la época de la composición del C. Penal, implica obligadamente que cuando se trata de deducir agravantes, en los cuales se dio una conjugación o unidad de conocimiento y voluntad, las consecuencias de las mismas deben cargarse por igual, para referirse la Sala al punto debatido, tanto al autor como al determinador.

Y la tesis no sufre quebranto alguno y sí aplicación integral en la hipótesis prevista en el inciso segundo del artículo 222 del C. Penal. Cuando este dispositivo alude al evento de "quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó..." (que equivale a haber dicho, conservando la redacción del inciso primero: Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior,

fuere el mismo que concurrió a la falsificación...), no está restringiendo la conducta al comportamiento del autor material, como que también incluye al determinador, ya porque uno y otro están asimilados en el aspecto de la pena (y la hipótesis trabajada envuelve un fenómeno punitivo); ya porque si se correlacionan en la primera acción ("el mismo que lo falsificó" o los mismos que concurrieron a la falsificación) igualmente deben estarlo para aquella otra con la cual se entrelaza (utilización del documento falsificado); ya porque las locuciones falsificar o concurrir a la falsificación, envuelven por entero al autor material y al determinador, sin que se advierta propósito en el legislador o tendencia de la doctrina, a comprender solamente en este ámbito punitivo al autor físico o directo.

Esto lleva, entonces, a rechazar la pretensión de la demanda, que quiere presentar como realidad la prescripción de la acción penal, al excluir del comportamiento de Alfonso González Copete, lo relacionado con el uso del documento —art. 222, inciso segundo, del C. Penal—, única interpretación que le permitiría llegar a tal conclusión.

De ahí se repite, la identidad de la Sala con el pensamiento, comentario y recomendación de la Delegada.

C. En cierta forma vuélvose sobre el anterior planteamiento, esto es, cuestionar la procedencia de la agravante tal vez tratando de adobar el aspecto probatorio que antes faltara. Pero el intento corre igual resultado, pues lo que al respecto se dice carece de significación tanto por lo incompleto como por lo desalumbrado que se está en la tesis que se moviliza y el silencio que se guarda en el entendimiento correcto de la jurisprudencia que se cita. En efecto, decir que la prueba de autos no demuestra la intervención de González Copete en la falsedad de la mencionada autorización, es cerrar los ojos a la evidencia. El dictamen grafológico es un valioso aporte en esta clase de delitos, pero como prueba pericial, su mérito se condiciona a lo que sobre el particular decide el juez, consultando las reglas de la crítica probatoria pertinente; pero su valor se mantiene en la esfera de lo incompleto o insuficiente. Su inserción como plena depende del apoyo que le brinden otros medios de convicción. Y aquí abundaron, rememorándose, a vía de ejemplo, estos aspectos: El supuesto otorgante, Efraín, nunca la dio a conocer a su hijo, ni a su esposa; ni nunca desplazó a éstos, para preferir a su hermano Alfonso, en este crédito de confianza; éste guardó silencio de la misma y tampoco comunicó a aquellos la transacción de venta a Rojas ni su readquisición del inmueble y dejó que los mismos lo cercaran y edificaran. Los motivos de la intervención, son igualmente inaceptables y las manifestaciones del procesado lejos de convencer de la rectitud de su comportamiento, exhiben caracterización opuesta. Además, para cuando se efectuó la diligencia de autenticación, ya Efraín estaba por fuera del país. Y en cuanto a los aspectos incriminadores que surgen del testimonio de Efraín González Ruiz, el denunciante, con tildar a éste de "sospechoso", conforme a enseñanzas de

Mittermayer (que no se refieren ni se trasladan al caso concreto) no se consigue este logro. La descalificación se presenta como gratuita e indemostrada, constitutiva apenas de un juicio personal del recurrente, que nada puede ante la razonada y atendible composición del fallo, en el cual se le recoge como elemento de convicción de importancia. De otro lado, también es conocida la posición de la Corte en cuanto a entender que, una buena crítica testimonial, puede destacar el valor que como prueba de esta índole tiene la declaración del ofendido, quien por serlo, y únicamente por esta caracterización, no resulta desecharable.

D. El fenómeno de la duda es cuestión que idealiza el recurrente como posición personal, sin que pueda decirse que el Tribunal la entrevió, o que ahora, por la revisión total del expediente o con fundamento en los argumentos que trae la demanda, resulta viable pensar en ella como atendible idea. Todo lo contrario: Ella no tiene asomo ni aproximación. Y no puede aceptarse a expensas de la orden de averiguar la "falsa atestación notarial" (rompimiento de la unidad procesal), pues el punto se dilucidó anteriormente. Tampoco porque el impugnante invoque una falta de conocimiento cierto sobre el paradero de Efraín González Copete y si todavía existe o ya falleció. Lo que si está demostrado, y en esta forma lo estableció fehacientemente el proceso permitiendo el proferimiento de la sentencia atacada, es que no estaba en el país para esa fecha y menos que haya firmado la autorización ni concurrido a la Notaría con ese fin. Y esto es lo que interesa al juzgamiento cumplido.

Del valor del dictamen grafotécnico y de la esencialidad del testimonio de la señora Lucia Copete viuda de González, ya se dijo lo pertinente, sin que sea necesario volver sobre el asunto, arbitrado por el casacionista bajo esta otra óptica.

E. La Delegada, en forma breve pero rotunda y acertada, repudia esta última objeción por contraria al contenido de la sentencia. El Tribunal, para efectos de tasar la pena, "partió del mínimo señalado en el artículo 220 del Código Penal (2 años), precisamente porque considera que el procesado sólo está cobijado por circunstancias de atenuación punitiva. Al partir del mínimo previsto en esa norma, necesariamente está reconociendo las circunstancias a que alude el casacionista (art. 64-1 y 2 del C. P.), para luego realizar los incrementos por el uso del documento y por el concurso".

Se desechan los cargos.

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

Resuelve:

No casar el fallo —impugnado, ya mencionado en su origen, fecha y alcance—.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Culvete Rangel, Anselmo Chávez Narváez, Conjuces; Guillermo Duque Ruiz, con salvamento de voto; Gustavo Gómez Veldsquez, con adición de voto; Didimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., con aclaración de voto.

Rafael I. Cortés Gurnica, Secretario.

DETERMINADOR (ACLARACION DE VOTO)

El determinador sólo responde hasta donde el hecho realizado coincide con su influencia siquia, o por mejor decir, con su dolo.

Frente a ciertas consideraciones expuestas en la sentencia de casación me urge sobremanera señalar —en volandas— mi criterio sobre algunos asuntos propios de la coautoría.

Naturalmente que existen diferencias entre el sujeto que como el señor del hecho punible realiza la acción expresada en el núcleo del verbo que rectora la figura delictual (autor material) de quien instiga dolosamente a otro (autor determinador) a la realización del tipo de delito. Y es claro que en nuestra sistemática aquél y éste reciben idéntico tratamiento punitivo por expresa voluntad del legislador (art. 23 del C. P.).

Ahora bien:

Si el destinatario de la inducción —o por mejor decir, el destinatario de la determinación— por iniciativa propia va más allá del hecho que fue objeto de la acción propuesta, perpetrando un delito diverso del querido, la responsabilidad de esta última conducta corresponde exclusivamente al inducido y en manera alguna al autor intelectual. Todo resultado que excede el dolo del determinador únicamente es imputable al inducido como autor-ejecutor de esa conducta. O dicho en giro distinto: El determinador sólo responde hasta donde el hecho realizado coincide con su influencia siquia, o por mejor decir, con su dolo. En caso ninguno responde por los excesos o las desviaciones del autor al faltar identidad jurídica con la ejecución de una conducta no querida ni propuesta pero tampoco prevista en la programación criminal como consecuencia del desarrollo mismo de la acción. Es que el nuevo delito es absolutamente independiente del hecho instigado y en ningún supuesto puede ser atribuido al determinador porque él no lo quiso, ni tampoco tuvo la posibilidad de la representación del resultado pero mayormente porque no hay nexo alguno entre su acción y el hecho del ejecutor. Esto, sin perjuicio de entender la posibilidad de una incriminación a título de dolo eventual, aspecto este, harto discutido en los estadios teóricos y jurisprudenciales. *Mutatis mutandis*, lo propio cabe pregonar del examen de las circunstancias agravantes que concurren a la realización del injusto.

De esta o de la otra manera, el lector avisado apercibirá bien pronto la validez de estos planteos frente a ciertas reflexiones consignadas en la decisión final de la Sala.

Nada más.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha *ut supra*.

USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSIFICADO (ADICIÓN DE VOTO) / DETERMINADOR (ADICIÓN DE VOTO)

Cuando el artículo 222 inciso segundo, señala: "Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará...", está refiriéndose con el término falsificar no a una actividad material sino a todo el que tiene que ver con la realización de una conducta de esta naturaleza. / Toda consecuencia penal (vr.g., agravantes) que tenga que ver con el autor, a lo largo del derecho penal colombiano, se tiene que entender como inferida al autor material y a lo que sea dable comprender en la amplia noción de "determinador".

Conviene, porque el tema es pródigo en reflexiones, insertar bajo esta modalidad del voto adicionado, los siguientes puntos igualmente expuestos como parte integrante de la ponencia pero desestimado por la mayoría de la Sala, desestimo tanto por la controvertibilidad de algunos de sus enunciados, como por no venir al caso, o porque se apreciaron equivocados.

La interpretación que auspicia la demanda, deja de lado finalidades específicas señaladas en la ley, e igualmente la teoría que informa los aspectos generales de la autoría y la participación, llevando entonces a situaciones forzadas, contradictorias e inarmónicas.

En efecto, imagínese el caso del cómplice de una falsedad material de documento público (arts. 23 y 220, C. Penal), que luego, conforme a su propósito inicial, toma el documento y lo utiliza. Lo lógico, lo que la ley manda, es que establecida la reducción propia para la complicidad, esta cantidad de pena se pueda aumentar hasta en una mitad —art. 222 inciso 2º—. Pero, con la tesis impugnada, se impone la impunidad de esta segunda conducta, o, acudiéndose a un concurso se pensaría, contra la realidad de la conducta, que no intervino en su alteración. De donde, se estará reconociendo su *intervención* como cómplice para aplicar el artículo 220, en concurso con la conducta del artículo 222 inciso primero, que parte del supuesto de una ausencia de *intervención* antecedente en la falsificación. Y a título tal, o sea, uso de documento público falsificado, no hay otra hipótesis distinta a la del artículo últimamente mencionado (222).

Y *mutatis mutandis* sucede otro tanto, aunque con mayor dosis de sin razón dada la conducta realizada, evidentemente más intensa y dañina, en el evento comportamental del "determinador", quien consigue que otro lo falsifique, para luego usarlo conforme a los objetivos pensados y preparados, lo cual efectivamente logra. En este caso, apenas puede deducirse lo relacionado con los artículos 23 y 220, pero no así lo pertinente al artículo 222 (incisos primero o segundo). Y de buscarse otra figura, se estaría dejando de lado la estructura propia de estos delitos, desenvueelta bajo la mira de su marcada interdependencia y correlación.

Pero es más, y es momento de decirlo de una vez, la interpretación censurada lejos de tener un arraigo doctrinario valedero apenas afina su mérito en una apreciación cerrada de uno de los vocablos empleados. Como el artículo 222 inciso segundo alude a la persona "que lo falsificó", el usuario del documento falso debe coincidir, para la aplicación de este dispositivo, con la del autor material de la falsedad. Valoración tan estricta dejaría de lado al autor mediato (el que se valió del error invencible o de la insuperable coacción ajena, etc.), al cómplice, al instigador y, por supuesto, al "determinador".

Con exégesis tal, también debe llegarse de manera fácil, y con la misma *sui generis* lógica, a entender que el artículo 221 (y casi todo el articulado del Código Penal) sólo se refiere a ese autor material y a nadie más porque allí también se dice: "El que falsifique...". Pero es incuestionable que con la forma verbal nunca se está señalando de manera exclusiva una acción física que impidiera conjugar en la misma a todo aquél que, por diverso título (autoría, complicidad e instigación), realiza una conducta delictiva. Lo que cuenta, al respecto, es la coparticipación (denotada, en el caso comentado, con la expresión verbal "concurriere") en la conducta delictiva.

Por eso, cuando el artículo 222 inciso segundo, señala: "Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará...", está refiriéndose con el término falsificar no a una actividad material sino a todo el que tiene que ver con la realización de una conducta de esta naturaleza.

Pero, de otro lado, así se tomara esa interpretación literal de la falsificación, o la falsedad, ello no podría comportar el desconocimiento de algo que quiso el legislador de manera manifiesta, vale decir, hacer equivalentes, en la pena, autor material y "determinador" —art. 23—. Y, entonces, cabe preguntar cómo es posible respetar esta unicidad (las categorías determinador y autor material se incluyen bajo el único título de "*autores*" —art. 23—) si el artículo 222 inciso segundo, sólo se aplica y alcanza al autor material y no al determinador? La equivalencia, en estos dos órdenes, tiene que refluir en identificación de la conducta falsificadora que trae el comentado inciso.

Ahondando un poco más en este asunto para ver cuál es la razón de ser la redacción del artículo 23 del C. Penal, se dice:

No se desacierta cuando se comparte la tesis de la Delegada, esto es, que así se concluya que Alfonso González Copete, no fue la persona que imitó la firma de su hermano Efraín, en una falsa autorización, para poder enajenar un inmueble de propiedad de éste y finalmente readquirirlo de ese supuesto primer comprador, comportándose como un determinador en empresa criminal tal, según se lee en los fallos de primera y segunda instancia, es dable deducirle el aspecto punitivo previsto en el inciso segundo del artículo 222 del C. Penal, con base en las reglas generales de la autoría y la participación.

No pocos creen, y esta es la tendencia que recoge el demandante, que la comentada *aparente* agravación (más grave resultaría la pena si se tomara el aspecto como propia a una forma concursal), sólo puede predicarse de quien se comporta como autor material del hecho categoría de la cual carecería estrictamente el determinador, quien por tener esta condición no puede exhibir aquella. O sea, que como el C. Penal en sus artículos 23 y 24 distingue tres niveles de actuación en la conducta delictiva: *Autor* (el que realiza el hecho punible), *determinador* (el que hace tomar a otro una resolución) —art. 23— y *cómplice* (contribución al hecho punible o ayuda posterior en cumplimiento de promesa anterior) —art. 24—, la agravante mencionada sólo está referida a una actuación como autor material y nada más.

La tesis resulta totalmente equivocada y se presta para incurrir en visibles contrasentidos, ya señalados algunos, que obviamente no ha querido el legislador, así al redactar los mencionados textos haya incurrido en desvíos conceptuales.

Un código, ciertamente, no puede sustraerse totalmente de las corrientes doctrinarias en boga al momento de su redacción. Pero, recibir esta influencia no comporta una adscripción absoluta a una determinada tendencia, a la cual deba someterse toda interpretación, pues a lo sumo, con vinculación tal, apenas se ha querido mirar lo mejor de una corriente de pensamiento jurídico que afronte los problemas de la época y ofrezca soluciones. Conviene destacar, también, que por fuerte que sea el liderazgo conceptual de la persona o personas que promuevan una reforma o la nueva redacción de un estatuto y así sea notoria en el texto acordado la impronta de ese peculiar modo de pensar, no es dable tomar esta situación como única y excluyente forma de valoración, a la que fatalmente adhieran todas sus aplicaciones. El legislador no tiene apelativos ni suscribe documentos de matrícula intelectual. En este punto, a lo sumo, el patrón de rígido acatamiento obra en relación con los derechos fundamentales del hombre o derechos humanos. Así se consigue liberar a la legislación de las imperfecciones y limitaciones que acompañaron su acuñación, se evita que la misma se petrifique en el atraso de una época superada por los

vientos renovadores de la siempre activa inteligencia, manteniendo una maravillante actualidad y coherencia entre los textos acogidos y la siempre cambiante realidad social. Y, de paso, además se obtiene que nadie pueda sentirse dueño de la órbita de su alcance, ni parapetarse en tan efímera y secundaria circunstancia para imponer el mérito de un análisis, pues sólo la bondad de éste es lo que lleva a su aceptación. De allí que, con toda propiedad, un autor italiano haya aludido a la voluntad objetivada de la ley, para desprender a ésta de tales ataduras y ligamentos históricos y poder encontrar en ella lo que verdaderamente contiene, lo que es necesario y justo que esté en ella. Y nada más.

Pues bien, uno de los temas más complejos y debatidos en el derecho penal ha sido lo referente a la ubicación legal, desarrollo y sancionamiento de los intervinientes en un delito, pese a que el esquema general a donde deben ir a parar todas sus formas y subespecies, lo son la autoría y la participación (complicidad o cooperación criminal), cuestión bien simple de enunciar y no tan difícil de descifrar en la praxis judicial. Las aflicciones están más del lado de las comprobaciones fácticas que puedan obtenerse.

Lo anterior sirva para darle cabal significación a lo que luego se anota respecto del problema que, en el caso examinado, se plantea en torno a los artículos 23 y 222 del C. Penal.

Sabido es que para perfilar a alguien como *autor* de un delito (la complicidad surge con exclusión y como fenómenos de cooperación residual) las tesis abundan tanto como los comentaristas que se ocupan del tema. Unos con mayor acogida que otros, a través de los tiempos. Por eso se recuerdan estadios como la *teoría objetiva-formal* (el que realiza la acción típica de ejecución —Wessels—; objetiva porque cuestiona y precisa quién es el realizador *directo*; formal: Se trata de cumplir lo que la *ley* prevé como autor); la *teoría material* (intensidad de la relación causal —derecho penal del autor o del acto—); la *teoría subjetiva* (basada en la equivalencia de las causas —*conditio sine qua non*—, tiene por autor a todo el que contribuya a la realización de la conducta típica); la *teoría del dominio del hecho* (Welzel: Manejo del acontecimiento típico, al punto que puede detenerlo, retrogradarlo, abandonarlo, modificarlo).

Toda esta variada presentación, de la cual apenas se ofrece su más saliente muestra, consigue conformar una *figura central* —autor— y una *marginul* —cómplice o participé— que representa una colaboración secundaria y hasta prescindible. Ahora, advirtiéndose que cada recomendación tiene su parte de verdad teórica y de relativa eficiencia práctica, pero no logra componer un todo integralmente recomendable, se hace necesario acudir a una suma de estos esfuerzos doctrinarios, con lo cual se consigue su máximo acierto y su mayor valor. Así lo recuerda y recomienda un connotado tratadista nacional (Mario Salazar Marín, "Autor y Partícipe en el Injusto Penal", Temis, octubre de

1993), cuando evocando las clasificaciones carrianas afirma que el derecho penal contemporáneo trabaja con nomencladores distintos, reducidos a "autoría, instigación y complicidad; la causalidad natural, o pura causación, no constituye en el estado actual de la evolución del derecho penal un instrumento de cabal rendimiento; en todo comportamiento que infrinja la ley penal siempre deben concurrir los elementos cognoscitivo y volitivo; y, en fin, las teorías objetiva y subjetiva no pueden funcionar con el divorcio de antes" —pág. 122—. Se retorna, pues, a lo más simple y obvio, a lo que la doctrina puede tener de perdurable e indiscutida a lo largo de las edades de la controversia jurídica.

Ahora, entonces, se propugna bajo ese patrón reunificante por el concepto del *dominio del hecho injusto*, injusto impregnado de antijuridicidad objetiva: Lo que advierte la ley; y del injusto propio: Voluntad, conocimiento, determinación y motivos, o sea, culpabilidad.

Pues bien, a lo que se quiere llegar es a explicar que, cuando se introdujo de manera específica la categoría de "*determinador*" sólo se quiso salvar su extrañamiento del nivel de autor que necesariamente le correspondía, pues en el ámbito de las consideraciones de la época se tomaba como *autor* al que de modo *material* y *directo* ejecutaba la conducta típica. Pero constituye evidencia que el *determinador* figura en el artículo 23 como *autor*, así el problema se resuelva en su campo más impropio, o sea, el de la punibilidad (uno y otro, autor y determinador, incurrirán "en la pena prevista para la infracción") y, de otro lado, acomodándole en un artículo reservado a los "*autores*" (y el plural no deja de revelar importancia) y titulado de esta manera.

De donde, toda consecuencia penal (v. gr. agravantes) que tenga que ver con el autor, a lo largo del derecho penal colombiano, se tiene que entender como referida al *autor material* y a lo que sea dable comprender en la amplia noción de "*determinador*".

Por eso, está bien que, en el caso del inciso segundo del artículo 222 del C. Penal, esta previsión también cobije al "*determinador*".

Con cuánta razón, el autor nacional citado, afirma: "Tanto mata el que dispara como quien manda matar; tanto hurta el que cumple la tarea del apoderamiento con fin de lucrarse, como quien, con igual propósito, paga para que otro lo haga; tanto viola carnalmente el que accede, como el hombre o la mujer que paga o sujeta o inmoviliza a la víctima para que otro lo haga" —pág. 96—. Y, con el apoyo de otros autores extranjeros, también señala: "En ella el dominio del hecho es, como dice Wessels, funcional, mediante la distribución de los papeles acordados. El dominio del hecho injusto no lo ejerce sólo uno, sino todos, mediante una realización mancomunada y reciproca. Entre ellos, los coautores, por acuerdo, dominan en parte y en todo, funcional o instrumentalmente, la realización del injusto, siempre que el hecho

de cada uno constituya contribución de importancia. La repetida regla de Jescheck no puede desdeñarse, a fin de que papeles secundarios o accesorios, constitutivos de verdaderos actos cómplices, no se trate como coautoría con el solo repaso de la comunidad de ánimo y el reparto objetivo del quehacer delictivo: "No sólo la voluntad de conducción resulta decisiva para la autoría, sino también la importancia material de la parte que cada interviniente asume en el hecho. Por ello sólo puede ser autor (o coautor, obviamente, se agrega) quien, en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuya a dominar el curso del hecho" —pág. 100—.

"Cada coautor domina todo el suceso en cooperación con otro u otros. Requiere, en su aspecto subjetivo, que los intervenientes se vinculen reciprocamente... debiendo asumir cada uno la aportación de cada coautor debe encerrar un determinado grado de importancia funcional, de modo que la colaboración de cada uno, ... se presente como una pieza esencial para realización del plan general" Jescheck, página 937 de su obra.

Y volviendo a apreciaciones del docto profesor Salazar Marín, conviene destacar lo siguiente: "El autor intelectual se entiende que 'realiza' el hecho punible, pues la actividad con otros es compartida en toda su extensión y contenido" —pág. 110—; resulta necesario mantener el concepto de autoría intelectual y "la necesidad de conservar la institución existe porque al jefe de una banda de criminales, o a quien actuía desde atrás con acuerdo con los demás autores sicofílicos o partícipes, bien puede llamársele 'autor mediato' de un hecho, donde el ejecutor físico actúa sin dolo o culpa" —fl. 114—. Y esto se asevera a pesar de poderse admitir que la "autoría intelectual" no es categoría específica (tesis del comentarista parro Luis Carlos Pérez, apegado a la concepción restrictiva de la noción de autor), ya "que los nomencladores de la actualidad son simplemente autoría, instigación y complicidad;..." —pág. 122—.

Lo más adecuado sería estructurar un código, en este tema, sobre la base de tres grandes categorías en las cuales podría insertarse todo lo que los doctrinantes elaboran con más exquisita distinción: *Nivel de autores* (que comprendería al *autor material* —algunos insertan en éste al autor mediato puesto que éste— "el hombre que está atrás" —apenas utiliza a otra persona como mero instrumento, como podría ser un arma de fuego, etc., pero sin perder su connotación de autor físico; al *autor mediato* si no se comparte la anterior tesis, al *determinador* —o autor intelectual); *nivel de complicidad*; y, *nivel de instigación* (bien diferente de la figura delictiva que contempla nuestro artículo 188 del C. Penal), forma de cooparticipación que al no legislarse de manera específica, pediría cupo, para unos, en el nivel de la autoría, y, para los otros, más acertadamente, en el nivel de la complicidad).

Ahora resulta pertinente esta referencia al caso concreto:

Alfonso González Copete era el único que quería quedarse ilegítimamente con el inmueble de que era dueño su hermano Efraín y que, en la escritura respectiva, compartía por mitades con su madre Lucía Copete de Corzález. El desmedro económico corría para la esposa e hijo de su hermano Efraín. Aquél, Alfonso, sabía de la desaparición definitiva de su consanguíneo y de allí que buscara a alguien que se hiciese pasar por su colateral, la proveyera de capacidad para sustituir su firma, de documento de identificación y con él compareciese ante el notario (o ante sus subalternos, como suele ser la común ocurrencia y comportamiento de estos certificadores de la verdad pública en Colombia), siendo el único, en este momento, que podía decir si se trataba o no de su hermano, consiguiendo de este modo la autenticación del falso documento de autorización de la falsa venta que, primero, se hizo a Rojas, y luego, respondiéndose al cabal objetivo de toda esa maniobra delictuosa, regresó a él como propietario mediante otra supuesta venta.

Esta conducta, a la luz de cualquiera inteligencia judicial, representa una autoría, a secas, como debiera decir el Código Penal, para que el respectivo juezador fijase las peculiaridades de este evidente dominio del hecho injusto. Y no se desdice la noción de *autor* porque se especifique, con fines de sistematización jurídica o doctrinaria, *autor-no material, autor-intelectual, determinador, o, si es el caso, autor-mediato*. Pero, *autor*, en definitiva, pareado en la disposición (art. 22) y en sus efectos (al caso arts. 220 y 222 inciso segundo del C. Penal) al autor material, físico, directo, ejecutor del hecho punible, realizador de la conducta típica concebida por la ley con fines sancionatorios.

Lo demás es querer llevar a la ley lo que ésta no quiere y convertir el dispositivo en una especie de recipiente legal de un sistema, tendencia, grupo, sector de opinión, escuela o ... quíndor jurídico. Déjese a los autores el discurrir y componer distingos en busca de una propiedad idiomática, de la concepción de un sistema o un dogma, pero presérvase a la ley como propiedad de todos, con redacciones que abarquen lo que debe y quiere abarcar en su afán de consultar y no traicionar el quuchacor humano que se inserta en el derecho penal. De no, el doctrinante y la jurisprudencia lejos de ayudar al logro de la justicia, estarán estorbaéndola cuando no suprimiéndola y desviando el verdadero propósito de sus lucubraciones, al punto que permitirán la aparición de un precepto envejecido el mismo día de su surgimiento, estimulando su indefinida, permanente y frustrada reforma, en asunto que no debe tener estas características, deterioros y vicisitudes.

Quedé para mejor ocasión (aunque ahora obligue un ligero comentario) lo relacionado con los delitos de mano propia o sujeto activo calificado. En este tema si marcamos un profundo distanciamiento con el profesor Salazar Marín, cuando critica una jurisprudencia de la Corte por auspiciar ésta una indebida transferencia de calidades espe-

ciales del autor material al determinador. La tesis, para quien propugna por el dominio del hecho injusto en orden a fijar la categoría de "autor", no debiera parecer un acromodaticio "cajón de sastre", en el cual todo cabe, sino mirarla como su cabal realización. En esa clase de delitos corresponde estudiar de entrada las peculiaridades exigidas por la ley (que pueden darse en el autor material o en el determinador, según sea el que las ostente) para poder establecer el primer fundamental distingo que interesa al estatuto, o sea, de qué delito se trata: Si de un peculado o de un atentado contra el patrimonio económico, para entonces si cargar éste a quien no las ostentaba, vale decir, al autor material, si se daban en el determinador; o en éste si contaban para el autor material; y, también por el fenómeno residual del comportamiento, para el cómplice y el instigador, en su caso, conforme a lo realizado de manera externa (objetiva) y de manera interna (subjetiva), pues todos son intervenientes de un delito único, del cual tuvieron una noción exacta, como exacto fue el papel asignado y cumplido, y, ejecutado con intención de hacerlo realidad. No desarrollar la doctrina en ese sentido, después de plantearla debidamente, es buscar la simplificación del problema, pero sólo en parte, es presentar un uniforme y sólido cuerpo de interpretación, pero sembrar simultáneamente el desconcierto y postrarla con flancos débiles, es, sencillamente, no ver el bosque porque los árboles impiden su visualización.

Piénsese en el caso del administrador de un bien público, que, como determinador, se busca a un autor material, carente de toda condición propia, para la ejecución de un delito de peculado. Resulta curioso advertir que el autor material, no lo es del peculado (lo será de un atentado patrimonial, pero en cosa que pertenece al Estado); el determinador lo será de un peculado que carece de autor material. Y así concurran cómplices o instigadores, que supieron del delito, lo quisieron, realizaron actos propios de participación conforme al plan acordado, lo serán con referencia a un determinador de peculado y a un autor material de delito contra el patrimonio económico. La teoría no puede ser más frustrante, incompleta, contradictoria e inadecuada. Todo por no reunir a los autores, en lo que son, y a los cómplices e instigadores de lo que son.

Por eso también, en el acceso carnal violento, postulamos la igualitaria posibilidad de ser sujeto activo del mismo tanto el hombre como la mujer, según su papel predominante, recordando para ello el afortunado símil que suministra la mecánica, de que tanto entra el tornillo en la tuerca como ésta en aquél, pudiendo predominar uno u otra, según la forma como se aplique la dinámica de la ejecución de la conducta. Esto parece ir contra las ideas dominantes sobre el tema, sobre el que no se sabe si confluyen ideas y conceptos de absoluta pureza, o incide cierto machismo jurídico-penal, ámbito en el cual como apuntara Carrara, al hombre le conviene sentirse y decirse violador y no violado, seductor y no seducido.

AUTOR (SALVAMIENTO DE VOTO)
/ DETERMINADOR (SALVAMIENTO DE VOTO)

Asimilar sustancialmente los conceptos de autor y determinador, es confundir dos categorías distintas ontológicamente, sólo porque el legislador los equipara en su punibilidad, pero nada más. Sostener que el determinador es autor, conduciría a admitir que aquél también tiene dominio del hecho, y ello no es cierto.

1º Mi discrepancia con la mayoría de la Sala radica en que considero que la sentencia impugnada debió casarse parcialmente, por estar demostrado el segundo cargo que al amparo de la causal tercera formuló el demandante, en estos términos: "La irregularidad sustancial y sobre la cual fundamento la censura contra el fallo, la hago consistir en que habiendo transcurrido un tiempo más que suficiente para que operara el fenómeno prescriptivo, no se tuvo en cuenta este hecho y se dictó sentencia de condena, previa resolución de acusación por el hecho de que el procesado había falsificado el documento y luego hizo uso de él".

El hecho objeto de juzgamiento y por el cual fue condenado Alfonso González Copete, consistió en que éste determinó a un tercero a que falsificara el documento y posteriormente, él mismo de manera personal hizo uso de dicho documento falso. Así consta en el fallo impugnado y así también lo reconoce la Corte en su sentencia.

Como se desprende de lo anterior, fueron dos las conductas ilícitas desarrolladas por González Copete. La primera, se concretó en que determinó a un tercero a que falsificara un poder supuestamente otorgado por su hermano Efraín y que lo facultaba para ejercer todos los bienes de éste. La segunda, se exteriorizó cuando haciendo uso del referido documento espurio vendió a José Ignacio Rojas un inmueble de propiedad de su consanguíneo, "burlando así los derechos del verdadero propietario y de sus herederos, quienes fueron lanzados por acción policial que invocara el mencionado sujeto", tal como lo puntualizó el Tribunal.

La adecuación típica del anterior comportamiento, en sentir del suscrito, debió haberse hecho así, en cuanto se refiere al atentado contra la fe pública:

Como determinó a un tercero a que falsificara un documento público (este calificativo se lo dio el Tribunal), ha debido responder como determinador de este delito, en virtud de lo dispuesto por el artículo 23 del Código Penal, según el cual el que determine a otro a cometer un delito, "incurrirá en la pena prevista para la infracción".

Y como además usó el anterior documento falso, incurrió también en la falsedad por uso prevista en el primer inciso del artículo 222 del mismo código.

Si así se hubiera procedido por los juzgadores, como considero que era lo jurídicamente correcto, no habría duda sobre la prescripción de estas dos conductas, teniendo en cuenta la pena prevista para cada una de ellas y el tiempo transcurrido desde su ocurrencia hasta la ejecutoria del auto de proceder.

Pero la verdad es que tanto el Tribunal como el Juzgado hicieron una adecuación típica de estas conductas muy distinta de la auspiciada por mí, ya que entendieron que en relación con el uso del documento falso se infringía no el inciso primero del artículo 222, sino el segundo, que reprime el uso del documento falso por parte del *mismo que lo falsificó*. Con esta calificación, acogida por la mayoría de la Sala, es obvio que la prescripción aducida por el demandante no se ha presentado.

2º La Delegada sostiene que "para aplicar el agravante previsto en el artículo 222 numeral 2 del Código Penal, no es imprescindible que el procesado tenga la calidad de autor material de la falsedad, pues resulta suficiente que haya actuado como determinador de la misma, tal como ocurrió en el caso examinado".

Y la mayoría de la Sala, para acoger la misma tesis, argumenta que cuando el inciso segundo del artículo 222 "alude al evento de quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó..., no está restringiendo la conducta al comportamiento del autor material, como que también incluye al determinador, ya porque uno y otro están asimilados en el aspecto de la pena (y la hipótesis trabajada envuelve un fenómeno punitivo); ya porque si se correlacionan en la primera acción ('el mismo que lo falsificó' o los mismos que concurrieron a la falsificación) igualmente deben estarlo para aquella otra con la cual se entrelazan (utilización del documento falsificado); ya porque las locuciones falsificar o concurrir a la falsificación, envuelven por entero al autor material y al determinador, sin que se advierta propósito en el legislador o tendencia de la doctrina, a comprender solamente en este ámbito punitivo al autor físico directo".

Y a pesar de que la mayoría de la Sala afirma que cuando el Código Penal (art. 23) asimila el determinador al autor, lo hace exclusivamente en lo que concierne a la pena, la conclusión a que llega

excede esta premisa, pues necesariamente parte de la base de que la asimilación es sustancial, tal como con claridad lo plantea el Magistrado ponente en su adición de voto, al consignar que "es incuestionable que con la forma verbal ('El que falsifique', aclaro) nunca se está señalando de manera exclusiva una acción física que impidiera conjugar en la misma a todo aquél que, por diverso título (autoría, complicidad e instigación), realiza una conducta dolictiva".

Esta consideración que acaba de transcribirse es propia de quienes acogen un concepto extensivo o unitario de autor, en virtud del cual todos los intervenientes que prestan una contribución causal a la realización del tipo son autores, sin que importe la trascendencia de su contribución.

Esta tesis, imposible de sostenerse frente al derecho positivo colombiano que sí hace distinción entre autor, determinador y cómplice, pero que algunos recomiendan porque "hace posible colmar todas las lagunas de punibilidad y orientar las sanciones con arreglo únicamente a la personalidad del autor", sin embargo ha sido seriamente criticada porque "al convertirse todas las contribuciones al hecho en la causación de lesiones del bien jurídico, se pierde lo injusto específico de la acción de cada tipo"; porque, además, "en los delitos de propia mano y especiales habría que considerar también autores a intervenientes extraños por la pura causalidad de su cooperación, a pesar de que precisamente no actúan de propia mano o no están cualificados para ser autores", y porque, también, "el concepto unitario de autor conduce a una pérdida de matices, puesto que excluye la posibilidad de una penalidad atenuada para inducción y complicidad" (JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, Tomo II, págs. 889 y 890).

Pero, además, sostener que cuando el legislador impone una pena a "el que falsifique...", se está refiriendo no sólo al autor que realiza la acción injusta tipificada, sino también a "todo aquél que, por diverso título (autoría, complicidad o instigación), realiza una conducta delictiva", porque "lo que cuenta, al respecto, es la coparticipación ... en la conducta delictiva", implica una generalización equivocada, pues de ello ser cierto, sobrarían las normas extensivas del tipo previstas en los artículos 23 y 24 del Código Penal.

"Autor --expresa Jescheck en su ya citada obra-- es 'el quien' (o 'el que', agrego yo en referencia al código colombiano) anónimo con que empiezan la mayoría de las descripciones típicas...", especificando más adelante que "autor es, sólo quien comete por si mismo *la acción típica*, mientras que la sola contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no pueden fundamentar autoría alguna... desde el prisma del concepto restrictivo de autor, la previsión de especiales formas de participación, como la inducción y la complicidad, significa que la punibilidad se amplía a acciones que quedan fuera del

tipo, pues con arreglo al propio tipo sólo podría castigarse al que por si mismo mata, herita u ofrece resistencia. Otros intervinientes que se limitan a determinar al autor a la comisión del hecho o a auxiliarle en el mismo, deberían quedar impunes si no existiesen los especiales preceptos penales que regulan la inducción y la complicidad" (pág. 893).

Con razón se ha dicho que "el ejecutor, el determinador y los cooperadores necesarios y no necesarios, son figuras que crea la ley para individualizar la pena, pero no niegan la distinción óntica entre autor, instigador y cómplice, sino que es tarea del intérprete averiguar en qué casos o cuáles de esas figuras corresponden a los conceptos ónticos" (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Buenos Aires, Ediar, 1986; pág. 569).

Por ello no es posible afirmar, como se hace en la adición de voto elaborada por el Magistrado ponente, que tanto mata el que acciona el arma contra la víctima como el que determinó al homicida a matar, porque ello no es cierto, no obstante que el artículo 23 disponga que al determinador se le imponga una pena igual a la del ejecutor: "Cuando alguien determina a otro, por uno cualquiera de los medios precedentemente indicados, a realizar conducta típica, aquél será determinador y éste autor o ejecutor material. Si Pedro paga a Juan diez mil pesos (mandato) para que mate a Diego, al cumplir tal mandato, éste será autor del homicidio —porque físicamente eliminó a un hombre— y aquél, determinador porque impulsó la voluntad de quien lo ejecutó físicamente", escribió el profesor Reyes Echandía en su Derecho Penal (Universidad Externado de Colombia, 1984, novena edición; pág. 176).

Asimilar sustancialmente los conceptos de autor y determinador, es confundir dos categorías distintas ontológicamente, sólo porque el legislador los equipara en su punibilidad, pero nada más. A los determinadores los sanciona el código "como autores de la determinación de otro a cometer el delito y no como autores del delito", expresa con toda razón Zaffaroni, en su obra ya citada.

"Autoría, ensaña Maurach, es, pues, genuinamente, el cumplimiento del tipo, basado en la propia actividad, al que se equipará la utilización de un instrumento humano cuando este instrumento no haya sido capaz, por su parte, de la comisión responsable del hecho" (Tratado de Derecho Penal, Barcelona, ediciones Ariel, 1962, Tomo II, pág. 306).

Sostener que el determinador es autor, conduciría a admitir que aquél también tiene dominio del hecho, y ello no es cierto, tal como lo destacan, entre otros, Maurach y Jescheck.

Dice el primero de los citados autores: "Participación es tan sólo cooperación, moldeadora del hecho, en delito ajeno. En realidad, el participante no tiene dominio alguno sobre el acto; ello no impide sin

embargo el que incline, como en la instigación, al autor principal a la comisión del hecho, o el que le ayude, como en la complicidad, en la concreta realización del acto" (Ob. cit., pág. 354). Y Jescheck, por su parte, anota: "Inducción es determinar dolosamente a otro al hecho antijurídico por él cometido. El inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, no tomando parte en el dominio del hecho mismo. En ello se distingue la inducción de la coautoría" (Ob. cit., pág. 957).

3º Comparto si de la adición de voto del ponente, la consideración de que bien mirado el comportamiento del procesado González Copete no queda duda alguna de que él en realidad no fue un simple determinador sino un verdadero coautor (fls. 115 y 116). Pero el problema radica en que las instancias le dieron el tratamiento de "determinador" y no de "autor", porque confundieron la primera categoría con la del "autor intelectual", claramente diferenciada por el profesor Fernández Carrasquilla:

"Autor intelectual —noción que en nuestro código es meramente didáctica— no es, como cree el vulgo, el que determina a otro a cometer el delito, el que hace nacer en otro la resolución criminosa, que tal es el instigador, sino el que plantea y dirige la ejecución pluripersonal de un determinado delito, sin tomar parte en su ejecución material generalmente. Es el cerebro de una operación criminosa, el jefe de instrucciones y repartos de trabajo, el coordinador de las diversas acciones, su integrador ideológico..." y por ello indudablemente que tanto él como el autor material "son verdaderos coautores, pues entre ambos tienen el dominio del hecho" (Derecho Penal Fundamental, editorial Ternis, Bogotá, 1982, pág. 534).

Dejo así, brevemente, expuestas las razones que no me permitieron acompañar a la mayoría de la Sala en su decisión.

Guillermo Duque Ruiz, Magistrado.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY
/ FALSO JUICIO DE EXISTENCIA
/ FRAUDE PROCESAL

1. El suponer una prueba es una de las modalidades del falso juicio de existencia, y su alegación obliga a que se precise el medio de convicción que sin obrar en el expediente fue apreciado por el juez, así como, a que se demuestre la trascendencia del mismo en el fallo impugnado. / 2. Para la Sala no hay ninguna duda de que la mentira puede ser el medio fraudulento que induzca en error al empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. Lo que es necesario es que ella tenga capacidad para inducir en error, para convencer y determinar al funcionario a una decisión ilegal.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calzete Rangel.*

Aprobado Acta número 53.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el procedido *Reyes Murillo Sánchez* y sustentado por su defensor, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la cual revocó la absolución de primera instancia dictada por el Juzgado 22 Penal del Circuito, y en su lugar condenó al acusado a la pena principal de un año de prisión como autor responsable del delito de fraude procesal.

I. Hechos y actuación procesal:

La señora Isabel Higuera de Murillo arrendó al señor Parmenio Páez una casa ubicada en la calle 87 número 80 del barrio La Candelaria de esta ciudad, por el término de doce (12) meses contados a partir del 6 de agosto de 1985 y con un canon estipulado en el contrato escrito de treinta y cinco mil pesos (\$ 35.000,00) mensuales.

En la casa objeto del negocio habitaba Alvaro Peña Ortiz desde hacía varios años, a quien la señora Isabel le tenía arrendada una pieza por la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000,00) mensuales, razón por la cual al denunciante sólo le correspondía pagar treinta mil pesos (\$ 30.000,00).

Parmentio Pérez desocupó el inmueble en diciembre de 1986. El 12 de febrero de 1987, el acusado Reyes Murillo Sánchez, en su condición de abogado y con poder de su esposa Isabel Higuera, le inició proceso de lanzamiento argumentando en la demanda que había incurrido en mora en el pago del mes de enero de ese año, y además, "haber subarrendado pieza sin conocimiento y consentimiento de la propietaria del inmueble, no obstante la prohibición convenida". El nueve de mayo siguiente, ante la no contestación de la demanda, la Juez Cuarta Civil Municipal decretó el lanzamiento por las dos razones dadas en el libelo.

Por estos hechos el arrendatario demandado formuló denuncia por fraude procesal contra el abogado recurrente y su esposa, imputándoles el haber utilizado medios fraudulentos, para inducir a la Juez Cuarta Civil Municipal a dictar sentencia de lanzamiento, la cual le sirvió para, acto seguido, iniciarle un proceso ejecutivo cobrándole varios meses de arrendamiento, cláusula penal, costas, etc.

La investigación a que dio lugar la denuncia correspondió al Juzgado Cincuenta y Uno de Instrucción Criminal, Despacho que oyó en indagatoria a los acusados y les resolvió la situación jurídica ordenando su detención preventiva como responsables del punible de fraude procesal, otorgándoles al mismo tiempo libertad provisional caucionada.

Luego de practicar numerosas diligencias y recaudar abundante material probatorio, el Juzgado cerró la investigación y calificó su mérito con resolución acusatoria por fraude procesal contra Reyes Murillo Sánchez y cesación de procedimiento para su esposa Isabel Higuera, en providencia de mayo 20 de 1991 que no fue recurrida.

El Juzgado 22 Penal del Circuito tramitó la etapa del juicio en donde no se practicaron pruebas, y surtida la audiencia pública dictó sentencia absolutoria que fue apelada por el Fiscal Octavo del Circuito y por el apoderado de la parte civil.

El Tribunal Superior, en sentencia de diciembre 19 de 1991, revocó el fallo absolutorio recurrido y en su lugar condenó al encausado a la pena principal de un año de prisión, y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión de la patria potestad y prohibición del ejercicio de la profesión por el mismo tiempo. También le impuso la obligación de pagar noventa (90) gramos oro por concepto de perjuicios materiales y diez (10) gramos oro por perjuicios morales a favor de Parmentio Pérez.

El procesado interpuso contra esta decisión el recurso de casación que aquí se resuelve.

II. La demanda:

Al amparo de la causal primera, cuarto segundo, el libelista presenta tres cargos así:

1º "Error de hecho por suposición de prueba". Para la demostración cita varios autores que se refieren a las características que debe tener el "medio fraudulento" previsto en el tipo de fraude procesal, y luego de analizar los planteamientos hechos en la sentencia, afirma:

"En buen romance, el engaño lo hace consistir el sentenciador en que el procesado doctor Reyes Murillo no dijo la verdad en la demanda de lanzamiento contra Parmenio Pérez, en cuanto afirmó que el arrendatario Pérez había subarrendado una pieza a Alvaro Peña de la casa que había recibido en arrendamiento de Isabel Higuera de Murillo.

"El sentenciador es enfático al aceptar que 'no obra prueba alguna dentro del expediente según la cual se acredite que el señor Parmenio Pérez, dio en arrendamiento parte alguna del inmueble al señor Alvaro Peña' (fl. 40 del cuaderno del Tribunal).

"Como, por otra parte, el doctor Murillo Sánchez no presentó ninguna prueba, auténtica o falsificada, que acreditara la existencia de ese subarriendo, el 'medio fraudulento' que utilizó para inducir en error al Juez Cuarto Civil Municipal, consistió en una simple mentira".

Más adelante agrega: "El medio fraudulento que exige el artículo 182 del Código Penal tiene que existir en el mundo objetivo, y no puede limitarse a las simples alegaciones mentirosas, sobre todo cuando el empleado oficial tiene la obligación de fundar sus decisiones en pruebas legalmente producidas y oportunamente agregadas a los autos. Afirmar en la demanda de lanzamiento, como lo hizo el doctor Reyes Murillo Sánchez, de que (sic) los arrendatarios Parmenio Pérez y María Josefa Pérez de Martínez le subarrendaron parte del inmueble a Alvaro Peña, sin que esa afirmación se hubiera respaldado con una prueba, falsa o auténtica, no autorizaba al Juzgado Cuarto Civil Municipal para proferir sentencia de lanzamiento con fundamento en el subarriendo no probado. Se necesita una acción exterior que le dé apariencia de verdad a la mentira, para que se esté en presencia de un medio fraudulento".

Sostiene que el Juez Civil pudo haber incurrido en prevaricato por acción si la sentencia se hubiera basado únicamente en el no probado subarriendo, pero esa hipótesis se descarta porque el fallo se dictó también por mora en el pago de los cánones a partir de enero de 1987.

A juicio del censor, para condenar a Reyes Murillo el Tribunal supuso la existencia del medio fraudulento en el proceso de lanzamiento, que según el artículo 182 del Código Penal, se debió utilizar para inducir al juez a dictar una sentencia contraria a derecho.

Cita como normas violadas las siguientes: Artículos 182, 33, 5, 23, 36 del Código Penal; y el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal.

2º "Error de hecho por preterición (sic) o ignorancia de prueba. La sentencia acusada se funda en haber ignorado la existencia de una prueba, lo que le permitió negar la realidad de un hecho procesal, para concluir que la sentencia de lanzamiento es contraria a la ley". La prueba no apreciada consiste en una constancia secretarial de fecha 27 de julio de 1987, que obra en el proceso de lanzamiento seguido en el Juzgado Cuarto Civil Municipal, en donde se da cuenta de un memorial del doctor Reyes Murillo solicitando la entrega de las llaves de la casa y se advierte que a ese Despacho han sido llevadas dichas llaves.

Con fecha 14 de agosto siguiente se realizó la diligencia de entrega y en ella dice: "De éstas (las llaves) se hace entrega real y material al apoderado designado quien manifiesta recibirlas a entera satisfacción, y dando por recibido el inmueble e igualmente se compromete a entregar el Despacho comisorio librado para la diligencia de lanzamiento" (fl. 62 del anexo 1).

De lo anterior deduce el demandante, que Parmenio Páez desocupó el inmueble recibido en arrendamiento, pero las llaves sólo fueron entregadas a principios de julio de 1987, incurriendo en mora al no pagar los meses corridos del 6 de diciembre de 1986 al 6 de julio de 1987, hecho que no es reconocido en la sentencia, en cuanto allí se afirma que: "Páez no debía ninguna suma de dinero a su arrendadora y por este aspecto comenzó a faltarse a la verdad para engañar como en efecto se engañó al Juez Cuarto Civil Municipal de esta ciudad que adelantó la demanda y dictó sentencia de lanzamiento en abril 27 de 1987".

Al ignorar la referida prueba, el Tribunal llegó a la conclusión de que el lanzamiento ordenado era contrario a la ley, con lo cual se contradice frontalmente lo acreditado en el proceso.

3º "Error de hecho por tergiversación de una prueba". La fundamentación de este ataque es del siguiente tenor: "Junto con la demanda de lanzamiento presentada por el doctor Reyes Murillo Sánchez contra Parmenio Páez y María Josefa Páez de Martínez, se acompañó como única prueba el contrato de arrendamiento que habían suscrito los demandados con Isabel Higuera de Murillo. Para poder condenar al doctor Reyes Murillo Sánchez, el sentenciador tergiversó el contrato de arrendamiento, en el sentido de extraer de su contenido prueba sobre el subarriendo de una pieza hecha por Parmenio Páez a Alvaro

Peria. Dicho contrato se refiere en su cláusula octava al subarriendo, no para autorizar sino para prohibirlo, pues dice: 'La finca no podrá ser subarrendada ni cedida sin autorización expresa y por escrito del arrendador, y si lo hicieran, el arrendador podrá dar por terminado este contrato'. Como el sentenciador extrajo de esta cláusula la conclusión de que ella era el medio fraudulento de que se validó el procesado doctor Reyes Murillo para inducir en error al Juez Cuarto Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, resulta a todas luces que para hacer tal aseveración tergiversó el texto literal del contrato de arrendamiento, distorsionando el sentido de esa prueba. Se está, pues en presencia de la violación del artículo 278 del Código de Procedimiento Penal y 251 del Código de Procedimiento Civil, porque no se atendió el tenor literal del documento para extraer de él las consecuencias probatorias incompatibles con su texto. Y esa violación condujo a la aplicación indebidamente del artículo 182 del Código Penal, por cuya razón fue violada".

La petición consiste en que se casce la sentencia y en su lugar se le dé vigencia a la decisión del Juzgado Penal del Circuito por la cual fue absuelto el procesado de los cargos formulados en la resolución de acusación, y se declare que el auto de detención dictado en su contra queda revocado.

Nulidad del proceso: Al final del escrito de demanda, su autor sugiere a la Corte la posibilidad de estudiar de oficio si la sentencia recurrida fue dictada en un juicio viciado de nulidad, en la medida en que el implicado puede haber incurrido en una falta contra la lealtad debida a la administración de justicia, para cuyo reconocimiento la competencia está indicada en los Tribunales Superiores y no en los Juzgados que intervinieron en este diligenciamiento.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se pronuncia sobre cada uno de los temas propuestos por el libelista así:

1º *Nulidad:* Califica como un desacuerdo el que se haya invocado como una "mera sugerencia" a la Corte, para que de oficio "estudie si la sentencia condenatoria se dictó en un juicio viciado de nulidad". El actor ha debido proponer el ataque como un cargo independiente, principal o subsidiario y con las formalidades que le son propias.

La hipótesis enunciada es además descartable, pues no es cierto que las autoridades judiciales hayan invadido una competencia que no les correspondía, ya que ellos se limitaron a indagar sobre el delito de fraude procesal, no sobre una presunta falta disciplinaria.

2º Por razones metodológicas, el Ministerio Público se ocupa de los cargos primero y tercero dejando como último el segundo, el cual considera que debe prosperar.

En lo atinente al *primer reproche*, dice que aunque se refiere a una violación indirecta de la ley, por suponer la existencia de la prueba demostrativa de los medios fraudulentos que habría utilizado el procesado para inducir en error al Juez Cuarto Civil Municipal, "sin embargo, lo que verdaderamente discute el censor, al desarrollar el ataque, es el haber considerado el Tribunal como medio engañoso la demanda presentada ante el Juez Civil, en la cual se pretendía la restitución del inmueble mediante el reconocimiento de dos causales de lanzamiento: La mora y el subarriendo de la vivienda, y específicamente, la afirmación contenida en la sentencia según la cual, la pretensión restitutoria del inmueble bajo el amparo de estas causales, al estar sustentada sobre hechos falsos, habría constituido el ardido eficaz para generar la decisión de lanzamiento contraria a la ley. No siendo, en consecuencia, la vía a invocar la correspondiente al error de hecho, sino la causal primera pero por errónea interpretación de la ley sustancial".

La incorrección técnica de la censura se descubre al observar que en su desarrollo el casacionista se apoya en citas doctrinales orientadas a demostrar, que la "simple mentira" no puede ser considerada como medio engañoso para la tipificación del fraude procesal, con lo que se ve que el objetivo era destacar que el fallador interpretó erróneamente ese elemento del tipo, ataque que corresponde a la vía directa.

El error técnico cometido al escoger la violación indirecta y desarrollarla con argumentos propios de la directa es, a juicio del Procurador Delegado, suficiente para desestimar el reproche.

El *tercer cargo*, consistente en que el Tribunal tergiversó el contenido del contrato de arrendamiento que se adjuntó a la demanda, tampoco puede prosperar porque no es cierto que eso haya ocurrido, ni tampoco que ese documento haya sido tomado como el medio fraudulento de que se valió el procesado Reyes Murillo para inducir en error al Juez Cuarto Civil Municipal.

El contrato fue simplemente el anexo legal necesario para la admisión de la demanda y la demostración de lo pactado, sin que fuera pretensión del demandante probar con él el incumplimiento de la cláusula octava, atinente a la prohibición del subarriendo, forma en que fue apreciada por el juzgador.

3º *Segundo cargo:* La constancia que obra en el folio 60 vuelto del cuaderno de anexos número 1, permite afirmar que la parte demandada en el proceso de lanzamiento hizo entrega del inmueble cinco meses después de que esa acción se iniciara, depositando las llaves en el Juzgado Cuarto Civil Municipal.

Además a partir del día 6 de agosto de 1986, fecha en que se cumplió el año pactado, el contrato se prorrogó automáticamente en iguales condiciones y por el mismo término, de modo que el arrendatario debía cumplir con el preaviso de por lo menos tres meses y el pago de una

indemnización equivalente a tres cánones para poder darlo por terminado unilateralmente, procedimiento al cual no se podía sustraer con solo desocupar el inmueble y presentarse ante la arrendadora a entregar las llaves, como efectivamente lo hizo, incurriendo en mora.

Por este aspecto, agrega el Ministerio Público, "debe reconocerse que la razón está de parte del casacionista", ya que el fallador al no valorar esta prueba ostensible en el proceso llegó a la conclusión según la cual "Páez no debía ninguna suma de dinero a su arrendadora y por esto aspecto comenzó a faltarse a la verdad para engañar como en efecto se engañó al Juez Cuarto Civil Municipal", consideración que por igual, le sirvió para sostener enfáticamente el carácter ilegal de la decisión adoptada por el Juez Civil, al dictar de plano sentencia accediendo a las peticiones de la demanda.

"De esta manera, el Tribunal Superior arribó a la conclusión de que la sentencia que ordenara la terminación del contrato de arrendamiento y la restitución del inmueble, era contraria a derecho, en la medida en que habría tenido por fundamento dos hechos cuya fraudulenta invocación por parte del procesado Reyes Murillo Sánchez como causales generadoras de incumplimiento del contrato, habrían inducido en error al Juez Cuarto Civil Municipal, afirmación que a todas luces descontona la certificación procesal referida".

Dice el Procurador Delegado que comparte la consideración del Juzgado Penal del Circuito, en cuanto considera probada la mora y sostiene que es causal suficiente para promover el lanzamiento.

Si el Juez Civil reconoció los dos motivos de lanzamiento alegados, se debió a que el arrendatario no contestó la demanda, lo que por constituir indicio en su contra, lleva a que la sentencia se dicte acogiéndolo integralmente las peticiones del libelo, con fundamento en los argumentos allí expuestos acorde con lo previsto en el artículo 434 numeral 7º del Código de Procedimiento Civil.

La petición del Ministerio Público es que se case la sentencia, pues al no tener en cuenta el sentenciador la prueba que acreditaba la existencia de la mora, y que a su vez esta era causal suficiente para el lanzamiento, resultando intrascendente el subarriendo alegado, erradamente concluyó que tal determinación era ilegal, atribuyéndole responsabilidad penal a Reyes Murillo por el delito de fraude procesal, cuando ha debido absolverlo.

IV. Consideraciones de la Sala:

Teniendo en cuenta que la nulidad mencionada en la demanda no corresponde a un cargo sino a una "sugerencia" del autor, práctica ajena a este extraordinario recurso y utilizada en este caso para plantear un argumento absurdo como lo destaca el Procurador Delegado

en su concepto, la Sala se ocupará de los reproches formulados en el orden propuesto en el libelo.

Primer cargo: El censor plantea "error de hecho por suposición de prueba", pero en ninguna parte de la sustentación concreta cuál fue la prueba supuesta, quedándose de esa manera en una afirmación carente de demostración.

El suponer una prueba es una de las modalidades del falso juicio de existencia, y su alegación obliga a que se precise el medio de convicción que sin obrar en el expediente fue apreciado por el juez, así como, a que se demuestre la trascendencia del mismo en el fallo impugnado.

La equivocación del censor se hace más evidente al observar el desarrollo del ataque, pues allí olvida que el planteamiento inicial fue la presunta suposición de prueba, y desvía su inconformidad al entendimiento que le dio el Tribunal a la circunstancia de modo contenida en el artículo 182 del Código Penal, enunciada con la expresión "el que por cualquier medio fraudulento", alegación propia de la violación directa por interpretación errónea.

Una cosa es que el sentenciador acepte como "medio fraudulento" la afirmación mentirosa contenida en la demanda de lanzamiento, y otra muy diferente que haya supuesto prueba, afirmación esta última que no corresponde a la realidad procesal, y que el propio libelista reconoce al destacar que el *ad quem* es enfático en aceptar en el fallo que "no obra prueba alguna dentro del expediente según la cual se acredite que el señor Parmenio Páez, dio en arrendamiento parte alguna del inmueble al señor Alvaro Peña".

De otra parte, el Tribunal es perfectamente claro al exponer que el fraude procesal lo constituye el faltar a la verdad en la demanda de lanzamiento, en cuanto al incumplimiento en el canon de arrendamiento, y respecto al hecho de haber subarrendado una pieza al señor Peña sin consentimiento de la propietaria del inmueble, afirmaciones que estimó engañosas y eficaces para el efecto perseguido por el doctor Reyes Murillo, sin que llegara a suponer prueba alguna.

Al margen del problema técnico de la demanda, es oportuno advertir que para la Sala no hay ninguna duda de que la mentira puede ser el medio fraudulento que induzca en error al empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. Lo que es necesario es que ella tenga capacidad para inducir en error, para convencer y determinar al funcionario a una decisión ilegal.

Para sustentar la tesis contraria, el demandante acude a los ejemplos que el tratadista MACCIORE señala para el artículo 374 del Código Penal Italiano, que si bien se denomina fraude procesal, su contenido es totalmente diferente al consagrado en la legislación co-

lombiana, de manera que así se le califique como antecedente de nuestra norma, lo cierto es que lo que se plasmó en el código tiene una descripción mucho más amplia que aquella.

El artículo 182 de nuestro estatuto penal, al decir qte: "El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial", deja abierta la posibilidad de que el medio utilizado puede ser inclusive una mentira, si con ella se puede llevar al error. El profesor Luis Carlos Pérez la llamó "mentira eficaz" y la acepta como un medio idóneo para generar error, razón por la cual es extraño que en el libelo se le cite queriendo dar la impresión de que él descarta esa eventualidad.

El reproche no prospera.

Segundo cargo: También por error de hecho, pero en esta oportunidad por omitir la consideración de una prueba obrante en el proceso, lo que llevó al fallador a negar la realidad de un hecho procesal, para concluir que la sentencia de lanzamiento es ilegal.

La prueba omitida consiste en una constancia secretarial de fecha 27 de julio de 1987, mediante la cual pasaba al Despacho un memorial del doctor Reyes Murillo, en el que solicita la entrega de las llaves y la liquidación de costos, costas y agencias en derecho, su texto es el siguiente: "Al despacho informando que se allegó el anterior memorial, es de advertir que a este despacho se han traído llaves" (fl. 60 vto., cuaderno de anexos número 1).

Por auto del 4 de agosto de 1987 se dispuso la entrega de las llaves, lo cual se cumplió el 14 de agosto siguiente, consagrando en la diligencia realizada por la Secretaría este texto: "...De estas se hace entrega real y material al apoderado designado quien manifiesta recibirlas a entera satisfacción, y dando por recibido el inmueble se compromete a allegar el despacho comisorio librado para la diligencia de lanzamiento".

El impugnante infiere que el inmueble sólo lo entregó Páez el 7 de julio de 1987 cuando hizo llegar al Juzgado las llaves, por lo tanto incurrió en mora al no pagarle a la arrendadora los meses corridos entre el 6 de diciembre de 1986 y el 6 de julio de 1987, hecho que desconoce la sentencia al afirmar que el demandado no debía ninguna suma de dinero.

Punto importante a dilucidar es si la sentencia de lanzamiento es realmente contraria a la ley, y en caso positivo, si a ella se llegó porque el juez fue inducido en error por un medio fraudulento.

Según lo probado en el proceso y aceptado por el libelista, el doctor Reyes Murillo consignó en la demanda de lanzamiento una mentira, consistente en afirmar que Parmentio Páez había subarrendado parte del inmueble a Alvaro Peña.

De esa afirmación contraria a la verdad era plenamente consciente, como quiera que sabía que Peña estaba ocupando parte de la casa desde varios años antes de que llegara Páez, e incluso con aquél tenían un contrato de arrendamiento suscrito el 1^o de marzo de 1982, documento que le sirvió de base para la demanda de lanzamiento que presentó en su contra el 29 de julio de 1985 (El contrato con Parmenio Páez fue escrito 8 días después).

Tan claro tenía Reyes Murillo que Parmenio Páez no subarrendó a Alvaro Peña, que a los dos días de haber aceptado el Juzgado Cuarto Civil Municipal la demanda de lanzamiento contra el primero, esto es, el 28 de marzo de 1987, pugó en el Juzgado Quince Civil Municipal la notificación de la demanda que tenía presentada contra el segundo, adelantando de esta manera antiética y reprochable, dos procesos en los que simultáneamente y por distinta causa perseguía el lanzamiento de Alvaro Peña.

Y es que el verdadero objetivo de ese montaje a través del cual hizo intervenir a la administración de justicia, era lanzar a Peña, porque respecto de Parmenio ya sabía que él había desocupado la casa, e incluso le pidió a la arrendadora que le recibiera las llaves, pero ella se negó a hacerlo hasta tanto no sacaran de allí el otro arrendatario, exigencia que Páez se negó a cumplir porque no tenía ningún contrato con él.

Como consecuencia de la demanda formulada contra Parmenio Páez y María Josefa Páez de Martínez, el abogado obtuvo sentencia el 9 de mayo de 1987, en cuya parte resolutiva se lee:

"Primero: Declarar terminado el contrato de arrendamiento celebrado entre Isabel Higuera de Murillo en su calidad de arrendadora y los señores Parmenio Páez y María Josefa Páez de Martínez en su calidad de arrendatarios, por incumplimiento del contrato al haber incurrido en mora al igual que haber arrendado a otro, e infringido de esta manera el atudido contrato al incurrir en subarriendo sin el previo consentimiento de la arrendadora y demás especificaciones hechas en la parte motiva de esta sentencia.

"Segundo: Decretar el lanzamiento de los demandados y demás ocupantes; con la consiguiente restitución del bien inmueble ubicado en la calle 8^a número 80 de Bogotá la cual se encuentra identificada y alinderada según especificaciones hechas en la parte motiva de esta sentencia" (subraya la Sala).

Como esta decisión fue impugnada por el apoderado de Alvaro Peña mediante una demanda de intervención *ad excludendum*, la cual puso al Despacho el 28 de mayo, dos días después el esposo y apoderado de la arrendadora solicitó en el Juzgado Quince Civil Municipal

que se dictara la sentencia de lanzamiento contra Alvaro Peña, en una clara demostración de su mala fe y de la forma como manipuló dos procesos, y por consiguiente a los dos jueces, pues si algo le fallaba en el del Juzgado Cuarto lo podía subsanar con lo que decidiera el Juzgado Quince.

A manera de síntesis intermedia, es importante en este momento destacar la correza que ofrecen los autos sobre la incorrecta conducta del letrado Reyes Murillo. Veamos: Si de verdad hubiera creído que Alvaro Peña se convertía en arrendatario de Parmenio Páez a raíz de la firma del contrato con éste, hubiera dado por terminado el proceso de lanzamiento que le tenía iniciado en el Juzgado Quince Civil Municipal; y en este caso, seguiría siendo una afirmación falsa la sostenida en la demanda contra Páez, ya que entonces no habría duda de que el subarriendo había sido con el consentimiento de la señora Higuera de Reyes, hecho este que precisamente ella afirma en su indagatoria.

El Ministerio Público incurre en el error de creer que no tiene importancia que en la demanda de lanzamiento se hubiera esgrimido como causal el subarriendo, pues aunque eso no era verdad, de todas maneras existía la mora en el pago, hecho que él considera cierto y suficiente para que la sentencia hubiera atendido la pretensión del actor.

Conviene aclararle al Procurador Delegado, que el acusado no utilizó la mentira del subarriendo como un simple argumento más, es que con esa afirmación lograba, como en efecto logró, que se ordenara lanzar, además de Parmenio Páez, a Alvaro Peña, por esa razón es que la sentencia dice con toda claridad: "decretar el lanzamiento de los demandados y demás ocupantes; con la consiguiente restitución del bien inmueble ubicado en la calle 8^a número 80 de Bogotá".

Si no se hubiera alegado el subarriendo como causal para la terminación del contrato y consiguiente lanzamiento, la sentencia habría tenido que limitarse a Parmenio Páez, dejando vigente el derecho de Alvaro Peña a continuar en el inmueble.

No es cierta la afirmación que hace el *a quo* y comparte el Procurador Delegado, en el sentido de que Páez hubiera resuelto "desocupar el inmueble por decisión unilateral e intempestiva desconociendo la voluntad de la parte arrendadora", pues está probado que él habló con la señora Isabel de Murillo y le ofreció la entrega del inmueble y las llaves, pero ella no le recibió, porque le impuso como condición que sacara de la casa a Peña, exigencia que constituye un verdadero atropello, ya que ella sabía que él no tenía porque asumir esa obligación.

Pero aún aceptando que frente a las disposiciones civiles sea válida la mora en que lo hizo incurrir la arrendadora, y que en este sentido

se equivocó el Tribunal al decir que por se aspecto "comenzó a faltarse a la verdad para engañar como en efecto se engañó al Juez Cuarto Civil Municipal", no hay duda de que el argumento del subarriendo fue utilizado de manera deliberada, con el ánimo de inducir en error al juez y así obtener una sentencia judicial contraria a la ley, que sirviera para sacar de la casa a Alvaro Peña.

El cargo no prospera.

Tercer cargo: Error de hecho por tergiversación del contrato de arrendamiento.

Este reproche, como bien lo destaca el Ministerio Público, no corresponde a la realidad, pues no es cierto que el Tribunal haya tomado la cláusula que prohibía el subarriendo como medio fraudulento del cual se valió el proccesado para engañar al Juez Cuarto Civil Municipal.

El documento fue apreciado como prueba del contrato de arrendamiento, fin para el cual se anexó al libelo, y de él no extrajo el sentenciador ninguna otra conclusión. Con absoluta claridad se precisa en el fallo, que el engaño se logró faltando a la verdad al afirmar en la demanda la mora en el pago y la existencia del subarriendo, aspectos estos estudiados en el punto anterior.

La falla que el libelista atribuye al *ad quem* es gratuita, y basta leer la sentencia para darse cuenta que no existió ninguna tergiversación; pero además, el error imputado es de tal forma absurdo, que resulta casi imposible de cometer, ya que carece de sentido que a alguien se le ocurra que la cláusula del contrato que prohíbe el subarriendo, sirve al mismo tiempo para demostrar la existencia de otro contrato entre el arrendatario y el tercero a quien se subarrienda.

El abogado afirmó la existencia del subarriendo y anexó el contrato, en una de cuyas cláusulas obra la prohibición, pero en ningún momento pretendió probar el subarriendo con el mismo contrato. Eso es claro y el Tribunal lo entendió así.

La censura será descartada.

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.

Juan Manuel Torres Fresnedu, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / ERROR DE HECHO / DOLO / TESTIMONIO

1. El error de hecho sólo adquiere relieve cuando el fallador ignora la prueba que obra en el proceso, finge o supone prueba inexistente o le da a ésta un alcance o contenido que no tiene. / 2. La ley no le asigna determinado valor probatorio a la prueba testimonial y es al juez a quien corresponde decidir con apego a la lógica, la experiencia y los demás elementos de prueba y dentro del sistema de la sana crítica, el valor que le merece y le otorga. / 3. Siendo el dolo un fenómeno psicológico que escapa directamente a la percepción de los sentidos su presencia debe desentrañarse de la suma de circunstancias que rodearon el hecho.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado Acta número 53, junio 10 de 1993.

Vistos:

Agotada la correspondiente tramitación, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Efrain Botero Rendón*, contra la sentencia del dos de diciembre de 1991, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva lo condenó a la pena principal de dieciséis (16) meses de prisión, multa de \$ 16.000.00 pesos y al pago de perjuicios en la cantidad de \$ 20.332.000.00 como responsable del delito de estafa en perjuicio de Juan Antonio Diaz Calderón.

Con la anterior decisión, se confirmó parcialmente la sentencia del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva del 28 de mayo del mismo año, que había condenado a Alberto Pineda Aguirre como autor del delito de estafa de que dan cuenta los autos, y la revocó en relación con Efrain Botero a quien el Juzgado había absuelto de los cargos que le aparecen como cómplice del aludido reato.

La sentencia del Juzgado fue recurrida en apelación por el apoderado de la parte civil.

Episodio procesal:

Los hechos que dieron origen a la investigación, aparecen resumidos por el *ad quem* de la siguiente manera:

... A fines de noviembre de 1987 un individuo conocido bajo el nombre de Carlos Alberto Pineda Muñoz, quien a la postre resultó ser Alberto Pineda Aguirre, se presentó al establecimiento 'Autopista' de propiedad de Juan Antonio Díaz Calderón a negociar tres (3) cheques posdatados de la cuenta corriente número 004126 del Banco del Estado, Sucursal Neiva, perteneciente a Efraín Botero, dos por las sumas de un millón quinientos mil pesos (\$ 1.500.000,00) cada uno para ser cobrados a mediados de diciembre subsiguiente, y otro por la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000,00) para ser cobrado el 20 del mes acabado de citar. Al comprador de los títulos valores se le informó que la causa de éstos era la cuota inicial de la compra por Botero de la firma 'Ibaguereña de Licores' de propiedad de Pineda. Botero informó que los cheques eran evidentemente suyos y la transacción se cumplió sin tropiezos. A mediados de diciembre Pineda volvió a 'Autopista' a negociar un choque personal suyo del Banco de Colombia, agencia Plaza de Mercado de Neiva, por dos millones doscientos mil pesos (\$ 2.200.000,00) para el 17 de enero de 1988. El señor Díaz Calderón exigió como respaldo una letra por igual cantidad girada por Botero quien se presentó con dicho título valor pidiendo a su vez un recibo en el cual constara su origen, recibo que alcanzó a elaborar la secretaria pero se negó a firmar el propietario del establecimiento de cambio, con el natural disgusto de Botero quien se retiró con el documento. Poco después Pineda llevó la letra y Botero confirmó telefónicamente que la había firmado, acotando al ser requerido al respecto que la firma podía estar un tanto distinta por haberla estampado en estado de alicoramiento. Pineda, recibió el dinero, dejando la letra en garantía. El 21 de diciembre (1987) Pineda propuso un tercer negocio consistente en el cambio de tres letras, dos por dos millones quinientos mil pesos (\$ 2.500.000,00) cada una y otra por dos millones trescientos mil pesos (\$ 2.300.000,00) con vencimiento a febrero 21, febrero 28 y marzo 6 de 1988, giradas por Efraín Botero Rendón a Carlos Alberto Pineda Muñoz, como otra parte del pago de la firma 'Ibaguereña de Licores'. Botero, confirmó que había expedido esos títulos valores pero al observar la secretaría de Juan Díaz repisos en dos de las letras y fecha de vencimiento anterior al del giro en la tercera, su empleador le ordenó elaborar otras para que Botero las firmara en su oficina, lo cual no quiso hacer pretextando proferir sus propios formatos con los cuales se presentó en la tarde siguiente en unión de Pineda, recibiendo este último su importe, parte en efectivo y parte en un cheque del Banco Santander, Sucursal Neiva. El cheque de la segunda nego-

ciación fue consignado a mediados de enero de 1988 y rechazado por fondos insuficientes. Al exigirle a Botero el pago de la letra dada en garantía del cheque impagado, negó haberla suscrito, al igual que las tres de la última negociación, el Laboratorio de grafología del Instituto de Medicina Legal de Bogotá estableció mediante experticio 'que las firmas como del señor Efraín Botero Rendón visibles en las cuatro letras de cambio cuestionadas (fls. 5 y 6) son burdas imitaciones de la firma utilizada por dicho señor y en consecuencia son eminentemente falsas'. Igualmente conceptuó que no pertenecen al señor Díaz Calderón ni a ninguno de sus empleados. Y conceptuó que corresponden al signatario de una solicitud de apertura de cuenta corriente, quien no es otro que Pineda. Botero había tenido con anterioridad innumerables transacciones con Juan Díaz. Pineda desapareció de Neiva con posterioridad a los hechos y según informe policial ha sido visto en dos ocasiones en 'La Posada', establecimiento de propiedad de Botero, quien niega haber avalado las transacciones cuestionadas y presenta como las verdaderamente respaldadas por él pero en transacción frustrada las letras a folio 16 las cuales desconoce la secretaria de 'Autopista', Luz Mary Díaz, como las originalmente presentadas por Botero y Pineda ya que dos de éstas estaban repisadas y la tercera tenía fecha de vencimiento anterior a la de expedición, razones por las cuales fueron rechazadas".

Demandas de casación:

Con expresa invocación de la causal primera de casación —art. 226 del C. de P. P., cuerpo segundo—, se acusa la sentencia de ser violatoria de manera indirecta de la ley sustancial (art. 356 del C. de P. P.) debido según el censor a manifiestos y trascendentales errores de hecho generados en interpretaciones y apreciaciones falsas del acervo probatorio.

Sostiene el recurrente, que el Tribunal llegó después del análisis del caudal probatorio a la errada conclusión de que Alberto Pineda Aguirre pudo cometer su delito de estafa en perjuicio de Díaz Calderón, gracias a la eficiente colaboración que le prestó Efraín Botero Rendón, a quien condenó como cómplice del hecho punible.

Que el *ad quem* dio por probada esa participación criminosa con fundamento en los elementos de convicción aportados por el ofendido, sus empleados y parientes, otorgándoles plena credibilidad incurriendo en lamentable defecto de raciocinio, ya que ignoró algunas pruebas y le dio alcance equivocado a otras.

1º Dentro de las pruebas presuntamente omitidas por el fallador cita la diligencia de indagatoria del acusado, donde éste pregonó su buena fe, limitándose a aceptar que sirvió de fiador a Pineda en relación con las operaciones comerciales que adelantaba con Díaz Cal-

derón, pero se muestra ajeno a la falsificación de los títulos valores, y a la ejecución de cualquier actividad dolosa en perjuicio de Díaz Calderón y en beneficio de Pineda.

2º Argumenta luego, que la negociación entre Pineda y Botero Rendón por la empresa "Ibaguereña de Licores" se efectuó en la realidad y que en virtud de dicha negociación (que el Tribunal pone en entredicho) giró los cheques por valor de cuatro millones de pesos que Pineda negoció con Antonio Díaz Calderón y que fueron pagados en su oportunidad.

Que la Corporación para poner en duda la existencia de la negociación en relación con la empresa "Ibaguereña de Licores", desconoció los certificados de las Cámaras de Comercio de Ibagué y Neiva que acreditan la existencia legal de la sociedad, los oficios de la Secretaría de Hacienda Municipal de Ibagué donde autorizan a la empresa a estampillar licores, así como el testimonio de José Vargas Quintero, contador de "Ibaguereña de Licores" que habla de los inventarios de la sociedad y de las negociaciones efectuadas por el año de 1987 entre los sentenciados Pineda y Botero.

Afirma el demandante que de igual modo, no fueron estimadas las declaraciones de Omar Romero y Alberto Pineda Aguirre, quienes dan fe de la existencia de la sociedad "Ibaguereña de Licores" y de la negociación de parte de esta entidad para refinanciar la empresa.

Y agrega: "Todas estas pruebas de trascendental importancia que fueron desafortunadamente desconocidas por el Tribunal Superior, demuestran la existencia real de la negociación entre Efraín Botero y Alberto Pineda; explican también el origen de los cheques y su negociación por parte de Pineda a Juan Díaz, la cual fue respaldada por Efraín Botero, cheques que efectivamente se pagaron en forma oportuna...".

Deduce el censor de lo anterior, que por la omisión de estos medios de prueba el Tribunal Superior resolvió afirmar la inexistencia de la transacción y colocar estas afirmaciones como procedimientos habilidosos por parte de Botero para burlar a la justicia.

3º Expresa el recurrente, que no se tuvo en cuenta la ampliación de la indagatoria de Botero Rendón donde éste explica que no pudo culminar la negociación por la sociedad "Ibaguereña de Licores", debido al alto costo de los inventarios, razón por la cual se deshizo el contrato, devolviendo Pineda el valor de los cinco millones de pesos recibidos, mediante el traspaso abierto de unos vehículos y un cheque por valor de \$ 800.000.00 que resultó sin fondos. Que tampoco se apreciaron los testimonios de José Vargas Quintero y Hernán Orlando Medina que dan fe de la existencia de la transacción y ofrecen las razones por las cuales no se realizó la mencionada negociación.

Que no obstante lo anterior, el Tribunal no otorgó credibilidad a la versión del acusado, considerando "inverosímil" la negociación y atribuyendo a Botero Rendón la realización de maniobras engañosas para inducir en error a Díaz Calderón.

4º En el cuarto cargo, vuelve el censor a insistir en que el Tribunal no aceptó la versión del acusado Botero cuando negó haber avalado con su firma las letras de cambio negociadas por Pineda con Díaz Calderón, ni que personalmente las hubiese autorizado con su firma.

Se duce el censor que el juzgador hubiese otorgado en este punto, plena credibilidad a las afirmaciones de Díaz, a sus complicados y parientes, no obstante las contradicciones insalvables, que contienen, desestimando en cambio la explicación rendida por Botero Rendón, apoyadas en las declaraciones de José Vargas Quintero y Omar Romero Trujillo.

Que por esta equivocada apreciación probatoria, el Tribunal admitió como veracos los testimonios interesados de los empleados y parientes de Díaz Calderón, cuando sus dichos son "falaces, interesados y tendenciosos", razones por las cuales no merecieron credibilidad para el juez de la primera instancia quien los consideró contradictorios e interesados en faltar a la verdad.

5º Finalmente, acusa al Tribunal de suponer prueba al afirmar, sin existir elementos de convicción que apoyen su aserto, que Efraín Botero sabía y era consciente de las falsificaciones que estaba realizando Alberto Pineda Aguirre "cuando también las supone al declarar probado el acuerdo criminal, que el Tribunal afirma existió entre Pineda y Botero con el propósito de defraudar a Juan Antonio Díaz...". Sostiene que el acervo probatorio indica todo lo contrario y no permite hacer tales afirmaciones.

Como resultado de todas sus argumentaciones, considera que la Corte debe casar la sentencia y en su lugar proferir fallo absolutorio de reemplazo a favor de Efraín Botero, por no ser su conducta constitutiva del delito de estafa.

*El Ministerio Público y
consideraciones de la Corte:*

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de examinar los cargos formulados en la demanda, sugiere a la Corte no casar la sentencia impugnada, porque el libelo adolece de fallas en su formalización y planeamiento que lo hacen improsperable.

En términos generales opina la Delegada, que no obstante que el recurrente enfoca su demanda por la vía de la violación indirecta de la ley, por no haber apreciado el juzgador determinados medios

de prueba y haber supuesto otras, aquello que en verdad trata de demostrar es un falso juicio de convicción en la valoración de las pruebas, que si fueron estimadas, pero con un valor y sentido diversos al que les atribuye el libelista.

Pone de presente, cómo el Tribunal Superior si consideró la injurada del acusado Botero y transcribe algunos apartes de la sentencia donde se alude a la declaración indagatoria, para relieves que si se examinó la prueba, pero que para el juzgador no fue digna de credibilidad la versión expuesta por el procesado, ni admitió como cierta la explicación de que los titulos valores hubiesen sido adulterados sin el consentimiento y conocimiento de Botero y agrega:

"... No se cuestiona aquí en verdad el hecho de que el sentenciador hubiera desconocido la injurada de Botero Rendón o que arbitrariamente hubiese modificado su contenido para darle uno que no le corresponde, sino que al libelista le parece inadmisible que el Tribunal no haya aceptado a pie juntillas las explicaciones del sentenciado respecto al tema de las letras de cambio aportadas. Esto es indudablemente trasladar el argumento al ámbito propio del error de derecho por falso juicio de convicción que resulta inadmisible en este extraordinario recurso..."

Solicita en consecuencia a la Corte, desechar este primer cargo.

Indudablemente, la Corte debe compartir los asertados razonamientos del Ministerio Público. El extenso libelo del recurrente, lejos de demostrar los presuntos errores de hecho en la apreciación probatoria, se limita a efectuar una nueva y diferente estimación del acervo probatorio, para darle a los medios de convicción un valor diferente al otorgado por el Tribunal.

En su primer cargo plantea el censor un error de hecho, por no haber apreciado el juzgador la versión que en la indagatoria rindió el acusado Botero y donde pretende mostrarse ajeno a los hechos que dieron origen a la sentencia de condonía.

Pero este presunto yerro imputable al fallador, carece de fundamento.

El error de hecho, sólo adquiere relieve cuando el fallador ignora la prueba que obra en el proceso, tiene o supone prueba inexistente o le da a ésta un alcance o contenido que no tiene y en ninguna de estas hipótesis se ubica el reproche que formula el recurrente, porque su afirmación en el sentido de que el Tribunal no estimó la versión del procesado es contraria a la realidad procesal. El juez si analizó y estudió con detenimiento dicha prueba; pero haciendo uso de la facultad que la ley le otorga para apreciar razonablemente la credibilidad de tal medio de convicción, no aceptó las excusaciones del

acusado por considerar que ellas pugnaban con la verdad demostrada en el proceso, sobre su participación criminosa en el atentado contra el patrimonio económico del señor Juan Antonio Díaz.

No existe en consecuencia en relación con este primer cargo un error de hecho por falta de apreciación de la prueba, sino una simple discrepancia de criterio sobre la evaluación que hiciera el Tribunal del caudal probatorio para formar su convicción, posición que no se desvirtúa por el solo hecho de que el casacionista aduzca un modo de pensar diferente y acorde con su personal punto de vista.

No prospera la censura.

Segundo cargo:

En relación con el segundo reparo conceptúa la Fiscalía que nadie ha puesto en duda la existencia del establecimiento "Ibaguereña de Licores", ya que tan sólo se recibió con reservas por parte de los juzgadores, la celebración del negocio entre Carlos Alberto Pineda y Efraín Botero por el hecho de no ser Pineda, sino Blanca Aguirre la propietaria del bien por la época de la presunta negociación; pero expresa la Fiscalía que aún aceptando como cierta la celebración del contrato de compraventa, este es un aspecto intrascendente que no incide sobre los elementos de prueba que tuvo en cuenta el fallador para deducir la responsabilidad penal del acusado en el delito de estafa y textualmente agrega:

"Aún aceptando que Botero Rendón logró el destrete con Pineda Aguirre sobre la parte de Ibaguereña de Licores, que a consecuencia de ello el frustrado vendedor hubo de girar un cheque por valor de ochocientos mil pesos como parte del dinero que tenía que devolver y que el restante aporte se devolvió en parte con el traspaso de la propiedad de algunos vehículos, estas circunstancias no podrán considerarse más que como indicadoras de un perjuicio que también sufrió el ahora sentenciado, pero que no logran describir la conclusión a que llegó el juez de segundo grado en el sentido de que Botero Rendón inicialmente con su presencia y después mediante comunicación telefónicamente avaló los instrumentos que posibilitaron la estafa como provenientes de su persona, sin serlo, lo que implica además que necesariamente debería conocer su procedencia espuria, porque si él mismo no suscribió las actas, no podía afirmar ante los beneficiarios que así había sido, salvo su interés de lesionar el patrimonio del denunciante...".

Aquí como en el punto anterior, asiste razón a la Procuraduría Delegada. Aún aceptando que el juzgador hubiese puesto en tela de juicio la real negociación entre los sentenciados Pineda y Botero por la empresa de licores, es lo cierto que este aspecto es intrascendente y no afecta los elementos de juicio que se tuvieron en cuenta para deducir responsabilidad penal al sentenciado Botero en el delito de estafa.

Como se desprende de la atenta lectura de la sentencia de segunda instancia, la esencia de la acusación consistió en que Botero avaló y respaldó tres letras de cambio que aparecían giradas por él, a favor de Pineda por la cantidad total de siete millones trescientos mil pesos que el último de los nombrados endosó a favor de Juan de Dios quien entregó el valor correspondiente, precisamente porque confiaba en la autenticidad de los títulos valores y en la solvencia económica del girador Botero, quien personalmente y luego telefónicamente las reconoció como suyas, para luego negarse a cancelarlas alegando que las firmas no eran auténticas, sino que éstas habían sido falsificadas por Pineda.

Indudablemente, el proceso pregonó que Botero se prestó a esa patraña engañosa para ganar la confianza del estafado y llevarlo finalmente a recibir los documentos espurios como auténticos y cancelar su valor.

Recuérdese que sólo en los comienzos del plan encarrinado a inducir en error al ofendido Díaz, se presentaron cheques auténticos girados por Botero por valor de cinco millones de pesos, que Botero personalmente y en presencia de Díaz reconoció que eran tuyos y girados como parte de pago del negocio de compraventa de la empresa Ibaguereña de Licores, títulos que fueron cancelados en su oportunidad. Pero tiempo después, el mismo Pinada se presentó nuevamente en el establecimiento comercial de Juan Díaz con tres letras de cambio también giradas por Botero a favor de Pineda y que éste afirmó ser el complemento en el pago sobre la negociación. Y sólo entonces se pone en evidencia la participación dolosa del acusado, porque advertidas enmendaduras e incorrecciones en las letras de cambio, Juan Díaz citó a su oficina a Botero, quien en su presencia y la de los empleados José Tovar Saavedra y Luz Mary Díaz, aceptó que las letras eran auténticas y que podían ser negociadas, pero ante la insistencia de Díaz para que los títulos fueran cambiados por otros mejor elaborados, Botero se niega a firmar en presencia de testigos y promete enviar las letras elaboradas en sus propios formatos tiempo después como efectivamente ocurrió. Pero al observar la empleada Luz Mary Díaz cierta irregularidad en la firma de Botero, se comunica con él telefónicamente y éste avala la autenticidad de los títulos valores. Sólo este ardid, esta mentira, logró convencer a Díaz para llegar inducido en error y creyendo en la autenticidad de los títulos a negociarlos, para luego, al ser impagados, alegar Botero no ser suya la firma que aparece en los instrumentos.

Por eso afirmó el Tribunal en su sentencia:

"...El engaño sufrido por Díaz respecto a la autenticidad de las letras suscritas por Botero, no fue obra exclusiva de Pineda recién conocido por él, hábil negociante propietario de la casa de cambio, sino la colaboración necesaria de Efraín en quien don Juan si confiaba, al manifestar presencialmente y por teléfono que había suscrito

dichos títulos valores a sabiendas de la falsedad de su afirmación. Téngase en cuenta, que mañosamente llevaron dos letras con enmendaduras y otra con fecha de vencimiento anterior a su expedición, circunstancias anuladoras de su eficacia jurídica que al ser advertidas por Díaz y sus empleados, obligó a los estafadores a ingenierarse la excusa de la diferencia de formatos, para no firmar el librador los títulos en presencia del endosatario, lo cual hubiera desbaratado la red de engaños ingeniosamente tejida. Claro que a la hora de nona, Botero presentó como no negociadas las tres letras obrantes al folio 16, impecables en su confección, cuya conservación por mucho tiempo pese a su carencia de valor, es indicativo que se prepararon expresamente para reforzar la patraña usándolas como pruebas desviatorias de la verdad en la acción judicial que se veía venir como consecuencia del ilícito...”.

Se aprecia fácilmente en consecuencia, que los presuntos errores de hecho aducidos por el demandante, como la no estimación por el juzgador de los documentos que acreditaban la real existencia del establecimiento “Thaguereña de Licores” y la efectiva negociación realizada entre Fineda y Botero, no tuvieron incidencia en la decisión adoptada por el Tribunal, no se advierten los alcances que pudieran tener en el concierto probatorio, ni se establece de qué manera pudieran modificar la naturaleza de la sentencia impugnada.

Pero, independientemente de que esa negociación fuera real o ficticia, es lo cierto que ella jugó papel protagónico en la maniobra engañosa, pues sirvió como causa de los títulos valores espurios endosados a Juan Díaz, y que éste aceptó y cambió precisamente por la confianza que le inspiraba el señor Elrén Botero quien los avaló y por el origen de las obligaciones que se decía tenían los documentos que a la postre resultaron falsos.

En estas condiciones, no puede prosperar la censura.

En cargos posteriores, el recurrente acusa a la sentencia de tener errores de hecho que hace consistir en que el Tribunal otorgó entera credibilidad al testimonio del ofendido, persona interesada en los resultados del proceso y a las declaraciones de Jorge Tovar Saavedra, Libardo Madrid y Luz Mary Díaz, empleados al servicio del denunciante y la última pariente suya, y en cambio no concedió la misma credibilidad a la versión exculpatoria del procesado.

Se observa a primera vista y en relación con estos reproches, que bajo el ropaje de presuntos errores de hecho, el censor aduce en realidad errores de derecho por falsos juicios de convicción, al cuestionar el valor o la fuerza probatoria de los medios de prueba analizados por el fallador y que le sirvieron para formar su convencimiento, argumentación imprópria en sede de este extraordinario recurso, ya que por ninguna parte de la ley le asigna a la prueba testimonial un determinado valor probatorio y es al juez a quien corresponde decidir

con apego a la lógica, la experiencia y los demás elementos de prueba y dentro del sistema de la sana crítica, el valor que le merece y le otorga.

En el caso que se juzga, el Tribunal analizó con detenimiento la aludida prueba, expresando las razones que lo llevaron a creer en unos testigos más que en otros, sin que ahora el recurrente haya podido demostrar errores ostensibles y manifiestos por parte del fallador en ese juicio crítico.

En un último cargo se acusa al fallador de haber supuesto pruebas para afirmar la participación dolosa de Efraín Botero en la maniobra engañosa de que fuera víctima Juan Antonio Díaz, lo cual constituye error de hecho que afecta sustancialmente la sentencia de condena que se apoyó en prueba incexistente.

El señor Procurador en su concepto con irrefutable lógica y apego a la realidad procesal, responde a esta censura en términos que esta Sala comparte y se permite transcribir por acogerlos en su integridad.

"...La declaración de participación no deviene en modo alguno del capricho del Tribunal o de unas pruebas inexistentes que la hayan fundamentado; muy por el contrario, el examen pausado del fallo indica que las conclusiones son producto de hechos que se estimaron probados; la expedición de las letras con firmas falsas; la manifestación de Botero Rendón de haber suscrito él tales documentos; el pago que el mismo encartado hizo de un elevado sobregiro que Pineda Aguirre no había podido cubrir; la confianza que el denunciante mostraba en relación con Botero Rendón, etc. Todos estos aspectos en una u otra forma deducidos del material probatorio, llevaron al Tribunal al convencimiento de la responsabilidad del sindicado... sin que pueda entenderse como suposición de prueba, esto es, como aseveraciones sin soporte probatorio alguno...".

Sólo debe agregar la Sala, que siendo el dolo un fenómeno psicológico que escapa directamente a la percepción de los sentidos su presencia debe desentrañarse cuando —como en el caso presente se carece de la confesión que la revele de modo manifiesto—, de la suma de circunstancias que rodearon el hecho. Y el Tribunal dedujo con acierto ese grado de culpabilidad, de la actividad conjunta desarrollada por los dos sentenciados, adecuada al propósito perseguido en donde es evidente que la voluntad y acción estuvieron dirigidos a lograr el resultado propuesto.

De esa conjunta actividad idónea para inducir en error al ofendido, dedujo el fallador el propósito que animó la conducta de Botero como elemento subjetivo determinante del dolo.

No prospera la demanda.

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

Resuelve:

No cosa la sentencia recurrida a nombre del procesado Efraín Botero Rendón, de fecha, origen y naturaleza ampliamente conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresno, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Vélez, Dídimo Pérez Venecia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PRUEBA / DERECHO DE DEFENSA

Es una facultad del investigador, que utiliza atendiendo a los elementos de juicio que le reporta el proceso, cuya valорación le permite que no tenga que desviar su atención hacia coartadas o personas imaginarias que con mucha frecuencia son utilizadas por los procesados para descargar en ellas la autoría de los hechos, buscando ocultar así su propia responsabilidad. Es verdad que el funcionario debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, pero ello no constituye una labor puramente mecánica que lo obligue a practicar diligencias tendientes a verificar hechos que de antemano él advierte que son absurdos o inveterosísimos. El deber de verificar las citas del indagado existen en cuanto ellas sean conducentes e importantes para los fines del proceso, y como es obvio, en cuanto sean constatables de acuerdo con los datos que aporta el interesado y los elementos con que cuenta el investigador.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., quince de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*.

Aprobado Acta número 54.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre las demandas de casación presentada por el defensor de los procesados *Luis Alberto y Armando González Pinzón*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Veinticisés Superior de la misma ciudad, en cuanto a la pena de dieciséis (16) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, impuesta al considerarlos coautores responsables del delito de homicidio agravado, y con la modificación consistente en revocar la suspensión de la patria potestad.

I. Hechos y actuación procesal:

La noche del 17 de febrero de 1991, en la casa ubicada en la carrera 9^a este número 2C-71, del barrio El Rocio de esta ciudad, se le causó la muerte a Omar Augusto Romero Guzmán, como consecuencia de ochenta y ocho (88) heridas con arma cortopunzante y dos (2) con arma de fuego. El cadáver fue arrastrado dentro de una bolsa de plástico hasta un barranco que queda muy cerca de la casa y allí fue abandonado.

De estos hechos se sindicó desde un primer momento a los hermanos Luis Alberto y Armando González Pinzón, quienes fueron oídos en indagatoria por la Juez Ochenta y Seis de Instrucción Criminal, a quien correspondió adelantar la investigación. La situación jurídica fue resuelta con auto de detención, y luego de recaudar numerosas pruebas se clausuró la etapa instructiva, procediendo a la calificación del mérito del sumario mediante resolución de acusación contra los dos implicados por el delito de homicidio agravado.

El Juzgado Veintiséis Superior tramitó la etapa del juicio, y finalizada la audiencia profirió sentencia condenatoria por el delito imputado en la acusación, imponiendo a los acriminados pena de dieciséis (16) años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo término. Los perjuicios materiales y morales los fijó en dos mil (2.000) gramos oro.

El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, revocó la pena accesoria de suspensión de la patria potestad y confirmó la providencia en todo lo demás.

Oportunamente los procesados recurrieron en casación y su defensor presentó la sustentación correspondiente.

II. Demanda a nombre de Luis Alberto González:

El libelista presenta un único cargo por violación directa de la ley sustancial, debido a interpretación errónea del artículo 44 del Código Penal.

En la demostración de la censura dice: "No obstante haber aplicado la norma sustancial correcta para efectos de la dosimetría penal, el *ad quem* no atendió el tenor literal del citado artículo 44, respecto de la 'interdicción de derechos y funciones públicas', cuya duración máxima de la pena es 'hasta diez años', porque se excedió al confirmar la sentencia de primer grado, que condenó al recurrente Luis Alberto González P., a la interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso de la pena principal de prisión, consistente en 16 años".

"De manera que no se trata de una indebida aplicación, ni tampoco de falta de aplicación, puesto que el sentenciador aplicó la norma correcta. No hay indebida aplicación del artículo 44 del C. P., porque se aplicó el texto legal verdadero. Se trata exclusivamente de desacertada comprensión del texto legal".

El yerro del Tribunal Superior —dice el impugnante—, se concreta en haber fijado la interdicción de derechos y funciones públicas en el mismo término de la pena principal, esto es, dieciséis (16) años, pese a que la norma señala un máximo de diez (10) años. Al recuperar la libertad el implicado, por cualquier circunstancia jurídica, continuaría en interdicción por más tiempo del que legalmente le corresponde con detrimento de sus derechos personalísimos.

La petición es que se case parcialmente la sentencia recurrida, y en un nuevo fallo se disponga la reducción de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que el cargo debe prosperar, y apoya su conclusión en la siguiente argumentación:

"Si bien se miran los textos (se refiere a los arts. 44 y 52 del Código Penal) será de admitir este resumen (sic) para los comentarios siguientes: a) La duración legal de la interdicción de derechos o (sic) funciones públicas es de diez años en el máximo; b) Aparte de la condena legal a la dicha interdicción, existe su operancia práctica de hecho, que se confunden con el tiempo de la pena privativa de la libertad como lo dice el texto último que se citó por la Delegada.

"Es evidente entonces, que no puede confundirse la aplicación de la interdicción por razones de hecho, y la condenación legal que debe hacer el juez en la sentencia pues la primera opera sin declaración judicial ninguna (*de facto*) en tanto que la segunda comienza a efectivizarse cuando termina la pena privativa de la libertad, es decir se prolonga por el lapso señalado por el juez más allá del cumplimiento del tiempo de reclusión física. Véase si se condena a 10 años de prisión y a seis años de interdicción de derechos y funciones públicas (está por debajo del lapso señalado en el art. 44), una vez se cumplan los diez años de privación de libertad se empieza a contar el término para la interdicción por seis años es decir que más allá de la pena privativa de la libertad el sentenciado está sujeto a la pena accesoria (sic) por mandato del artículo 55 del C. P. ya citado. Por ello es también un error el aducido argumento de la demanda, relativo a que después de la sentencia quedará obligado a la afectación de su capacidad de ocupar cargos públicos, de elegir, ser elegido, o de recibir cualquier otra dignidad pública. Legalmente ello es así.

"Lo ocurrido que se va volviendo práctica es que el Juez Penal suele confundir el periodo de facto de la interdicción —el que corre de la pena privativa de la libertad— con apoyo en el artículo 52 del C. P., que se refiere a que la prisión comporta la accesoria referida por 'un periodo igual al de la pena principal', que en opinión de esta Delegada es el que corre de hecho (art. 55, C. P.) y se olvida la fijación del lapso por el cual se hace la condenación por el sentenciador. De manera que debe decirse, expresamente en la providencia final, que igualmente se condena al reo de interdicción por un tiempo que no pase de diez años sin referencia alguna a su cumplimiento forzoso y de hecho durante la reclusión. Por eso la práctica viciosa de referida al lapso de la pena impuesta lleva a este tipo de yerros de aplicación de la accesoria comentada".

Para terminar cita una decisión de la Corte de julio 2 de 1992, en donde se afirma que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas no puede ser superior al máximo de diez años fijado en la ley.

III. Demanda a nombre de Armando González Pinzón:

Al amparo de la causal tercera de casación el censor manifiesta que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y violación del derecho a la defensa, motivos previstos en los numerales 2º y 3º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal.

La fundamentación del cargo consiste en afirmar que, tanto Luis Alberto como su hermano Armando, en sus respectivas indagatorias manifestaron que el occiso llegó a la casa con un amigo, a quien ellos le atribuyen ser el autor del homicidio, sin embargo no se hizo mayor esfuerzo para investigar su participación en los hechos, ni se le vinculó al proceso.

Cita una parte de la injurada de Luis Alberto González, en la cual dice que Omar llegó a la casa con un amigo y estuvieron tomando, pero que luego él se fue a dormir y los dejó en compañía de Armando. Más tarde, no sabe a qué hora, su hermano lo despertó para decirle que el sujeto que se quedó con ellos había matado a Omar. Da una descripción de los rasgos físicos del individuo amigo del occiso, advirtiendo que no lo recuerda bien porque estaba muy embriagado.

A continuación transcribe la versión de Armando González, quien manifiesta que el individuo que llegó con Omar se llama Jorge; que mientras salió a la calle a tomar aguardiente escuchó unos disparos, razón por la cual regresó a la casa encontrando la sorpresa de ver que Omar estaba en el suelo, y Jorge, quien tenía el revólver en una mano y un cuchillo en la otra, le dijo que si llegaba a comentar algo le pasaría lo mismo. El indagado aporta la descripción de la persona que señala como autor del homicidio.

Agrega que Armando González, hermano de los imputados también se refiere a la presencia del acompañante de Omar. Así mismo, en el folio 258 obra el retrato hablado de "Jorge", elaborado con las indicaciones dadas por Armando.

A juicio del libelista, con los datos recaudados existía mérito para vincular a "Jorge N." como autor, de manera que al no hacerlo se vulneró el derecho de defensa y la presunción de inocencia, así como el artículo 248 del estatuto procesal, por virtud del cual toda duda debe resolver a favor del procesado.

Ni siquiera se compulsaron copias para investigar a "Jorge", y si se tenía duda sobre su existencia, el instructor ha debido utilizar todo su poder, para descubrir a los autores, responsables y participes. Apenas iniciada quedó esa tarea, como se desprende de la sugerencia que en el folio 279 formula la SIJIN, según la cual el autor del retrato hablado podría ir a esas instalaciones para observar los álbumes fotográficos existentes allí.

Finaliza el ataque sosteniendo que la sindicación realizada por los hermanos González contra "Jorge" era aspecto cardinal de la investigación porque los eximia de responsabilidad. "Así fuera, elemento estructural de la coartada elaborada por los fraternos, también debía hacerse investigación con tesón y profundidad puesto que el juez, no tiene como único camino la investigación de los aspectos desfavorables del incriminado".

Relaciona como vulnerados, "... el derecho de defensa de los procesados, consagrado en el artículo 29 de la C. N., respecto de la legalidad del proceso, la presunción de inocencia, la libertad probatoria, la contradicción de la prueba, presentación de mecanismos de defensa, presentación de medios probatorios, etc., puesto que la defensa no es entelequia alguna, sino el efectivo derecho reconocido en disposiciones legales, la Constitución, tratados internacionales. De haberse vinculado a Jorge N., o investigado íntegra e imparcialmente la certeza o evidencia al respecto, no se habría violentado el derecho de defensa de los procesados, ni se habría incurrido en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso".

La petición es que se acepte la causal alegada, se declare en qué estado queda el proceso, se disponga la libertad de los implicados y se remita el expediente al Tribunal de origen para que se proceda con arreglo a lo resuelto.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Delegado considera que el cargo se debe desestimar, para lo cual manifiesta:

"La Delegada no encuentra causa de nulidad alguna, como que:
a) La vinculación de un tercero al proceso, toda vez que la responsabilidad penal es personal eminentemente, en nada afecta la situación de los procesados señores Luis Alberto y Armando González Pinzón, respecto de los cuales la prueba determinó que existía certeza para dictar sentencia condenatoria en su contra, por haberse esclarecido su autoría y responsabilidad en la muerte del señor Romero Guerra;
b) El juez sólo puede vincular procesalmente a personas identificadas claramente, como que son los sujetos eventuales de una decisión judicial, como manda el artículo 128 del C. de P. P. anterior, y el artículo 136 del C. de P. P. vigente. De manera que resulta *ilegal* el fundamento presentado por el recurrente, en lo esencial.

"Olvida, entonces el demandante, que el acto de vinculación de una persona al proceso penal mediante indagatoria, es un acto discrecional del juez, que estará determinado porque el mismo logre identificar o individualizar al presunto autor o partícipe, y si a su juicio hubiere mérito para dicha vinculación, y no por su simple mención en la actuación.

"Revisadas las providencias interlocutorias y las sentencias de primera y segunda instancia, de ellas se desprende que no se ordenó la vinculación dicha porque su sindicación obedeció simplemente al afán de presentar una coartada, tendiente a evadir la responsabilidad que recaía en los procesados por la muerte del señor Romero Guerra. Además que las mismas versiones de los procesados son tan contradictorias que de ellas resulta evidente que la existencia del señor Jorge N., sólo se da en la imaginación de los hermanos González Pinzón".

Transcribe razones dadas por el Juzgado instructor, tanto en el pliego de cargos como en la definición de la situación jurídica, para no vincular a la persona que los procesados refieren como Jorge N.

Sostiene que no era posible implicar a una persona que no estaba claramente individualizada, y además, corresponde al funcionario instructor valorar las sindicaciones que se hacen en contra de alguien, para determinar si se le vincula o no a un proceso. En este caso, es evidente que el juez de instrucción, así como el Juez Superior y el Tribunal, estimaron que la versión de los hermanos González no era más que una coartada para ocultar la conducta que habían realizado.

Concluye el Ministerio Público afirmando que no hubo vulneración del derecho de defensa, ni del *indubio pro reo*, ni de garantía alguna.

IV. Consideraciones de la Sala:

Respetando el principio de prioridad, debe la Sala pronunciarse primero sobre la demanda que contiene el cargo de nulidad, pues si ella llegara a prosperar sería necesario hacerla extensiva a los dos acusados, ya que la situación planteada los cobija por igual.

1º Demanda a nombre de Armando González.

Como se dejó consignado en el resumen del libelo, la inconformidad del defensor radica en que no se hubiera investigado más sobre la posible participación de un individuo a quien su cliente llama "Jorge", ni se le hubiera vinculado al proceso como autor del homicidio.

En realidad, como lo anota el Procurador Delegado, el estatuto procesal es muy claro al señalar que: "El funcionario judicial recibirá indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación, o por haber sido sorprendido en flagrante hecho punible, considere autor, o participe, de la infracción penal".

Es una facultad del investigador, que utiliza atendiendo a los elementos de juicio que le reporta el proceso, cuya valoración le permite que no tenga que desviar su atención hacia coartadas o personas imaginarias que con mucha frecuencia son utilizadas por los procesados para descargar en ellas la autoría de los hechos, buscando ocultar así su propia responsabilidad.

En el caso que nos ocupa, desde el auto con el cual les resolvió la situación jurídica a los indagados, el instructor calificó de inverosímil la supuesta participación del llamado "Jorge", sustentando con numerosas y variadas razones su posición, que la Sala encuentra ajustada en todo sentido a las pruebas recaudadas.

Y en la resolución de acusación afirma: "En cuanto a la persona que los procesados se refieren como Jorge N. en sus injuradas, y del cual Armando González hizo un retrato hablado (fl. 112, cuaderno original), tenemos que Aurora González en su declaración inicial (fl. 7, cuaderno original) no lo menciona absolutamente para nada, tampoco lo hizo cuando habló con Gustavo Aldana sobre lo ocurrido, los aquí procesados no lo traen a cuenta en el momento de ser detenidos y sólo a partir de sus indagatorias se comienza a hablar del supuesto sujeto, lo que lleva a concluir que esta persona es ficticia".

Es verdad que el funcionario debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, pero ello no constituye una labor puramente mecánica que lo obligue a practicar diligencias tendientes a verificar hechos que de antemano él advierte que son absurdos o inverosímiles. El deber de verificar las citas del indagado existe en cuanto ellas sean conducentes e importantes para los fines del proceso, y como es obvio, en cuanto sean constatables de acuerdo con los datos que aporta el interesado y los elementos con que cuenta el investigador.

En este asunto el juez obró con lógica, ya que ante las pruebas que comprometían a los hermanos González Pinzón, descartó la veracidad de la coartada y les profirió auto de detención, en el cual les expuso las circunstancias que lo llevaban a no creerlos. Ni la medida

de aseguramiento, ni la resolución de acusación, ni tampoco la sentencia, se debieron al hecho de no haber podido individualizar y capturar a "Jorge N.", esas decisiones están construidas sobre una muy sólida base probatoria, que el casacionista ni siquiera menciona, cuando ha debido hacerlo para demostrar la trascendencia del cargo planteado.

Es un error pretender que el juez ha debido vincular a "Jorge" al proceso, pues para ello era necesario que estuviera identificado o por lo menos individualizado, y es evidente que eso no se obtiene con una descripción que puede adaptarse a muchas personas y un retrato hablado que bien puede ser fruto de la imaginación de su autor. Si a esos precarios elementos se suma que las pruebas indican que todo es un montaje para hacer aparecer en escena a una persona inexistente, conclusión a la que en este caso llega el instructor, eso explica por qué no fue necesaria ni siquiera la compulsación de copias, pues la certeza adquirida sobre la responsabilidad de los González fue plena.

No hubo en este diligenciamiento vulneración del derecho a la defensa, ni al debido proceso, ni al *in dubio pro reo*, ni a ninguna garantía constitucional o legal, de manera que no lo asiste razón al impugnante, por lo tanto el reproche será desestimado.

3: *Demandada a nombre de Luis Alberto González.*

El cargo aducido consiste en violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 44 del Código Penal.

Como bien lo señala el demandante, "la interpretación errónea estriba en que habiendo acertado el fallador en la selección de la norma yerra sin embargo en el significado de ella, porque le da un alcance que no tiene". Esto presupone que el sentenciador tiene en cuenta la norma, se ocupa de ella, manifiesta la manera como la entiende y la aplicación que en su opinión puede dársele.

Observando la sentencia del Juez Superior, acogida por el Tribunal en cuanto a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, se advierte que allí no se tiene en cuenta el artículo 44 del Código Penal absolutamente para nada, se le ignora por completo, de modo que no se ve cómo pudo haber sido interpretado erróneamente. Ni siquiera puede decirse que por su equivocada interpretación se descartó su utilización, pues eso sería suponer algo que el fallo no contiene.

La norma que el juzgador tuvo en cuenta fue el artículo 52 del Código Penal, la cual cita expresamente para sustentar la determinación de imponer la interdicción por el mismo término de la pena principal. Su tenor literal es:

"*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".

Esto indica que la norma a la que dio un alcance que no tiene fue al artículo 52, pues lo aplicó sin tener en cuenta que el artículo 44 establece un máximo de diez años para la interdicción de derechos y funciones públicas.

Por lo anterior se concluye que el cargo ha debido formularse así: Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 44 del Código Penal.

No obstante la falla técnica de la demanda, el defensor tiene razón al decir que el sentenciador se excedió al fijar la pena accesoria en diecisésis años, y ese error constituye una flagrante violación del principio de legalidad de la pena, garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política, lo que permite que la Sala, en ejercicio de la facultad que le confieren los artículos 228 y 229 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, oficiosamente case parcialmente la sentencia para en su lugar declarar que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas será por un término de diez (10) años, decisión que se hace extensiva a 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,

Resuelte:

Primero: Casar parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto el término fijado para la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas excede el máximo previsto en la ley.

Segundo: Decretar que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta a los procesados Luis Alberto y Armando González Pinzón, es por el término de diez (10) años.

Tercero: En todo lo demás se mantiene la sentencia impugnada.

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

Juan Manuel Torres Fresnedo, Ricardo Calvele Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didiomo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COMPLICIDAD / CASACION OFICIOSA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Recuérdese que en nuestro sistema penal la complicidad asume un lugar accesorio que se manifiesta a través de las diversas formas de ampliación de los tipos penales delictivos, y afecta individualmente a quienes la realizan, según su naturaleza, grado, eficacia, y las circunstancias materiales y personales presentes en cada caso y para cada uno de los sujetos comprometidos; de esta suerte, puede perfectamente tener supervivencia una participación complicitaria con sus consecuencias punitivas, sin que, incluso, llegue a identificarse al autor de la conducta favorecida con la participación accesoria. Lo importante es que el delito haya existido y el procesado sea cómplice de él. / 2. La legalidad de la pena —y en este concepto se encuentra toda sanción accesoria prevista en nuestra legislación— es uno de los requisitos de la legalidad del proceso, garantía fundamental de nuestra Carta Política y expresión del Estado de Derecho, por lo cual debe velar la Corte en cumplimiento del mandato 223 del C. de P. P. mediante la oficiosa casación parcial de la sentencia impugnada.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., quince de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Yelandia*.

Aprobado Acta número 054.

Vistos:

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la que, con modificación de la de primera instancia, se condena a *Jorge Echaverry Arango* como cómplice del delito de peculado por apropiación, a la pena principal de 24 meses de prisión y multa de veinte mil pesos y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad.

Así mismo, se le concede el sustituto de la ejecución condicional y se le impone la obligación civil indemnizatoria.

En la misma providencia, tras revocarse lo decidido por el *a quo*, se absuelve a la coprocesada Doris Navia Aguirre, tenida como eventual coautora del mismo hecho punible.

Hechos y actuación procesal:

De suministrar los medicamentos recetados por el servicio médico de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM" establecimiento público de orden nacional, a sus afiliados en la Zona de Buenaventura estaba encargada para el año de 1989 la "Droguería París" de esa ciudad, de propiedad de Jorge Echeverry Arango, propietario éste que, según lo informaron el entonces director regional, el pagador y el auxiliar administrativo de aquella institución, adelantó cobros repetidos de algunas cuentas de cobro mediante el sistema de la presentación también repetida de fórmulas médicas que ya había hecho llegar como respaldo de pagos anteriores, que habían sido susbtraídas y reutilizadas para la defraudación, que de acuerdo a las constancias procesales pertinentes superó el monto de los quinientos mil pesos.

Ante los funcionarios informantes, que se habían alertado debido al cada vez más llamativo incremento que presentaban las cuentas por pagar a la mencionada droguería, el propietario de ésta al ser interrogado señaló como posible implicada con él en el delito a la entonces revisora delegada de la Contraloría General de la República en CAPRECOM Cali, Doris Navia Aguirre, a consecuencia de lo cual previas algunas diligencias de indagación el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Cali abrió el correspondiente proceso penal, al cual vinculó mediante indagatoria al dueño de la droguería y a la auditora acabados de mencionar, y a Dimaro Benítez Martínez —que por el año de 1989 se desempeñó como revisor de documentos en la auditoría servida por Doris Navia—; y mediante declaratoria de persona ausente, a Luis Horacio Gómez, al parecer empleado que fue por la misma época, de la droguería de Echeverry Arango (fis. 1 y ss., 102, 116, 130, 247, 474, 477, cuaderno principal 1).

Cerrada la etapa sumarial el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Cali calificó su mérito con resolución acusatoria vocando a juicio a Echeverry y a Doris Navia en calidad de coautores responsables de un concurso delictivo de peculado por apropiación y estafa y respecto de Dimaro Benítez considerando incompleta la investigación ordenó su reapertura, misiones que con relación al emplazado ausente cesó procedimiento por tratarse aparentemente de una persona irreal ideada por el comerciante (fis. 597, 524 y ss., cuaderno *idem*).

Recibido el proceso por el Juzgado Décimo Penal del Circuito y asumida por éste la fase enjuiciatoria, citó para audiencia el 11 de marzo de 1991 y culminada que había sido esta diligencia, al ingresar el asunto para fallo, en vez de proferirlo consideró que la calificación debía ser variada de acuerdo a lo previsto en el artículo 501 del C. de P. P. de 1987 entonces vigente previa anulación de lo actuado desde el mencionado auto, y efectivamente así lo dispuso y posteriormente ordenó la práctica de algunas pruebas en proveido contra el cual la defensa interpuso reposición y subsidiaria apelación; y como el funcionario mantuviera su decisión y además denegara el recurso subsidiario, esta negativa fue impugnada en recurso de hecho que el Tribunal Superior del Distrito Judicial resolvió favorablemente (fls. 585, 614, 649, 657, 676, 677, 698, cuaderno *idem*).

Al conocer la decisión en apelación el Tribunal la revocó y a su vez invalidó todo lo actuado por el Juzgado inclusive el auto que había dispuesto la anulación, con lo que, en estado de proferir sentencia, este despacho se ocupó de ello. Así pues, estimando que debía condonar, responsabilizó a Echeverry y a Doris Navia como coautores del delito de peculado por apropiación a la pena principal de cuatro años de prisión y multa de veinte mil pesos a cada uno y a interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por igual término, los absolvió del delito de estafa, ordenó expedir copias para que se investigara a los mismos por los delitos de falsedad por ocultamiento y tentativas de peculado y falsedad por ocultamiento de los que no se ocupó este proceso y adoptó otras determinaciones pertinentes (fls. 711 y ss. y 719 y ss.).

Apelado por la defensa el fallo, nuevamente el Juzgado denegó la alzada y una vez más hubo de acudir el interesado al recurso de hecho, que por segunda vez el Tribunal hizo próspero concediéndola, y al revisarlo en tal virtud, le introdujo reformas, en cuarto que absolió a Doris Navia y modificó la cláusula de responsabilidad de Echeverry al tenerlo como cómplice de peculado por apropiación, rebajándole consiguientemente las sanciones a los guarismos reseñados con antelación (fls. 784, 874 y ss. cuaderno principal 1, 52 y ss. cuaderno del Tribunal 1).

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el recurso de casación el señor defensor del procesado Echeverry.

La demanda:

Un solo cargo realmente formula el censor al fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali: Ser violatoria, de manera directa, de la ley sustancial, específicamente de los artículos 24 y 133 del Código Penal, por aplicación indebida.

Explica que para aplicar el instituto jurídico de la complicidad (art. 24) —bajo el cual se responsabilizó al comerciante a quien representa— se requiere la violación de una norma que defina el delito, la que según el fallo, fue el artículo 133 citado; pero como quiera que el Tribunal concluyó por no establecida la responsabilidad de la procesada señalada como autora del delito de peculado por apropiación, y era ella “la persona encargada de la custodia de los bienes de CAPRECOM, de los cuales se afirmó inicialmente hubo apropiación, con la complicidad del señor Jorge Echeverry” no se podía entonces responsabilizar a éste.

El delito de peculado en las normas que se tuvieron como tipos para este caso, exige en el sujeto activo la calidad de empleado oficial, y si una persona carece de ésta, sólo podrá delinquir en las condiciones previstas en el artículo 138 del C. P., y al eximirse de responsabilidad a la empleada oficial estimada autora, se esfumó “la condición y responsabilidad del cómplice por desaparecimiento de la relación entre aquella y su presunto colaborador”.

Advierte que toda participación delictiva requiere de un autor y considera que no puede subsistir el cómplice sin ese autor “a quien le preste colaboración” y precisa que a la procesada que se consideró autora material del ilícito se la absolvió por falta de prueba cierta de imputación y a su cliente “participe, en la comisión del delito”, quedando —dice— “en el más absoluto vacío” esta inculpación porque, según afirma diciendo acudir a fuente jurisprudencial que se abstiene de precisar, el autor es el que realiza la conducta típica y éste quien le ayuda a ejecutarla; y si “el autor puede actuar solo y su conducta tiene plena relevancia jurídica; el cómplice, jamás podrá hacerlo sin un autor a quien le preste colaboración”. Seguidamente discurre sobre las formas de complicidad, y finalmente reafirma la indebida aplicación del artículo 24 del C. P. sobre el cual “se estructura la responsabilidad por extensión de la que define y sanciona el artículo 133 *ibidem*” en el caso concreto y descubre entonces que lo que debió hacerse fue dar aplicación al artículo 21 *ibidem* sobre la causalidad, para luego explicar la incidencia del error que aduce, en el fallo acusado.

La solicitud de casación se orienta al rompimiento parcial del fallo para que en el de reemplazo, se absuelva a su poderdante.

*Concepto del Ministerio Público y
consideraciones de la Corte:*

Para la Sala son de recibo las atinadas apreciaciones del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en torno al planteamiento del actor, que en consecuencia hace suyas para acoger su sugerencia de desestimación del recurso.

Apunta el funcionario que: "Aunque en principio este razonamiento —el de la demanda— se perfile como aparentemente lógico y pertinente, deja colegir en últimas el facilismo argumentativo ideado por el actor en orden a que por esa vía se case parcialmente el fallo sin haberse entrado en verdad al fondo del asunto".

Después de precisar que "por las características de la conducta del señor Echeverry Arango, éste perfectamente puede ser considerado como cómplice de peculado por apropiación y así responsabilizado no obstante el fallo atacado haya declarado la absolución de la persona tenida en principio como la autora material del punible" advierte, que la coparticipación denominada complicidad es esencialmente accesoria, independientemente de que la colaboración o ayuda en que ella consiste, se preste frente a todos o algunos de los elementos estructurales de la conducta desplegada por el agente autor; y coincidiendo con el demandante respecto de tal conducta, puntualiza que ella es "la considerada en la investigación al menos como típica", eso sí, precisando: "Sin que interese la identidad o individualización del autor".

Y es que ya en la temática del caso resulta necesario anotar, para rebatir el sofístico planteamiento del censor, en primer término, el conocimiento que el proveedor comerciante en drogas que las expendía a los usuarios de CAPRECOM, señor Echeverry, tenía de la defraudación que en su favor y/o en el de terceros se cumplía en perjuicio del ente oficial, y de la indispensable participación para el efecto de empleados oficiales, desde la auditoria servida por la coprocesada absuelta, porque no de otra manera hubiera podido adelantar los cobros que engrosarían sus caudales ilícitamente; y en segundo lugar, que los motivos esgrimidos por el Tribunal para absolver a la presunta autora del peculado no fueron, como bien lo anota el Ministerio Público, ni la "atipicidad de la conducta" ni el "reconocimiento de una causal excluyente de antijuridicidad en su favor", sino la "ausencia de certeza probatoria en cuanto a que esos hechos típicos y antijurídicos le sean atribuibles". Vale decir: Es nítida la individualidad de los comportamientos agotados por él o los autores del delito y el cómplice, y por lo mismo, perfectamente individualizable la sanción condigna previas las comprobaciones de ley.

La colaboración o ayuda del cómplice se prestó en relación con la conducta que fue objeto de la investigación y fue de tal eficacia, que permitió su adecuación al tipo descriptivo del artículo 24 del C. P., que para el caso del particular implicado se tuvo como amplificador del tipo penal agotado por los copartícipes, que lo fue el del 133 del mismo estatuto.

Récuérdese que en nuestro sistema penal la complicidad asume un lugar accesorio que se manifiesta a través de las diversas formas de ampliación de los tipos penales delictivos, y afecta individualmente a quienes la realizan, según su naturaleza, grado, eficacia, y las circuns-

tancias materiales y personales presentes en cada caso y para cada uno de los sujetos comprometidos; de esta suerte, puede perfectamente tener supervivencia una participación complicitaria con sus consecuencias punitivas, sin que, incluso, llegue a identificarse al autor de la conducta favorecida con la participación accesoria. Lo importante es que el delito haya existido y el procesado sea cómplice de él.

Fuerza es pues, precisar que no erró el Tribunal en la aplicación de los preceptos señalados por el actor; y aunque obviamente el cargo resulta ineficaz para remover su decisión, no sobra tener en cuenta la juiciosa consideración adicional de la Procuraduría en torno a la conducta de la absuelta, y además, la falta de motivación que ofrece el fallo de las instancias, de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad para el cómplice condenado, que acarreará para éste la casación parcial consecuente.

En cuanto lo primero, dijo la Delegada:

"Y no se olvide que de todas maneras doña Doris Navia Aguirre, no se halla del todo exenta de responsabilidad pues también el Tribunal, avalando la determinación del *a quo*, dio vía libre para que por separado un Juez de Instrucción Criminal adelantara investigación por el delito de falsedad documental al ser una verdad del proceso el irregular desglose de fórmulas médicas utilizadas al final para los ilícitos y repetitivos cobros ante la Caja; delito que inexplicablemente se dejó de investigar y calificar en este proceso, confundiéndose y dificultándose la actividad probatoria y, de ahí quizás, la absolución en última instancia de esta sindicada".

Ahora bien: En cuanto atañe a la pena accesoria de suspensión de la patria potestad que inmotivadamente se le impone al procesado recurrente, porque ni el Juzgado de la primera instancia, ni el Tribunal explicaron su razón de ser, sino que se limitaron a tenerla como inexorablemente paralela a la de prisión, al igual que la obligatoriedad de interdicción de derechos y funciones públicas —ésta sí procedente porque sus supuestos se identifican con la privativa de la libertad y es imperativa—, la Corte habrá de suprimirla, porque la legalidad de la pena —y en este concepto se encuentra toda sanción accesoria prevista en nuestra legislación— es uno de los requisitos de la legalidad del proceso, garantía fundamental de nuestra Carta Política y expresión del Estado de Derecho, por la cual debe velar la Corte en cumplimiento del mandato 228 del C. de P. P., mediante la oficiosa casación parcial de la sentencia impugnada.

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

Resuelve:

Casar parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de revocar la pena accesoria de suspensión de la patria potestad que allí se le imponía a Jorge Echeverry Arango. En lo restante, sin modificación el fallo.

En firme, devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO

La lógica jurídica indica que el funcionario que revise la decisión no debe ser el mismo que la ha proferido, a fin de que pueda actuar con absoluta independencia, libre de vinculaciones con el tema, y así logre con total autonomía corregir los posibles desaciertos en que haya podido incurrir el funcionario de la primera instancia.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santaafé de Bogotá, D. C., dieciséis de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 53, junio 10 de 1993.

Vistos:

El doctor Jesús Eduardo Navia Lame, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, manifestó que se encontraba impedido para conocer en segunda instancia, de la sentencia absolutoria proferida por el Juez del Circuito de El Bordo Departamento del Cauca a favor del señor Parménides Tálaga Muñoz, sindicado por el delito de homicidio.

Aduce como fundamento de su petición, que en su calidad de Juez Superior del Circuito de El Bordo por el año de 1985 conoció en sus inicios del sumario, recibió la indagatoria del acusado Tálaga Muñoz, le resolvió la situación jurídica, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento y que luego al entrar en vigencia el C. de P. P. anterior, remitió por competencia el expediente al juez instructor para que siguiera su curso ante funcionarios competentes y que ahora ya convertido en causa, entra el proceso a su despacho de Magistrado, en consulta de la sentencia absolutoria.

Considera que por lo anterior, hace presencia en su caso la causal de impedimento establecida en el numeral 6º del artículo 103 del C. de P. P. vigente, que autoriza a separarse del conocimiento del proceso, al funcionario que hubiere dictado la providencia de cuya revisión se trata, o "...hubiere participado en el proceso".

Cree el funcionario, que al haber intervenido como juez en la etapa inicial de la investigación y al haber resuelto la situación jurídica del indagado, absteniéndose de aplicarle medida de aseguramiento, expuso opiniones sobre el tema que hoy comprometen su criterio jurídico.

La Sala Dual del Tribunal Superior de Popayán, que conoció de la anterior manifestación, consideró infundado el impedimento expresado por el honorable Magistrado Navia Lame, porque no se halla ante la posibilidad de revisar una providencia que él hubiese proferido como juez de primera instancia y porque la hipótesis segunda del numeral 6º del artículo 103 del C. de P. P. "...no se puede generalizar o hacer extensiva a todos y cada uno de los actos procesales; por el contrario, sólo es aquella a través de la cual nace para el funcionario de segunda instancia, una verdadera situación vinculante", o como lo expresa el doctor Navia, donde se comprometa su criterio jurídico.

Entiende, que en esa especialísima situación no se encuentra el honorable Magistrado, porque a él dentro del sumario le correspondió emitir dos providencias: Una donde de acuerdo al procedimiento vigente para la época, dispuso el archivo provisional de las diligencias y otra, donde resolvió la situación jurídica del imputado, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento "...cuando como él mismo lo afirma, no existía sino una sola declaración, la cual no arrojó resultado positivo alguno para los intereses de la justicia, es decir, ante la escasez del acervo probatorio recaudado hasta ese entonces, no hubo lugar a un verdadero análisis que hubiera permitido comenzar siquiera a despejar posibles intervenciones de autoría o participación en el hecho punible por el cual se venía procediendo...".

Por ello, concluye la Sala Dual del Tribunal, que ahora, en la etapa del juicio y en la segunda instancia el Magistrado Navia Lame, no está impedido para revisar la sentencia, por "...no estar comprometido ideológicamente con el adelantamiento del proceso, ni tampoco existen eventos que redunden en la persistencia de una situación vinculante con la etapa procesal ya superada...".

Inindudablemente, la Corte ha de compartir los jurídicos y lógicos razonamientos expuestos por la Sala Dual del Tribunal.

Es evidente, que no hace presencia la causal de recusación señalada en el numeral 6º del artículo 103 del C. de P. P., porque en primer lugar no se trata de que el honorable Magistrado que se ha declarado impedido tenga que revisar su propia providencia. Si así fuera, el motivo para separarse del conocimiento de la causa sería manifiesto, porque la lógica jurídica indica que el funcionario que revise la decisión no debe ser el mismo que la ha proferido, a fin de que pueda actuar con absoluta independencia, libre de vinculaciones con el tema, y así logre con total autonomía corregir los posibles desaciertos en que haya podido incurrir el funcionario de la primera instancia.

En segundo lugar, tampoco puede admitirse como causal de impedimento para conocer de la sentencia, el hecho de que el honorable Magistrado hubiese participado como juez en el proceso, realizando algunas diligencias en la etapa sumaria.

Para que esa participación pueda constituirse en causal de impedimento, debe ser de tal naturaleza que comprometa el criterio del funcionario, por constituir un juicio formal, una opinión vinculante acerca de las que podrán ser las decisiones sobre la responsabilidad del procesado o su grado de participación en el delito, o sobre la forma como habrán de resolverse las cuestiones jurídicas propias del juicio, intervención surtida dentro de la primera instancia y que luego deba revisar como superior.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, declara infundado el *impedimento* manifestado por el doctor Jesús Eduardo Navia Lame, Magistrado integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, para conocer del presente proceso.

Cópíese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Iuengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Pérez Velandia, Edgar Sacedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Gurnica, Secretario.

**DEBIDO PROCESO / PRUEBA / INTERDICCIÓN DE
DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS
/ PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

1. Cuando no se cita a los testigos presentados como prueba de descargo presentada por el sindicado, o se decretan las pruebas solicitadas por él o por el defensor, se afecta el derecho de contradicción y consecuentemente el de defensa y en última instancia el del debido proceso; pero ello ocurre siempre y cuando los testigos aparezcan claramente identificados o por lo menos individualizados y que se hayan dado elementos racionales de su posible localización, para hacer factible su comparecencia al despacho del investigador; o cuando se trata de pruebas pertinentes y conducentes, cuya práctica a criterio del investigador, sea necesaria para el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos que son motivo de investigación; porque el instructor no está en la obligación de ordenar la recepción de pruebas impertinentes o inconducientes, evidentemente nada tienen que ver con los sucesos que se investigan, su negativa surge de bulto; al igual que cuando los medios de convicción solicitados a simple vista son intrascendentes o de imposible práctica. / Cuando la justicia por medio de sus funcionarios de instrucción ha hecho esfuerzos razonables para practicar una prueba determinada, pero finalmente, por diversas circunstancias, no ha sido posible su recepción, es evidente que la inexistencia de tal medio de convicción no puede convertirse en una censura y menos en un cargo que pudiera llevar a casar un fallo determinado. / 2. La interdicción de derechos y funciones públicas no debe exceder de 10 años. Si esto sucede se está violando el principio constitucional de la reformatio in pejus (art. 31) y también el principio de legalidad de la pena, puesto que se está imponiendo una sanción que excede al máximo legalmente previsto para ella.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobada Acta número 054.

Vistos:

Por sentencia del 25 de septiembre de 1991, emanada del Juzgado Noveno Superior de Medellín, se condenó a *Aristides de Jesús Cano Cuno* (a. Cobra, Drácula o Rambo) y a *Víctor Manuel Hernández Londoño*, a la pena principal de dieciocho años y dieciocho años y tres meses de prisión respectivamente por el delito de homicidio por el que habían sido llamados a juicio.

La anterior decisión fue confirmada, reformándose únicamente en relación con la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

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

Presentada la demanda, fue declarada ajustada a las exigencias legales y se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien solicitó se casara parcialmente la sentencia en cuanto a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos:

El 11 de diciembre de 1990, más o menos a las once de la mañana, *Víctor Manuel Hernández Londoño* y *Aristides Cano Cano*, abordaron un bus municipal con destino al centro de la ciudad de Medellín, originándose un problema con uno de los pasajeros de más o menos 55 años de edad, al que trataron de quitarle una grabadora que portaba, lo que motivó un cruce de palabras ofensivas. Al bajarse del autobús cerca de la urbanización Altamira, comenzaron a golpear a su víctima hasta lograr apoderarse del aparato que portaba, habiéndole ocasionado traumas de tal naturaleza que tres días después le causaron la muerte.

Actuación procesal:

Por auto del 13 de diciembre de 1990 se abrió proceso penal.

El 14 del mismo mes y año se recibió indagatoria a *Aristides de Jesús Cano Cano* y a *Víctor Manuel Hernández Londoño*.

El 19 de diciembre se les dictó auto de detención contra los indagados.

Con fecha del 9 de abril de 1991 se profirió resolución de acusación contra los sindicados por el delito de homicidio agravado.

En la etapa de la causa se realizó dictamen psiquiátrico a los procesados, en quienes no se hallaron trastornos mentales.

La diligencia de audiencia pública se efectuó el 4 de septiembre de 1991, el 25 del mismo mes se dictó sentencia condenatoria de primera instancia, y la de segunda el 13 de diciembre del mismo año.

Los razonamientos de la demanda:

En la demanda que representa los intereses de Víctor Manuel Hernández se postuló un cargo al amparo de la causal tercera y dos invocando la causal primera.

El reproche que el demandante dirige contra la sentencia por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, lo sustenta en la violación de la investigación integral prevista en el artículo 29 de la C. N. y 358 del C. de P. P.

En el desarrollo del cargo el actor argumenta que se dejaron de practicar pruebas fundamentales y especifica que no se realizó ningún esfuerzo por hacer comparecer al conductor del bus de Coomeva en el que se transportó Víctor Manuel Hernández con su amigo, pues ellos relacionaron la existencia de un incidente que finalizó con la muerte ocasionada por Aristides de Jesús Cano. Y agrega que si se hubiese recepcionado tal testimonio se hubiera podido establecer cuál fue la causa suficiente que desencadenó el hecho.

Sostiene igualmente que a pesar de que Víctor Manuel Hernández Londoño fue capturado dentro del bus de Coomeva no se efectuó ninguna requisita para determinar si había escondido la grabadora; y que esta omisión arrebató al procesado "de un medio de defensa para acreditar que no le quitó al desconocido ningún objeto, menos que hubiere huido y llevado consigo alguna grabadora".

Manifiesta el recurrente que tampoco se hizo esfuerzo por hacer comparecer a la pasajera del taxi conducido por Luis Lleras Guzmán que vio los hechos y que de haberlo recibido su testimonio se habría aclarado que Hernández Londoño no intervino en los mismos.

Censura que no se hubiera hecho ningún esfuerzo por hacer comparecer a la mujer que informó a la Policía sobre lo que estaba sucediendo, privándose de tal manera a su poderdante de un medio de defensa "encaminado a establecer, que en ningún momento lo vieron que llevara una grabadora en sus manos, ni cuando huyó, ni cuando tomó el bus de Coomeva".

En igual forma, critica que no se realizara la diligencia de inspección judicial, porque con ella se hubiera podido establecer que el agente Alfredo Ipiales Zambrano, no vio cuando el desconocido era golpeado en el suelo, porque se presentó en el lugar de los hechos cuando estos ya habían ocurrido.

Culmina su censura afirmando: "No practicar pruebas fundamentales para la defensa del procesado, es claro atentado contra el derecho de defensa, que es base fundamental del debido proceso. Limitar el ámbito de la investigación, dejando de ordenar y practicar algunas pruebas fundamentales, constituye violación a las formas propias de cada proceso, que disciplinan los artículos 39 de la Constitución Nacional, y 358 del C. de P. P.".

En el marco de la causal primera plantea dos cargos, por la presunta violación indirecta de la ley sustancial, por la existencia de errores de hecho manifiestos. El demandante ubica el primero de ellos, en la afirmación que se hiciera en la providencia censurada, cuando sostiene que en el ataque no hubo móviles emocionales, sino una finalidad económica, esto es, apoderarse de la grabadora que portaba la víctima, que finalmente quedó en poder de Hernández quien se deshizo de ella durante la fuga.

Para el censor esta afirmación se fundamenta en dos errores de hecho, pues el juzgador, supone de una parte, que al momento de ser golpeada la víctima portaba una grabadora, que lo lleva a afirmar que su poderdante fue quien se la quitó.

Considera igualmente que dejó de apreciar pruebas legalmente producidas, tal el testimonio de Jaime Enrique Insignares, quien al declarar dijo que no sabía cuáles habían sido las causas generantes de los hechos investigados, y que igualmente no había visto que nadie llevara una grabadora.

Estima que tampoco se apreció el testimonio de Carlos Raúl Carvajal quien dijo no haberle visto nada a la persona capturada. Y termina concluyendo: "El fallador pasó en silencio, no apreció, ni analizó esas declaraciones en lo concerniente a que ninguno de los sindicados llevaba una grabadora en sus manos, cuando huijan o que se la hubieran quitado al anciano desconocido".

"Cuando no se tiene en cuenta aspectos fundamentales de una prueba producida legalmente, se está en presencia de otra forma de error de hecho".

El impugnante censura que se hubiera dado credibilidad al testimonio de Lleras Guzmán como un testimonio desinteresado e imparcial, cuando para referirse al capturado manifestó que a los ladrones les mantenía mucha gana y que cada vez que podía colaboraba con la Policía porque estos personajes por quitarle un anillo o doscientos pesos a las personas, las mataban.

Culmina el reproche manifestando: "El análisis sectorizado de ese testimonio para desconocer facetas muy importantes que enmarcan ese dicho en la parcialidad; la falta de apreciación y análisis de las contradicciones en que incurrió; el no haber tenido en cuenta las verdaderas causas que lo llevaron a tergiversar la verdad, son factores que dieron lugar a que se presentara una de las formas de error de hecho".

La demanda formula un segundo cargo con respecto a la afirmación del fallador de segunda instancia según la cual las pruebas en su conjunto demuestran que Hernández y Cano hicieron causa común para la realización ilícita así hubiera actuado con más protagonismo el segundo, entretanto el otro se limitaba a apoderarse del objeto perseguido y que ello no sólo surge del testimonio de Lleras Guzmán sino del comportamiento de los procesados subsiguiente a los hechos motivo de investigación.

Afirma el censor que el fallador incurrió en error de hecho al ignorar aspectos fundamentales de algunos testimonios que hacen referencia a la conducta de Hernández Londoño; es así como no tuvo en cuenta las flagrantes contradicciones en que incurrió Lleras Guzmán al señalar a la persona que golpeó a la víctima, pues inicialmente sólo comprometió a Cano y posteriormente señaló como protagonista de la agresión a Hernández.

Que tampoco se tuvo en cuenta en este testimonio cuando inicialmente dice haber enfrentado al agresor armado de una macheta y posteriormente afirma que vio a los procesados cuando golpeaban al viejito, es decir que no tuvo necesidad de bajarse del taxi, ni de enfrentarlos con la macheta. De la misma manera destaca, cómo inicialmente coloca al agresor golpeando con una piedra y posteriormente lo arma de un palo.

De lo anterior el recurrente concluye que al no haberse tenido en cuenta tales contradicciones se incurrió en error de hecho.

Por otra parte el casacionista argumenta que el fallador incurrió en protuberante error de hecho al restarle toda credibilidad y darle un valor diferente a las confesiones extrajudiciales y judiciales de los procesados, con base en las declaraciones de Lleras Guzmán.

Según el libelista el fallo sostiene que los procesados faltaron a la verdad porque negaron haber golpeado a la víctima con piedras, sin embargo si le dio completa credibilidad a Lleras Guzmán cuando afirmó que la gente decía que le estaban dando con piedras pero que él no había visto piedras.

Destaca que Cano confesó haber sido el que golpeó a la víctima al mismo tiempo que sostuvo que Hernández no había tenido nada que ver en los hechos; posición esta que sostuvo en la versión rendida ante la Policía, antes de que se hubieran podido poner de acuerdo; y que tales afirmaciones no pueden desconocerse simplemente por atribuirles a los procesados que son personas desadaptadas socialmente y propensas al delito.

Concluye afirmando que: "El sentenciador violó los artículos 295 y 300 del C. de P. P., en cuanto se debe apreciar la credibilidad de los procesados, cuyas indagatorias se oponen rotundamente a las suposi-

ciones de la sentencia, sobre que mintieron para que Víctor Manuel Hernández Londoño, fuera liberado de responsabilidad por lo insinuado en autos, concretamente, sobre las lesiones personales que determinaron el fallecimiento del anciano desconocido".

"Si la sentencia acusada no hubiera incurrido en varios errores de hecho, que se dejan analizados, consistentes, unas veces, en inventar pruebas, otras en pasar en silencio, no apreciándolas, pruebas que se recaudaron legalmente en el proceso, no habría condenado a Víctor Manuel Hernández Londoño, como coautor de los delitos de homicidio y hurto, a que se contraen los artículos 323, 324.2.7, 350.1º C. P.".

Finalmente solicita que si se acepta la causal tercera, se declare la nulidad a partir del auto del cierre de investigación; y si la aceptada fuere la primera, se dicte fallo absolutorio de reemplazo.

El criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Solicita se case parcialmente la sentencia en cuanto se debe disponer que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas será de diez años.

Inicia la consideración de la demanda afirmando que contiene insalvables yerros técnicos y jurídicos que lo llevan a pedir a la Sala que desestime los cargos formulados.

En el análisis de la nulidad planteada el Delegado reitera en su criterio según el cual no basta alegar la omisión en la práctica de una prueba y consecuentemente la lesión al derecho a la defensa; sino que es preciso demostrar qué fue lo que no se investigó, debiéndose y pudiéndose evadir la prueba y la repercusión que la omisión probatoria hubiera podido tener en la sentencia.

De lo anterior se deduce que no es suficiente que el casacionista destaque las omisiones probatorias sino que es preciso "probar la certeza de ese hecho y precisar cuál es su incidencia o trascendencia dentro del fallo y que por su falta se cercenó el derecho de defensa".

También argumenta que el hecho de que no se hubieren practicado pruebas que el censor considera fundamentales "no logra descartar que existen otras que acreditan su autoría como quedó establecido en la investigación" y que ni siquiera el recurrente tiene la seguridad de que la prueba omitida tuviera la potencialidad de cambiar la situación procesal del acusado; para ello destaca esta afirmación del censor: "Si se hubiera recibido esa declaración *muy posiblemente* se hubiera establecido la causa eficiente que desató ese encuentro...".

El Ministerio Público aduce que el fundamento de la sentencia radica en otros medios de convicción como el testimonio de Lleras Guzmán y de los agentes Ipiales Zambrano, y Vargas Hidalgo, así como

de los ciudadanos Insignares Toro y Carvajal Metante "y por lo tanto queda como residuo una falta de arremetimiento global del conjunto probatorio, y en consecuencia, la presunción de acierto y legalidad de que viene precedida la decisión del *ad quem*, coloca en grado subalterno la apreciación personal del censor".

El funcionario recuerda que de conformidad con el criterio de esta Corporación, uniforme y reiterado en este punto, era indispensable demostrar porque la omitida prueba frustró el derecho defensivo, obligación no cumplida por el censor.

Sostiene el Procurador que no fue negligencia de la justicia la no comparecencia del chofer de Coomeva porque se explidió el oficio correspondiente para conocer la identidad del mismo y su posterior comparecencia, y que la sola duda planteada por el impugnante en cuanto a que la recepción de tal testimonio, hubiera podido clarificar la razón de ser del enfrentamiento entre víctima y agresores "no permite afirmar que era absolutamente indispensable para la defensa si tomamos en cuenta que su no realización no fue causa atribuible a la justicia como tampoco emerge de la investigación que la probanza tuviese la probabilidad de modificar favorablemente la situación jurídica de los procesados".

Por otra parte, acepta como cierto que no se ordenó la recepción de los testimonios de la pasajera del taxi, la mujer que informó a la Policía, ni del empleado de las EE. PP. de Medellín, pero que pese a ello "no sería esta la razón esencial para desconocer consecuencia de nulidad a dicha omisión, si en realidad pudiera entenderse que las citadas probanzas estaban destinadas a producir efectos de carácter definitivo, empero ello no tiene ocurrencia en la situación bajo examen".

Considera incluso que la localización de los personajes citados es imposible por desconocerse su actual ubicación que por ello mismo "...jamás podrá detenerse la obligación de proferir sentencia basados en la no práctica de una prueba que por sus características particulares y vencidas las posibilidades del juez en su cometido, es de irrealizable evacuación".

En relación a no haberse realizado una requisita al bus de Coomeva, ni hacer la inspección judicial al sitio de los hechos, afirma que el casacionista no cumple con su deber, porque se limita a hacer el enunciado de lo omitido "ya que deja de producir razones según las cuales la práctica de dicha prueba tenía la capacidad de romper el fallo y ser palpable la necesidad de su cambio favoreciendo a Hernández Londoño".

Termina sosteniendo que la nulidad tiene éxito "cuando de los autos se desprenda en forma inconclusa que por la inercia, inactividad o el capricho del juzgador, negó u omitió medios probatorios que eran sustanciales y lógicos porque apuntaban a la responsabilidad del procesado, ya sea para excluirla o atenuarla. En este orden de ideas,

no bastará el simplista, dubitativo e ilógico enunciado —como aquí lo hizo el censor— de la omisión; *contrario sensu*, siempre es necesario demostrar que las pruebas extrañadas tenían la capacidad, certeza y fuerza lógica de variar el fallo de instancia, al no evidenciarse la precedente queda sin cimiento la pretendida nulidad".

Al abordar el estudio del cargo formulado al amparo de la causal primera dice que se evidencia que el propósito del censor es atacar dos apartes de la sentencia, el relacionado con el móvil y la valoración dada por la Corporación al testimonio de Lleras Guzmán.

Dentro de los yerros técnicos atribuidos al censor está el de haber entremezclado simultáneamente el error de hecho en dos de sus especies antagónicas y excluyentes porque imputa al Tribunal haber supuesto la posesión de una grabadora en manos de la víctima, lo que tendría sentido en el ámbito del error de hecho por falso juicio de identidad, en cuanto a lo supuesto por el juzgador surge de la extralimitación del alcance dado al testimonio de Lleras Guzmán; pero que al continuar con la censura, se afirma la suposición de pruebas incisitentes, variando el sentido del ataque puesto que en tales circunstancias se ubica dentro del error de hecho por falso juicio de existencia, al atribuir al juzgador el haberse inventado una prueba.

En cuanto a la queja de haberse dejado de apreciar unas pruebas y concretamente los testimonios de Insignares y Carvajal, responde el Ministerio Público que sí fueron apreciados pero qué diferente es "que con relación a aquellos el juez hubiese dado en aplicación a su deber de analizar el recuadro probatorio en conjunto, una significación y alcance diversos al querido o esperado por el defensor".

Transcribió el aparte de la sentencia donde se sintetizan los supuestamente no apreciados testimonios y aduce que en definitiva lo que pretende el censor es hacer prevalecer sus particulares estimaciones probatorias "sin ingresar en el punto crucial cual es, el de demostrar que los presuntos errores de hecho y su comprobación fueron de tal entidad y factura en la sentencia, que de no haber existido hubieran las pruebas determinado una decisión opuesta o diferente a la tomada por los juzgadores de segunda instancia".

Finalmente alude a las consideraciones del recurrente en cuanto destaca las contradicciones del testimonio de Lleras Guzmán, pero que habiendo invocado el error de hecho lo derivó al de derecho porque "aludió al poder de convencimiento que la prueba pudiera ofrecer, lo que tan sólo tendría sentido en los límites del error de derecho, pero que, se reitera, no es posible invocarlo en el actual sistema probatorio por no haberse edificado éste sobre el esquema tarifario y resultar latamente imposible, por contra, el similitud del grado de credibilidad otorgado en las instancias a una prueba, con lo que respecto de ella disponga un precepto legal".

Termina solicitando se rechace el cargo.

El Colaborador de la Procuraduría comenta el segundo cargo resaltando que se controvierte por el censor el testimonio de Lleras Guzmán, al haberse ignorado por el fallador las contradicciones en que éste incurre, y ello motiva al funcionario a sostener que "...decir que el fallador no tuvo en cuenta aspectos sobresalientes en la declaración de Lleras, que pasó en silencio las contradicciones que integran su declaración, que no las tuvo presentes al valorarlas desconociendo el artículo 295 del Código Penal y que, por el contrario debían haberse apreciado en su credibilidad las indagatorias de los procesados al ser estas opuestas a las suposiciones de la sentencia, no es cosa diferente que enfrentar elementos de convicción y proferir el ajustado a sus intereses por considerarlo más conveniente que el otro, en postura que no hace más que contraponer —sin razón válida ni expresa— un postulado valorativo, propio del impugnante, al que de manera razonada expuso el sentenciador".

Termina solicitando se rechace el cargo.

Dostaca que en primera instancia se había impuesto a los procesados pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de diez años y que en segunda instancia se modificó tal decisión en cuanto se dispuso que tal pena debía durar un tiempo igual al de la pena principal; que de esta manera se vulnera el principio constitucional establecido en el artículo 31, y por ello se debe casar parcialmente la sentencia para que se determine que la condena de interdicción sea la impuesta en primera instancia.

Las consideraciones de la Sala:

El primer cargo propuesto en la censura es de nulidad por no haberse practicado pruebas que el censor considera relevantes. Se concreta tal omisión en el hecho de no haber realizado el menor esfuerzo para receptionar el testimonio del conductor del bus de Coomeva, con el que se hubiera podido determinar la causa eficiente que determinó el enfrentamiento entre agresores y víctima.

Igualmente el actor critica que no se hubiera realizado ninguna requisita a dicho bus puesto que dentro de él fue capturado Hernández Londoño, para determinar si allí había escondido la grabadora de la que supuestamente se había apoderado; y que no se hubiera hecho esfuerzo alguno por receptionar el testimonio de la pasajera del taxi que conducía Lleras Guzmán, ni a la mujer que informó a la Policía lo que estaba sucediendo, ni del trabajador de las EE. PP. de Medellín que presenció los acontecimientos.

Considera igualmente como una omisión trascendente en la práctica probatoria que no se hubiese realizado una inspección judicial en el sitio de los acontecimientos para establecer que el agente no vio cuando la víctima era golpeada en el suelo.

De manera reiterada esta Corporación ha enfatizado en la importancia del deber legalmente impuesto por el legislador de la investigación integral al disponer en el artículo 333 del C. de P. P.: "El funcionario tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado y de las demás partes".

Por ello se ha sostenido con frecuencia que cuando no se cita a los testigos presentados como prueba de descargo por el sindicado, o no se decretan las pruebas solicitadas por él o por el defensor, se afecta el derecho de contradicción y consecuentemente el de defensa y en última instancia el debido proceso; pero ello ocurre siempre y cuando los testigos aparezcan claramente identificados o por lo menos individualizados y que se hayan dado elementos racionales de su posible localización, para hacer factible su comparecencia al despacho del investigador; o cuando se trata de pruebas pertinentes y conducentes, cuya práctica, a criterio del investigador, sea necesaria para el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos que son motivo de investigación; porque el instructor no está en la obligación de ordenar la recepción de pruebas impertinentes o inconducentes, evidentemente nada tienen que ver con los sucesos que se investigan, su negativa surge de bulto; al igual que cuando los medios de convicción solicitados a simple vista son intrascendentes o de imposible práctica.

Por ello no se vulnera el principio de la investigación integral cuando no se ordena la recepción de pruebas cuya práctica es imposible, como ocurre en el caso de la censura relacionada con la no recepción de los testimonios de la pasajera del taxi conducido por Lleras Guzmán, de la persona que informó a la Policía lo que estaba sucediendo y del trabajador de las EE. PP. de Medellín que presenció los hechos, las cuales no se recaudaron por imposibilidad física, pues de manera lamentable, se desconoce aún en este momento la identidad o individualización de los mismos y menos aún el sitio donde pudieran ser localizados.

En las condiciones anteriores mal puede plantearse como reproche a la justicia que no hubiera decretado una prueba que es de imposible realización, por las razones anotadas en precedencia.

En similares condiciones se encuentra la omisión de practicar la requisita al interior del bus donde fue capturado el procesado recurrente, porque cuando el proceso llegó a manos de los funcionarios judiciales encargados de la instrucción, ya habían transcurrido días de la ocurrencia de los hechos y en tales circunstancias temporales no tenía sentido decretarla, por cuanto cualquier rastro de la actividad delictiva para ese entonces ya había desaparecido, porque en ese lapso han debido ingresar y salir de dicho vehículo muchas personas que de manera lógica hacían innecesaria la práctica de tal prueba.

Resulta aberrante reprochar a la justicia la omisión de la práctica de una prueba determinada, cuando físicamente es imposible su reali-

zación; como sería el caso de exigir una inspección judicial al sitio de los acontecimientos para la búsqueda de rastros o vestigios de la ilicitud, cuando al momento de llegar el proceso a manos del instructor ya ha transcurrido mucho tiempo desde la ocurrencia del hecho ilícito investigado.

En relación con el testimonio del conductor del bus de Coomeva no le asiste la ruzón al impugnante cuando afirma que "no se solicitó, ni se hizo el menor esfuerzo" para obtenerlo, porque existen constancias procesales (fl. 182) que se ofició a dicha empresa para conocer la identidad de ese testigo, para hacerlo comparecer.

Así las cosas, cuando la justicia por medio de sus funcionarios de instrucción ha hecho esfuerzos razonables para practicar una prueba determinada, pero finalmente, por diversas circunstancias, no ha sido posible su recepción, es evidente que la inexistencia de tal medio de convicción no puede convertirse en una censura y menos en un cargo que pudiera llevar a casar un fallo determinado.

En las condiciones precedentes y tal como lo solicita el Procurador Delegado se deberá rechazar el cargo formulado en primer lugar.

Por otra parte, al amparo de la causal primera plantea el censor dos cargos, el primero se dirige a la demostración de que el fallador supone que cuando la víctima era golpeada portaba una grabadora e, igualmente que fue Hernández quien se la quitó. En relación con este punto afirmó: "Suponer pruebas que no existen en el proceso, y fundar sobre tales pruebas inexistentes consecuencias procesales que conducen a la declaratoria de responsabilidad penal del procesado, es una de las formas de error de hecho".

Para demostrar que la existencia de la grabadora no fue probada dentro del proceso dice que se dejaron de apreciar los testimonios de Insignares, quien dijo no haber visto que nadie llevara una grabadora; y el de Carvajal, conforme al cual no vio en manos del capturado ningún objeto.

Desconoce el censor que dentro de la sana crítica probatoria que es la regla que gobierna las disquisiciones del juez en el estudio y análisis del acervo probatorio, aquél está en la libertad de concederle credibilidad a unos medios de convicción y quitársela a otros, o dársela en menor grado. Se menciona lo anterior porque si bien en los apartes transcritos por la censura los testigos citados no mencionan la existencia de la grabadora, dentro del proceso hay otros medios de convicción que si hablan de tal aparato y concretamente el testimonio de Lleras Guzmán que incluso menciona sus características.

En las condiciones precedentes es necesario concluir que simplemente el fallador dio una mayor credibilidad a unos medios de convicción que a otros y en el caso concreto del testimonio del taxista el fallador de segunda instancia dice de él: "La reiterada manifestación

del señor Luis Lleras Guzmán, resulta inobjetable porque no se advierte en él interés en mentir sobre ese aspecto, ni sobre los demás a que se refiere en sus exposiciones, según se verá más adelante, que por lo demás, corresponden al rumor que se extendió en ese sector".

Es claro entonces que el fallador no omitió la consideración de ningún medio de convicción, sino que dio mayor credibilidad a otros y en tales circunstancias la pretensión del censor, que denuncia un error de hecho por un falso juicio de existencia, no es más que la prevalencia de su criterio interpretativo sobre el de la instancia.

Además de lo anterior se debe tener en cuenta que cuando se niega algo, lo que fundamentalmente demuestra la manifestación, y específicamente en este caso particular que es motivo de análisis, es que el testigo que niega, no vio el objeto, pero ello no quiere decir que éste no exista; pudo haber sido una simple consecuencia de no haber observado el objeto, explicable por muchas razones, pero no se prueba la inexistencia de un objeto por el hecho de que en un momento dado, un testigo no lo haya visto.

En la parte final de este cargo, el censor hace una serie de consideraciones tendientes a quitarle credibilidad a la versión del taxista Lleras Guzmán en cuanto afirmó tenerle muchas ganas a los ladrones porque por cualquier anillo o doscientos pesos eran capaces de quitársela la vida a una persona y que de manera concreta ha sido víctima de seis atracos y dos enmaletadas y que en tales circunstancias, sus sentimientos de venganza son los que lo llevan a testificar en contra de los procesados.

Tampoco en esta crítica le asiste la razón al impugnante porque el que un ciudadano exprese sus sentimientos de rechazo en contra de cualquier modalidad de la delincuencia lo que revela es que posee una cultura cívica y unos principios éticos y morales que, si tuvieran la mayoría de los habitantes que constituyen la Nación colombiana nos colocarían en situación de superar rápidamente la delincuencia; porque la justicia contaría con ciudadanos colaboradores, dispuestos a testificar, de manera tal que la impunidad se reduciría al máximo y por consiguiente la criminalidad.

No se puede pretender que se le quite la credibilidad al testimonio de una persona por el simple hecho de haber sido víctima de los delincuentes en varias ocasiones; de pronto la crítica sería aceptable si el testimonio se hubiera dirigido contra la persona que con anterioridad lo hubiese victimizado; pero no por el hecho de haber sido sujeto pasivo de un delito, se puede pretender que la persona miente y que esté dispuesta a declarar falsamente contra cualquier inocente ciudadano simplemente por el placer de verlo condenado.

Al no tener la censura razón en los reproches formulados será rechazada tal como lo solicita el Fiscal de la Corporación.

El segundo cargo formulado, también al amparo de la causal primera, lo hace consistir en una serie de contradicciones en el testimonio del taxista Lleras Guzmán, y propone un falso juicio de existencia en relación con algunos aspectos de la declaración; pero en su desarrollo se censura que el fallador le hubiese restado toda credibilidad a las versiones rendidas por los procesados; al efecto el recurrente afirma: "Al darle un valor diferente a las confesiones extrajudiciales y judiciales de los procesados, todo, prevalido en las declaraciones de Luis Lleras Guzmán...".

El demandante critica al sentenciador que no hubiera creído en las versiones de los procesados al calificarlos como personas desadaptadas socialmente y proclives al delito. Agrega que si Cano confesó la autoría del delito y Hernández coincide con tal versión "no es de recibo negarles esas manifestaciones porque hubieran discrepado en circunstancias secundarias, que en nada inciden sobre el compromiso del primero con la justicia, como lo reiteró en más de una ocasión".

El actor considera que en tales circunstancias el sentenciador violó los artículos 395 y 300 del C. de P. P. "en cuanto se debe apreciar la credibilidad de los procesados, cuyas indagatorias se oponen rotundamente a las suposiciones de la sentencia, sobre que mintieron para que Víctor Manuel Hernández Londoño, fuera liberado de responsabilidad por lo insinuado en autos, concretamente, sobre las lesiones personales que determinaron el fallecimiento del anciano desconocido".

No es cierto, como lo asegura el censor, que el sentenciador hubiera omitido apreciar las contradicciones en que incurrió el testigo Lleras Guzmán, sino que por el contrario fueron destacadas, explicadas y justificadas para efectos de darle credibilidad, por considerar que aquellas se produjeron sobre hechos intrascendentes. Es así como en la sentencia de segunda instancia se lee en relación con este tema: "No obstante que el señor Lleras desdijo en su segunda declaración lo que afirmara en la primera, en el sentido de que contribuyó a la captura de los sujetos provisto de una 'macheta', lo que esgrime en su demérito tanto la Fiscalía del Tribunal como el defensor de Hernández Londoño, tal actitud del testigo, explicable supuestamente por su temor de comprometerse legalmente '...yo no cargo nada en el carro, porque con eso se embala uno fácil, yo no cargo ni machete, ni navaja, ni nada...' (fl. 175), deviene intrascendente por tratarse de algo accesorio que no lesionó la esencia de su versión".

"Y pese a que en algún aparte de su segunda deposición, destacado también por la Fiscalía colaboradora con la misma orientación (fl. 252), Lleras Guzmán se muestra confuso e incongruente en relación con su primer testimonio, al referirse, especialmente a la actividad específica cumplida por cada uno de los sindicados, ello, fuera de explicarse por el tiempo que medió entre una y otra declaración, más de cuatro meses, deja incólume su señalamiento de los dos como participes solidarios en el atentado, aspecto sobre el cual mantuvo invariable su versión".

"La credibilidad que ofrece el testimonio en referencia —en cuanto incrimina a ambos sindicados como participes en el atentado—, vista su armonia con el acervo de las probanzas y la personalidad de éstos, torna inmeritorias las censuras del señor defensor de Victor Manuel Hernández Londoño en orden a demostrar que tal señalamiento es fantasioso y mal intencionado. Su aseveración de que Lleras Guzmán no estaba en condiciones de percibir lo que atesta, dada la dirección en que desplazaba su vehículo y los movimientos que dice haber realizado para colaborar en la aprehension de los sujetos, no pasa de ser una clucubración ajena al proceso y que pugna en todo caso con los elementos de mérito examinados, los cuales transmiten impronta de verdad a esa declaración. Y no es cierto, como lo sostiene el recurrente, que el señor Raul Carvajal Metaute confirme eficazmente tal hipótesis, porque éste, según se vio, captó únicamente el instante en que los individuos eran perseguidos, por lo que no está en condiciones de descalificar el relativo de Lleras Guzmán, algo que por demás él no intenta".

Con la transcripción hecha con anterioridad se demuestra que no se puede predicar que se ha incurrido en un falso juicio de existencia, puesto que el testimonio fue considerado en sus contradicciones, las cuales fueron debidamente analizadas para finalmente darle credibilidad a la versión en cuanto a la imputación que formula a los dos procesados.

Además de lo anterior, existen medios probatorios que explican la razón de ser de algunas de las presuntas mendaridades adjudicadas al taxista Lleras; así, basta leer el testimonio de los policiales que intervinieron en el caso para observar, cómo dicen haber escuchado de los curiosos que se hicieron presentes en el sitio de los hechos, que la víctima había sido golpeada con piedras y que alcanzaron a ver estos objetos contundentes ensangrentados en el sitio de los hechos, de tal manera que la afirmación que hace el testigo en ese sentido tiene su correspondencia con otros medios de convicción.

Censura el actor que no se hubiese creido en las versiones de los procesados, en cuanto se excluye de responsabilidad a Hernández Londoño, por el hecho de haberlos considerado sujetos desadaptados socialmente y proclives al delito; pero esta afirmación no es una invención del sentenciador porque en su indagatoria es el propio sindicado quien acepta haber estado detenido en unas diez ocasiones y fumar marihuana; por lo demás, no es éste el único motivo por el cual no se le da credibilidad a tales versiones, sino que se hicieron especiales consideraciones que llevan al sentenciador a concluir que: "El hecho de que Aristides Cano asuma exclusivamente la responsabilidad del crimen, no exonerá de suyo la de su compañero, porque tal posición, de acuerdo a lo visto, no es sincera, como no lo es la de éste al acogerse a ella. Se trata de dos sujetos desadaptados socialmente y con inclinaciones proclives que no coinciden al indicar las circunstancias en que se iniciaron los hechos, en relación con lo cual se muestran

notoriamente contradictorios, confusos e inestables, y que faltaron a la verdad al afirmar que no golpearon a la víctima con piedras, como mintió Aristóbés al adaptarse finalmente a la alegación de su representante judicial, sosteniendo que el destinatario de su ataque era un hombre joven, de 30 a 35 años, fuera de que en esa oportunidad se escudó en una supuesta amnesia ("...yo no sé prácticamente nada de lo que me hablan... yo no me explico ni cómo ni cuándo ocurrieron esos hechos..." fl. 203 vto.), todo lo cual es síntoma inequívoco de la insincridad de ambos procesados y descarta el origen de los acontecimientos explicados por ellos, patentizando a la vez el móvil económico que se asigna a la conducta, por lo cual no puede aceptarse la marginación de Hernández Londoño en el homicidio, tanto menos cuando éste fue el delito medio orientado al apoderamiento del bien que la víctima tenía".

Se ve entonces que se rechazan las versiones no simplemente por ser desadaptados sociales, sino que el texto de sus testimonios es analizado y de allí se llega precisamente a restarles credibilidad. En definitiva, la pretensión del censor es la de hacer prevalecer su apreciación probatoria sobre la de los sentenciadores, porque al discrepar del pensamiento de las instancias lo que pide es que contra tal criterio ha de dárseles credibilidad a las versiones de los sindicados.

En las condiciones analizadas en precedencia, es preciso de conformidad con el Procurador Delegado rechazar el cargo propuesto.

En segunda instancia se dispuso que la interdicción de derechos y funciones públicas debía ser no por el tiempo dispuesto por la primera instancia (10 años), sino por el de la duración de la pena principal y es evidente que con esta decisión no sólo se vulnera el principio constitucional de la *reformatio in pejus* (art. 31) sino también el principio de legalidad de la pena, puesto que se está imponiendo una sanción que excede el máximo legalmente previsto para ella.

En relación con estos dos aspectos la Corporación ha tenido plurales pronunciamientos en los que se ha sostenido, en relación a la *reformatio in pejus* lo siguiente:

"No obstante que la demanda presentada no está encaminada a prosperar por las razones ya anotadas, observa la Corte que la sentencia recurrida es violatoria del artículo 31 de la Constitución Nacional y los artículos 17 y 217 del C. de P. P. que establecieron en materia penal la prohibición de la *reformatio in pejus*.

"La segunda parte del artículo 31 de la Carta señala que 'el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el procesado sea apelante único'.

"Proclama la norma en consecuencia, que en materia penal el superior no podrá incrementar la pena señalada en la

sentencia cuando el procesado sea apelante único, a no ser que alguien: Ministerio Público, parte civil, con interés para ello lo dé facultad, o que la providencia sea revisable en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

"En el caso *sub judice*, el procesado fue condenado en primera instancia a la pena principal privativa de la libertad de tres años de prisión, sanción que fue incrementada en segunda instancia a cincuenta y cuatro meses de prisión, cuando la sentencia no era censurable y había sido recurrida únicamente por la defensora del acusado.

"Si bien es cierto que cuando el Tribunal adoptó la decisión e incrementó la pena, estabu facultado para hacerlo, hoy carece de esa facultad de acuerdo a la normatividad vigente.

"Como la apelación fue resuelta en perjuicio de quien promovió el recurso, la decisión del Tribunal es contraria a derecho, quebranta los postulados de la Carta y desborda la competencia otorgada al juez de segundo grado, en los artículos 17 y 217 del C. de P. P.

"Es evidente que como consecuencia de lo anterior, el Tribunal al imponer la pena impuesta al acusado y hacer más gravosa la situación en el fallo de segunda instancia, lesionó garantías fundamentales de rango constitucional y legal y por ello, la Sala de Casación Penal, como excepción al principio de limitación, podrá tasar oficiosamente la sentencia para corregir el quebranto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 228 del C. de P. P. y realizar la corrección de la pena.

"Como en la sentencia recurrida se revocó el subrogado de la condena de ejecución condicional concedida al procesado, agravando con esto la pena y la situación del único apelante, es deber de la Corte, casar también en este aspecto la sentencia impugnada para corregir el agravio inferior al derecho del sindicado" (Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas, sentencia de septiembre veinticuatro de mil novecientos noventa y dos).

Y en relación a la vulneración del principio de legalidad de la pena lo siguiente:

"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—, 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.

"....."

"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 (art. 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 las condiciones precedentes se habrá de casar parcialmente la pena para reformar la duración de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas en cuanto la duración de la misma ha de ser de diez (10) años como se había dispuesto en la sentencia de primera instancia.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Casar parcialmente el fallo y en consecuencia se condena a los procesados a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo de diez (10) años.

Dejar sin modificaciones la sentencia en todo lo demás.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgardo Sacedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.



ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA

De nada sirve acreditar en debida forma el falso juicio de existencia frente a alguno de esos pilares fácticos (elementos de convicción), si los restantes e igualmente contundentes continúan en pie; el ataque a través del error de hecho impone su extensión a todas las pruebas comprometidas con el fallo, sea para invertir su sentido, ora para menguar sus consecuencias, si lo que se persigue es el reconocimiento de acaecimientos contemplados en la ley.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Didímo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 055.

Vistos:

Cumplida la tramitación correspondiente, conoce la Corte del recurso de casación incoado por la defensa de *Nicolás Romero Ospina* contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se le condena a la pena principal de 16 meses de prisión y multa de un mil pesos y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y se adoptan otras determinaciones propias del caso, como responsable del delito de estafa en perjuicio de Héctor José Bautista.

Hechos y actuación procesal:

La sentencia de segunda instancia relata los hechos que fueron materia de la investigación con fidelidad probatoria así:

"Entre el denunciante Héctor José Bautista Fortuna y el sindicado *Nicolás Romero Ospina* se realizaban transacciones comerciales con cierta regularidad desde varios años atrás, por lo que en determinada ocasión convinieron en elaborar las facturas números 1621 fechada el veinticinco de junio de mil novecientos ochenta y uno, la 1622 del

trcinta de los mismos, mes y año, y la 1623 del 19 de julio del mismo año, en las que se hizo una relación del material con su valor unitario, la cantidad de cada uno y su valor total, ascendiendo cada una de las facturas, respectivamente a ciento cincuenta y seis mil seiscientos pesos (\$ 156.600.00), ciento sesenta y un mil quinientos ochenta y seis pesos (\$ 161.586.00) y ciento cuarenta y cuatro mil ochocientos cuarenta pesos (\$ 144.840.00) moneda corriente, facturas que servirían de soporte a un crédito solicitado en el Banco Santander.

"Posteriormente se agregó a la factura original una nota cuyo texto se lee 'factura de compraventa' y se hizo aparecer como testigo de tales operaciones comerciales a Pablo Villamizar Albarraeín y Raquel Quintero Diaz, estipulándose un plazo de treinta días y un interés mensual del 3% por incumplimiento, anotaciones que no figuran en la copia de la factura que quedó en poder de Héctor José Bautista Fortuna, quien figuró como comprador y quien aparece aceptándolas tanto en el original como en la copia.

"Con fundamento en las facturas originales que se tuvieron como títulos valores se adelantó proceso ejecutivo en el Juzgado Tercero Civil del Circuito, proceso que la Sala Civil de esta Corporación puso fin condenando a Héctor José Bautista Fortuna, ordenándose su ejecución y liquidación del crédito a su cargo.

"Bautista Fortuna denunció ante el Juzgado de Instrucción Criminal Reparto a Nicolás Romero Ospina por los delitos de falsedad en documento y fraude procesal porque (a) las facturas con que pretendía demostrar ante la entidad bancaria una supuesta adquisición de materiales de construcción, es decir, facturas de confianza para que Romero Ospina arreglara un sobregiro bancario porque con las mismas respaldaría un crédito de operación factoring en el Banco Santander, sin su consentimiento se le hicieron agregados a los originales para impulsar un juicio ejecutivo para hacerlas efectivas" (fls. 9-11, cuaderno del Tribunal).

Al proceso, que iniciara el entonces Juzgado Quince de Instrucción Criminal Radicado de Cúcuta, se vinculó mediante indagatoria a Nicolás Romero Ospina y a las personas que en calidad de testigos aparecieron firmando los originales de las facturas con las cuales se promovió la acción ejecutiva contra Bautista Fortuna y que para la época de los hechos eran dependientes suyos en el negocio de compraventa de materiales de que era propietario, señores Pablo Villamizar y Raquel Quintero. Habiendo considerado el Tribunal a los acusados exentos de falsedad en el auto de resolución de situación jurídica, se calificó el mérito sumarial en primera instancia con llamamiento a juicio para todos ellos por el delito de estafa, mientras que, igualmente para todos, se ordenó la cesación de procedimiento por el delito de fraude procesal dada la prescripción de la acción, pero este proveído fue parcialmente revocado por el Tribunal Superior del Distrito que

al conocerlo por apelación, consideró a Romero Ospina determinador de los otros copruecesados y en tal virtud mantuvo sólo para él la acusación y dispuso cesar procedimiento para éstos por estafa; y como el delito de falsedad en documento privado no había sido hasta entonces resuelto, también en relación con éste y para todos, cesó el procedimiento por hallarse así mismo prescrita la acción (fis. 1 y ss., 14, 153, 161 cuaderno principal 1; 472, 475, 556, 575-548 cuaderno principal 2).

Tramitado el juicio, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta falló en primera instancia tasando la pena para el acusado en la forma conocida, pues desatado el recurso de alzada interpuesto por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito lo acogió en su integridad, mediante el que es objeto de esta impugnación extraordinaria (fis. 611 y ss. cuaderno principal 2 y cuaderno del Tribunal).

La demanda:

Cargo único:

La sentencia es violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial, por error manifiesto de hecho consistente en falso juicio de existencia, en cuanto el Tribunal dejó de apreciar los testimonios de Arnoldo Chirinos Maldonado y Amparo Carvajal Prada y la sentencia de segunda instancia del 7 de diciembre de 1983 emanada de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, lo que implicó transgresión también del artículo 253 del C. de P. P. al no haber analizado "todas las pruebas" obrantes en la actuación. Considera el demandante que "de haber sido estimadas" las mencionadas pruebas, "habrían influido en la decisión final del proceso".

En desarrollo de la censura afirma el actor que Chirinos Maldonado, quien se desempeñaba como gerente del Banco Santander cuando sucedieron los hechos afirmó en el testimonio que el Tribunal ignoró, conocer a Iléctor Bautista Fortuna desde cuando éste acudió al Banco con el procesado Romero Ospina a celebrar una transacción, y que habiendo estado en esta ocasión fue "consciente que esas facturas fueron entregadas al Banco en garantía del préstamo solicitado", expresiones estas de las cuales infiere el señor defensor que el denunciante "no firmó unas sencillas facturas de compra de materiales de construcción a Romero Ospina, con el fin único y exclusivo de garantizar un sobregiro de este último ante el Banco, sino que por el contrario se constituyó en deudor de Romero Ospina, acompañándolo personalmente para que éste realizará con base en las mencionadas facturas, una operación crediticia llamada 'factoring'", que exigía "como requisitos, que la factura fuera de compraventa cambiaria y así asimilarse a un título valor"; y si habló con el gerente sobre la operación, "tuvo pleno conocimiento de los textos agregados a las facturas originales, no aparecientes en las copias. Es decir, autorizó a Romero

Ospina a hacer las adiciones que se exigían como requisitos en el Banco". Para cerrar sus comentarios en torno a este elemento de juicio se pregunta por qué el denunciante faltó a la verdad al referir los hechos?

Aludiendo al testimonio de Amparo Carvajal Prada, quien fuera la secretaria del denunciante para la época de los hechos, también ignorado por el fallador en su sentir, dice que ella refirió que su patrono llegó a un acuerdo con el acusado para reemplazar varias de las facturas que tenía aquél, pendientes de pago con éste, por las tres que fueron presentadas al Banco, y que de esta entidad crediticia ella recibió un mensaje telefónico para informarle a su jefe sobre la necesidad de su presencia a fin de "agregarle unas cláusulas a las facturas porque estas no eran cambiarias y por ello no se podía hacer la operación factoring", habiéndole transmitido la razón a su patrono.

Con relación a la sentencia civil que también predica ignorada en la evaluación probatoria por el *ad quem*, el profesional enfatiza que en ella el Tribunal desestimó la excepción de inexistencia de la obligación que el entonces demandado, Héctor Bautista esgrimió en el proceso de ejecución que con base en las mismas facturas de que se ocupa este proceso penal le adelantaba el mismo hoy condenado, comerciante Nicolás Romero Ospina, y que en ese asunto se decretaron medidas cautelares "sin que el obligado las objetase por considerar la existencia de falsedad en el título de recaudo ejecutivo o no ser verdadera la firma estampada por los testigos allí referidos". Estas situaciones llevan al censor a preguntarse por qué en el proceso civil no se alegó la falsedad de las facturas de compraventa y "en cambio ante la justicia penal sí" y a considerar el surgimiento de la duda razonable en favor de su cliente, basada en "el error de hecho por desconocimiento de la situación fáctica, condicionante del artículo 248 del C. de P. P., que ha debido aplicarse, y que al incidir en los artículos 2º, 36 y 356 del C. P., iba en contravía del artículo 247 del C. de P. P.".

Añade que se desconoció ese estado de perplejidad "porque se ignoraron las pruebas favorables a Romero Ospina, cuando por lo menos, si la intención del juzgador era no darles credibilidad, ha debido someterlas a la censura de la sana crítica, como lo determina el artículo 295 del C. de P. P., y así poder legalmente rechazarlas".

Después de criticar la sentencia por su "pobreza analítica" al detenerse en la objetividad de la falsedad y no contemplar la personalidad del implicado, solicita la casación, para que en fallo de sustitución se absuelva a su patrocinado.

El Ministerio Público:

Deficiente considera el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal la demanda, como para constituirse en causa eficiente de la

remoción de la sentencia acusada, y por consiguiente, sugiere la desestimación de la censura que la conforma.

Destaca que ni el error alegado, ni la trascendencia del mismo en el fallo fueron demostrados y así la petición se torna ineficaz. Estima el funcionario que la simple afirmación del error no es suficiente para darlo por demostrado y en este caso decir, como lo hace el demandante, que de las pruebas se infiere la licitud de la conducta del procesado al momento de los hechos y que no cambia la situación porque de las pruebas que se dicen ignoradas no se refiere a la falta de responsabilidad de éste en la estafa, y de una de las mismas "se podría predicar otro tipo penal como el de fraude procesal", mientras que los testimonios no le merecieron credibilidad al fallador.

Recuerda, además, que el demandante debe "proponer una nueva apreciación de los medios de convicción" cuestionando todo el acervo probatorio en que la decisión se fundamentó, pero, encuentra que el interesado omitió tal presupuesto.

Añade, de otra parte, que carece de razón la censura porque aunque específicamente las sentencias de las instancias —constituyentes de una unidad— no se refirieron al testimonio de Amparo Carvajal; de su contenido se infiere "que todos los medios de pruebas (sic) fueron analizados para proferir la decisión final", y, que aunque tampoco se relacionaron todos, uno a uno los elementos de juicio —lo que no es obligación del juez—, el fallador consignó su posición definitiva dando a entender implicitamente que su conclusión era la resultante de una visión de todos los medios de prueba, convicción esta a que arriba el Ministerio Público previa transcripción de apartes de la sentencia, en la que considera claro que el fallador les denegó credibilidad a los medios objectados por omisión evaluativa.

Consideraciones de la Corte:

Evidentemente, tal como lo estima el Ministerio Público en el concepto de rigor, el casacionista no logra demostrar el error que aduce, ni su trascendencia en cuanto a la capacidad de variar el sentido de la sentencia de condena impugnada, de manera que ésta permanecerá incólume. Tíenese:

Los reclamos, que confluyen a un yerro apreciativo del haz probatorio, materializado en la ignorancia, por el fallador, de tres elementos de juicio, se centran en que: a) El Tribunal no supo —porque no apareció su testimonio— que Arnoldo Chirinos declaró conocer al denunciante Héctor Bautista Fortuna cuando éste fue a las instalaciones del Banco Santander —donde aquél era el gerente— "en el momento de efectuarse la transacción" y por consiguiente se enteró que las facturas que se tuvieron como medio objetivo de la estafa de autos "fueron entregadas al Banco en garantía del préstamo solicitado". Si

se hubiera tenido en cuenta ese testimonio, juzga el actor, el Tribunal habría llegado a la convicción de que Bautista Fortuna "tuvo pleno conocimiento de los textos agregados a las facturas originales, no aparecientes en las copias. Es decir, autorizó a Romero a hacer las adiciones que se exigían como requisitos en el Banco"; b) El Tribunal no supo —porque tampoco apareció su testimonio— que Amparo Carvajal Prada refirió que su entonces patrono, señor Bautista Fortuna, y el comerciante sentenciado, señor Romero Ospina acordaron reemplazar las varias facturas no canceladas por el primero como comprador de materiales que el segundo vendía por solamente tres (3), ni supo que la testigo relató haber recibido una llamada telefónica del Banco para informarle a su patrono que debía acercarse allí con el comerciante Romero Ospina "para agregarle unas cláusulas a las facturas porque estas no eran cambiarias y por ello no se podía hacer la operación factoring" y que ella le transmitió la misiva al roquerido; y, c) El Tribunal no supo —por qué no la apreció— que la sentencia de excepciones dictada en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta dentro del ejecutivo instaurado por Romero Ospina contra Bautista Fortuna con base en las mismas facturas a que se refiere este proceso, rechazó, por no estar probado "el medio exceptivo" que como inexistencia de la obligación opuso el ejecutado aduciendo que las facturas "correspondían a mercancía que no fue entregada al deudor por convenio posterior con el acreedor". Tampoco se enteró el fallador por la misma causa omisiva, que en el juicio ejecutivo en mención el demandado no objetó las medidas cautelares alegando la "falsedad en el título de recaudo ejecutivo o no ser verdadera la firma estampada por los testigos allí referenciados"; pero con relación a esta prueba documental —a diferencia de lo que ocurre con las testimoniales ante las que guarda silencio— el actor afirma el surgimiento de la duda a favor del acusado y su absolución por la vía del artículo 248 del C. de P. P. de 1987.

Pues bien:

Los episodios narrados en los testimonios de Arnoldo Chirinos por haber sido gerente del Banco Santander para la época de los hechos y de la secretaria por entonces del denunciante, señora Amparo Carvajal Prada, consistentes en que éste supo porque habló directamente con el funcionario del Banco lo relativo a la operación crediticia que se iba a celebrar con Nicolás Romero con apoyo en las tres facturas en que se declaraba deudor del comerciante, y supo igualmente de los agregados escriturales que se les hicieron a los documentos para posibilitar el otorgamiento del crédito, tales episodios, fueron igualmente expuestos por el procesado desde su diligencia de indagatoria —en la que, dicho sea de paso citó en su respaldo justamente los deponentes Chirinos y Carvajal— según se lee a los folios 66, 68 y 69 del cuaderno original número uno, y fueron sopesados por los falladores al descartar

la credibilidad al acusado y otorgársela al denunciante y aún con expresa referencia a Chirinos dentro del juicio de apreciación probatoria, tal como lo que fue la sentencia expedida en el juicio civil en la que se declaró no probada la excepción propuesta por el demandado —y aquí denunciante— y se ordenó seguir adelante en la ejecución.

Aunque los falladores de las instancias no dedicaron extensas consideraciones al testimonio de Arnoldo Chirinos y a la sentencia de excepciones del proceso ejecutivo en que se declaró no probada la excepción alegada por el demandado es de verse que para denegarle credibilidad en lo exculpativo al hoy procesado en su indagatoria en cuanto que Bautista Fortuna hubiera sabido de los textos agregados a los originales de las facturas para convertirlas en instrumentos aptos para la ejecución civil, los mismos funcionarios, justamente tuvieron en cuenta esas probanzas, pues el dicho testimonio de Chirinos no refería que el denunciante supiera esa circunstancia creada en su contra —como lo infiere el casacionista—, sino que —tal es el relato del deponente— el perjudicado supo que para la aceptación de las facturas en la operación crediticia que se surtiría en el Banco, éstas debían llenar determinados requisitos (fls. 41-42, cuaderno principal 1); y en cuanto a la sentencia de excepciones, en la que se ordenó seguir adelante la ejecución iniciada con base en las facturas adulteradas, es claro que los falladores también la tuvieron en cuenta, como refuerzo de la credibilidad que les mereció el dicho del denunciante, al decir el juez, en la sentencia de primera instancia:

"Procesalmente y en concordancia con otros medios de prueba, en el transcurso de la investigación se otorgó credibilidad al dicho del denunciante y víctima, en cuanto a que firmó las facturas, por ser de confianza, acto que se comprueba con los antecedentes de sus relaciones comerciales con el sindicado y por el hecho de que las facturas que quedaron en su posesión, no contenían las leyendas que posteriormente se agregaron a los originales haciéndolas claras, expresas y exigibles, es decir, no se trataba como pretende hacerlo ver el procesado, de facturas de compraventa ni su aceptación fue ante testigos; además es el mismo encausado quien acepta la alteración bajo su responsabilidad, argumentando la necesidad de ello ante el trámite exigido por el Banco, constituyéndolas de esa forma en obligación exigible, situación que aprovecha el procesado para tener ese acto fraudulento como medios de prueba preconstituido de una obligación y con base en los títulos promover acción ejecutiva ante la justicia civil obteniendo sentencia a su favor, con el consiguiente perjuicio del denunciante" (fl. 517 cuaderno principal 2).

Por su parte el Tribunal, al desatar la apelación de ese fallo consignó:

"Otros medios de prueba que se tuvieron en cuenta a lo largo del proceso fueron el testimonio de Arnoldo Chirinos

Maldonado, gerente del Banco Santander, quien declaró sobre la existencia del crédito que se diera a Romero Ospina con fundamento en las facturas a cargo de Bautista Fortuna.

"(....)

"Se ha demostrado suficientemente que la alteración de las facturas sirvió de fundamento para que Nicolás Romero Ospina a través de proceso ejecutivo adelantado en el Juzgado Tercero Civil del Circuito obtuviera una considerable suma de dinero de Bautista Fortuna quien resultara condenado en tal proceso" (fl. 16 cuaderno del Tribunal).

Y si a lo anterior se añade, que el testimonio de Amparo Carvajal Prada, que en efecto fue ignorado, nada nuevo agregaba a lo dicho por el acusado en su injurada, tiéngase entonces, por una parte, que esta prueba resultaba inocua en la evaluación del recaudo probatorio —su contenido había sido vertido al proceso en un medio si evaluado—; y por la otra, que no hubo omisión apreciativa de la declaración de Chirinos ni del fallo del proceso ejecutivo, de donde resulta la total incufacia del reproche, máxime si se tiene en cuenta el olvido, por parte del actor, del deber de cuestionar todos y cada uno de los elementos de convicción que sustentan el fallo recurrido. De nada sirve acreditar en debida forma el falso juicio de existencia frente a algunos de esos pilares fácticos, si los restantes e igualmente contundentes continúan en pie: El ataque a través del error de hecho impone su extensión a todas las pruebas comprometidas con el fallo, sea para invertir su sentido, ora para menguar sus consecuencias, si lo que se persigue es el reconocimiento de atenuantes contemplados en la ley.

No prospera el cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida. En firme, devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Cópialese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengos, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Veldsquez, Dídimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

NARCOTRAFICO / IN DUBIO PRO REO / PREVARICATO
/ JUEZ / EMPLEADO OFICIAL / NON BIS IN IDEM

1. La claridad y precisión de los términos en que aparecen redactadas las disposiciones legales (arts. 4º del Decreto 1203 de 1987; 1º y 3º del Decreto 2047 de 1990) impiden concluir que los procesados y condenados por narcotráfico sean acreedores del sustituto penal. Por el contrario, de su contexto sólo puede colegirse que los mismos se encuentran expresamente excluidos de dicho beneficio. / 2. El beneficio de la duda (*in dubio pro reo*) sólo podría apoyarse en la incertidumbre insuperable que emerge de las pruebas del proceso en cuanto a la responsabilidad e inocencia del procesado. / 3. Nada impide considerar la calidad de funcionario público como elemento integrante del tipo penal de prevaricato y apreciarla además como circunstancia genérica de agravación punitiva, si ella conlleva quebranto alguno del principio universal del derecho non bis in idem. / 4. Cuando el juez traiciona sus deberes oficiales haciendo de la ley no un instrumento eficaz para proteger a la sociedad sino para desquiciarla, forzosamente se hace acreedor a tratamiento penitenciario, y en tales condiciones debe cumplir en detención la totalidad de la pena impuesta.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado Acta número 55, 17 de junio de 1993.

Vistos:

Agotado el trámite de instancia, decidirá la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado doctor Aristides Belancur Chiuffetelli y por éste, contra la sentencia de catorce de abril pasado, mediante la cual el Tribunal Superior de Marizalés lo condenó a la pena principal de treinta (30) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, al hallarlo res-

ponsable del delito de prevaricato por acción en su carácter de Juez Único Especializado de dicha ciudad; negándole el subrogado de la condena condicional.

Antecedentes:

De ellos dijo la Sala al momento de impartir confirmación a la resolución acusatoria, lo siguiente:

"1. El 26 de noviembre de 1990 se presentó voluntariamente al Juzgado Especializado de Manizales el señor Gonzalo Mejía Sanín manifestando que se acogía a los beneficios de los Decretos números 2047 y 2372 del citado año, por los cuales se crearon mecanismos para incentivar el sometimiento a la justicia de quienes hubieran cometido delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, porte ilegal de armas y concierto para delinquir; solicitando que fuera oido en declaración de indagatoria, diligencia en la que confesó haber enviado o participado en el envío, en siete oportunidades diferentes, de doscientos (200) a trescientos cincuenta (350) kilos de cocaína cada uno, de distintos lugares de Colombia hacia los Estados Unidos de Norteamérica, en el lapso comprendido del 20 de enero de 1985 al mes de julio de 1990 explicando que en todos los casos actuó como comisionista.

"Confesó igualmente haber trabajado en dicho país a órdenes de Carlos Ledher Rivas participando activamente en el transporte de considerables cantidades de cocaína en la isla Norman's Key y desde Miami hacia San Francisco (California); expresando que la droga remitida de Colombia pertenecía a Pablo Correa, Larry Triplett, Julián Mesa, unos señores de Cali y otras personas cuyos nombres se reservó 'por razones de seguridad obvias'. Denunció a otros individuos más como participes de tráfico internacional de estupefacientes y dijo que de todos los incriminados unos habían fallecido, otros se encontraban privados de la libertad y de los demás ignoraba su paradero o residencia.

"Puso a disposición del Juzgado la cantidad de setenta mil dólares y un vehículo marca 'Toyota', producto de sus actividades ilícitas (fls. 3 a 6 del cuaderno número 5).

"2. Con fundamento en la confesión vertida por Gonzalo Mejía Sanín el Juzgado Especializado lo decretó medida de aseguramiento de detención preventiva por la comisión de hechos punibles relacionados con el tráfico de estupefacientes, dentro del territorio nacional y en el exterior, en

concurso homogéneo, disponiendo que el procedimiento a seguir fuera el abreviado conforme al artículo 2º del Decreto 2372 de 1990.

"Expresamente le negó el 'beneficio de exoneración por prohibición del artículo 4º del Decreto 1203 de 1987' y ordenó allegar como pruebas el pasado judicial del procesado confeso exhortando a los cónsules de Colombia en Nueva York y Miami para que averiguaran con las autoridades de ese país los antecedentes de Mejía Sanín y las investigaciones que se adelantaron en su contra (fls. 8 a 13 *ibidem*).

"3. Habiéndose señalado fecha para la celebración de audiencia pública de acuerdo al procedimiento abreviado contemplado en los artículos 474 y siguientes del C. de P. P., el Tribunal Superior de Manizales por Acuerdo número 312 de 18 de diciembre de 1990 encargó como Juez Especializado de la misma ciudad al doctor Aristides Betancur Ciuffetelli quien tomó posesión del cargo el 20 de los mismos mes y año y ejerció esas funciones hasta el 11 de enero inclusive, de 1991, mientras disfrutaba de vacaciones el titular del Juzgado doctor Oscar Alzate Rostrepo.

"Por auto de 27 de diciembre el doctor Betancur Ciuffetelli negó la nulidad incoada por el Fiscal del Juzgado Especializado a partir de la citación para audiencia argumentando, entre otras cosas, que si bien es cierto no habían sido diligenciados los exhortos librados a los agentes consulares tratándose de un procedimiento abreviado donde los términos son angustiosos y existiendo confesión simple del procesado no contradicha se hacia innecesario dilatar el trámite del proceso 'porque seguramente las pruebas que puedan llegar ninguna incidencia van a tener en el caso de autos'.

"El 10 de enero de 1991 realizó la audiencia pública y al día siguiente, fecha en la que terminaba el encargo, proferió sentencia condenando a Gonzalo Mejía Sanín a la pena principal de 36 meses de prisión y multa de \$ 307.687.05 en favor del Fondo Rotatorio adscrito al Consejo Nacional de Estupefacientes, como responsable de transgredir el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 en concurso homogéneo de hechos punibles cometidos en el territorio nacional y en el exterior, absolviéndolo de los cargos formulados en ampliación de indagatoria respecto del proceso que se le seguía en el exterior por hechos similares y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional disponiendo su libertad mediante caución prendaria (fls. 270 a 281 del cuaderno principal número 1).

"4. Para mayor claridad del asunto debatido, la Sala se permite transcribir los argumentos expuestos por el fallador de instancia sobre la tasación de la pena:

"Dijo al respecto el exjuez Aristides Betancur Cluffetelli:

"Sanciona el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30-86, a sus infractores con pena de prisión de cuatro a doce años y multa en cuantía de diez a cien salarios mínimos.

"No concurren en autos, circunstancias de agravación punitiva. Tampoco hay constancias en el proceso de antecedentes penales ni de Policía, en contra de Gonzalo Mejía Sanín.

"Atendiendo estos presupuestos, respetando la solicitud del señor Fiscal, entiende el Juzgado debe partirse del mínimo de la pena, haciendo el incremento, por el concurso de hechos punibles, conforme las provisiones del artículo 26 del Código Penal.

"Ahora bien: Teniendo en cuenta la gravedad de las diversas ilicitudes cometidas por el imputado, reiterase, hechos punibles por él confesados en indagatoria, cometidos en el país y en el exterior, el incremento de pena que debe hacerse a la mínima de cuatro años a la que se aludió en párrafo anterior, conforme al mandato del artículo 26 del Código Represor, entiende el Despacho, no debe ir hasta otro tanto sino, hasta la mitad, es decir, veinticuatro meses que sumados a los cuarenta y ocho, nos da un gran total de setenta y dos meses de prisión y multa en cuantía (sic) de quince salarios mínimos, para la época del último acto, 1990.

"Tíñese que, el procesado se acogió al Decreto 2047 de septiembre 5 de 1990 que estatuye en el artículo 8º que el procesado tiene derecho a una rebaja de pena de la tercera parte, por la confesión y hasta en otra sexta parte por razón de colaboración prestada para descubrir los demás autores o participes del delito y por la cuantía de los bienes denunciados.

"Entiende el Despacho que el señor Gonzalo Mejía Sanín, es acreedor a las rebajas antes enunciadas porque se presentó, confesó y puso a disposición una suma considerable de dinero y un automotor, como producto de sus actividades ilícitas.

"Luego entonces, la rebaja de pena a que tiene derecho el encartado, es una tercera parte de los setenta y dos meses, por la confesión y una sexta parte de los mismos setenta y

dos meses, por la entrega de bienes. Es decir que, dichas rebajas suman: Tercera parte de setenta y dos: Veinticuatro meses y sexta parte de setenta y dos: Doce meses. Es decir que, la pena a imponer queda en total, en treinta y seis meses de prisión y multa por valor de trescientos siete mil seiscientos ochenta y siete pesos con cinco centavos.

"Y refiriéndose a la condena de ejecución condicional solicitada por la defensa manifestó que dicho pedimento resultaba atendible por cuanto se daban los requisitos del artículo 68 del C. P. pues la pena imponible no excedía a tres años de prisión y su entrega era demostrativa del deseo de reintegrarse a la sociedad 'es decir, su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permiten al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario'.

"Citó apartes de la sentencia de 25 de octubre de 1990 mediante la cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el Decreto 2047 de 5 de septiembre del mismo año.

"Apelada esta decisión por el Fiscal del Juzgado Especializado, el Tribunal Superior de Orden Público decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que señaló fecha para audiencia por irregularidades sustanciales que afectaban el debido proceso disponiendo que éste continuara tramitándose con sujeción a las previsiones de los Decretos 2790 y 3030 de 1990.

"3. Días después de emitida la sentencia el Procurador General de la Nación solicitó al Tribunal Superior de Manizales investigar penalmente la conducta del juez Aristides Betancur Ciuffetelli por las irregularidades cometidas en la tramitación del cuestionado proceso entre las que destacó el no haberse esperado a recibir las pruebas que había solicitado al exterior con el argumento anticipado de que las mismas no incidirían en la sentencia y el haberle concedido al procesado Gonzalo Mejía Sanín el beneficio de la condena de ejecución condicional contra expresa prohibición de los artículos 8º y 9º del Decreto 2047 de 1990 y 4º del 1203 de 1987.

"6. En desarrollo de la investigación originada en el informe rendido por el Jefe del Ministerio Público se revisaron las providencias interlocutorias dictadas por el juez acusado en el corto lapso de 20 días que duró su encargo comprobándose que de 18 medidas de aseguramiento de detención preventiva por él emitidas en diferentes procesos por violación a la Ley 30 de 1986, negó en cinco de ellas la libertad provisional con base en el artículo 4º del Decreto 1203 y en los demás casos 'por prohibición de la ley'.

"Así mismo se estableció que en las diligencias preliminares adelantadas por la incautación de la finca 'El Bordo' de propiedad de la sociedad 'G.M. y Cia.' cuyo representante legal es Gonzalo Mejía Sanín, el mismo funcionario profirió auto inhibitorio el 28 de diciembre de 1990, medida posteriormente revocada por el Tribunal Superior de Manizales (fls. 315 y ss. cuaderno número 1 y 522 y ss. cuaderno número 2).

"7. Llamado a rendir indagatoria el exjuez sindicado manifestó haber aplicado al caso juzgado el Decreto 2047 de 1990 en sentido lógico y gramatical; estatuto que en su artículo 1º prevé rebajas de pena y la suspensión de la condena a quienes se entreguen a la justicia colombiana acogiéndose a sus beneficios y como Gonzalo Mejía Sanín lo hizo en forma voluntaria confesando su participación en actividades de narcotráfico, dentro y fuera del país, se hacía acreedor a tales prerrogativas.

"Afirma que por razones de política criminal con la expedición del Decreto 2047 se creó una categoría especial de delincuentes, esto es, la de los capos de la droga, destinataria de dichas garantías y privilegios; distinta a la de los traficantes comunes de estupefacientes sin pretensiones de exportarlos para quienes seguía operando la prohibición de excarcelación o de concederles la condena de ejecución condicional, según los términos del Decreto 1203 de 1987.

"E interrogado cómo explicaba que dentro del contexto general de los Decretos 2047 y 2372 de 1990 la excarcelación y la suspensión condicional de la condena eran beneficios establecidos únicamente para los confesos por delitos de porte ilegal de armas y concierto para delinquir, repite que el Gobierno nacional expidió dichos decretos favoreciendo a los capos de la droga que se entregaran acogiéndose a sus bondades y preguntado por qué razón al momento de tasar la pena al sentenciado con fundamento en la Ley 30 de 1986 no tuvo en cuenta la circunstancia específica de agravación punitiva del artículo 38 *ibidem* que permite duplicar el mínimo de pena imponible cuando la cantidad de cocaína excede de cinco kilogramos, guardó silencio al respecto limitándose a contestar que partió del mínimo de cuatro años señalado en el artículo 33, incrementándolo en la mitad por el concurso de hechos punibles para un gran total de seis años, en razón a que no existían antecedentes penales o de Policía que pudieran agravar más la sanción.

"A los seis años deducidos le hizo las rebajas del artículo 8º del Decreto 2047 así: La tercera parte por concepto de confesión y una sexta parte más por razón de la cuantía de

los bienes entregados y la colaboración prestada para descubrir los demás autores o púltiples de los delitos, para una pena líquida imponible de treinta y seis meses de prisión, expresando que no obstante haber denunciado el procesado a personas muertas o detenidas y no haberlo hecho respecto a otras por obvias razones de seguridad, nadie está obligado a declarar contra otros a riesgo de perder su vida.

"Explicó que no condenó a Mejía Sanín por los cargos que le fueron formulados en ampliación de indagatoria con base en la copia del enjuiciamiento hecho por el Tribunal Federal de la Florida, División de Jacksonville, porque allí se le confundió con su homónimo 'Gonzalo Mejía Arango' alias 'León' persona diferente al procesado confeso como se demostró con el cotejo de las huellas dactilares; pero interrogado por la razón de dicho proceder pese a que Gonzalo confesó en la mencionada diligencia su participación en actividades de narcotráfico en territorio de los Estados Unidos tales como almacenamiento, transporte y distribución de grandes cantidades de cocaína en el Estado de la Florida de 1985 a 1987, no supo dar explicación satisfactoria al respecto repitiendo una vez más que aplicó en debida forma los artículos 1º y 2º del Decreto 2047 (fis. 358 a 3384 del cuaderno número 1).

"8. Clausurada la etapa investigativa, el Tribunal Superior de Manizales por auto de quince de octubre postreño (1991); calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria contra el doctor Aristides Betancur Ciuffetelli por el delito de prevaricato por acción descrito en el artículo 149 del Código Penal consistente en haber proferido resolución judicial manifiestamente contraria a la ley y le negó el beneficio de libertad provisional disponiendo hacer efectiva la medida de aseguramiento de detención preventiva.

"Se fundamentó el pliego de cargos en las consideraciones que la Corte se permite sintetizar de la siguiente manera: La motivación de la sentencia dictada por el juez acusado es cualitativa y cuantitativamente defectuosa pese a las capacidades y conocimientos jurídicos predicables de su autor y todo tiende a indicar que consciente y voluntariamente acomodó la interpretación de unas normas y pasó por alto otras con el fin de poder dosificar la pena privativa de la libertad impuesta a Gonzalo Mejía Sanín en forma tal que quedara justo en treinta y seis meses, con lo cual el camino quedaba allanado para concederle el beneficio de la condena de ejecución condicional, al que legalmente no tenía derecho. Allanado, desde luego, si se negaba la vigencia de la prohibición contenida en el artículo 4º del Decreto 1203 de 1987, o se hacía caso omiso de ella, como efectivamente sucedió".

"El Juez Especializado hizo producir efectos antagónicos a la confesión rendida por Mojía Sanín para condenarlo frente a unos hechos y absolverlo respecto a otros, igualmente confesados.

"Es verdad que el fallo controvertido se dictó cuando comenzaba a operar un notorio cambio en la legislación de emergencia en cuanto al tratamiento a narcotraficantes y otros delincuentes, pero esa circunstancia exigía precisamente mayor cuidado en su análisis y toma de decisiones, a fin de que estas resultaran ajustadas a derecho. Sin embargo el doctor Betancur Cluffetelli apresuró el juzgamiento practicando la audiencia pública dos días antes de terminar su encargo y dictando la sentencia el último día del mismo.

"Observando en conjunto todos esos factores (falta de motivación de la sentencia, premura para dictarla, falta de aplicación de normas sin explicar por qué se dejaron de lado y concesión de un beneficio al cual el procesado no tenía derecho), no se puede menos de deducir que al exfuncionario le es imputable prevaricación, por haber proferido una resolución manifiestamente contraria a la ley.

"Se ha querido disfrazar el ánimo prevaricador del acusado escudándose en un aparente diligenciamiento de la actuación y en la dificultad de asimilación de confusos textos legales dictados con ocasión del cambio de legislación, mas no en la apreciación de la prueba y el estudio e interpretación de las normas aplicables 'por eso el exfuncionario acusado ignoró, sin dar explicación alguna al respecto, el artículo 38 de la Ley 30 de 1986; por eso no tuvo en cuenta el artículo 61 del Código Penal, ni dijo por qué lo dejaba de lado y ningún comentario le mereció el artículo 44 de la ley en cita; por eso tasó la pena privativa de la libertad personal que quedara justo en treinta y seis meses para poder afirmar luego que el narcotraficante confeso tenía derecho a la condena de ejecución condicional porque ...su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permiten al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario'.

"El Decreto 3047 de 1990 no autoriza la condena de ejecución condicional para los condenados por narcotráfico y solamente la prevé para los procesados por porte ilegal de armas y concierto para delinquir que se encuentren en las especiales circunstancias allí contempladas. El Exjuez Especializado no adujo ninguna razón que justificara la presunta derogatoria del artículo 4º del Decreto 1203 de 1987, norma que expresamente prohíbe la libertad provisional y la condena de ejecución condicional a los procesados o condenados

por tráfico de estupefacientes y a pesar de citar el decreto primeramente nombrado, no hizo ningún comentario al respecto limitándose a transcribir apartes de la sentencia de la Corte que lo declaró excusable.

"Tampoco ofreció explicación por no haber considerado la agravación punitiva del artículo 38 de la Ley 30 de 1986 contrastando la ductibilidad en el tratamiento dispensado a quien pur espacio de varios años se dedicó a exportar cocaína, con la dureza demostrada en otros procesos contra sindicados por delitos contemplados en la mencionada ley".

Apelada la providencia enjuiciatoria por la defensa, esta Corporación la confirmó mediante la suya de veintitrés de abril del pasado año.

En extensa y polifacética intervención durante la audiencia pública repitió el procesado sus puntos de vista y abundó en razones de todo orden para reclamar su absolución por haber obrado de buena fe y con estricta sujeción a la normatividad jurídica aplicable al caso, criticando severamente los fundamentos de la resolución acusatoria y los planteamientos del Fiscal Delegado y la Procuradora en lo Judicial quienes coincidieron en solicitar su condenación por el delito imputado y la negativa del subrogado de la condena condicional.

El catorce de abril posterior, el Tribunal Superior de Manizales puso fin a la instancia condenando al doctor Aristides Betancur Ciuffetelli a la pena principal de treinta (30) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, por hallarlo responsable del delito de prevaricato por acción descrito en el artículo 149 del Código Penal y le negó el derecho a la condena de ejecución condicional; decisión impugnada en apelación por la defensa.

La impugnación:

El señor defensor después de criticar lo que considera un "remedio" del sistema acusatorio y referirse a la pena impuesta a su patrocinado, la que estima exagerada concluye solicitando la revocación de la sentencia apelada por una absolución por aparecer demostrada la atipicidad de la conducta endilgada al doctor Betancur Ciuffetelli; o la causal excluyente de culpabilidad del error de prohibición; o no haberse establecido el dolo de la conducta; o por existencia de un clarísimo *in dubio pro reo*. Subsidiariamente depreca la disminución de la pena impuesta y la concesión del subrogado de la condena condicional en favor de su defendido.

Fundamenta sus pretensiones en las siguientes consideraciones: La sentencia de condena desoyó las razonables explicaciones del exjuez sindicado que lo llevaron a absolver al narcotraficante confeso de sus

actividades ilícitas en el exterior y a no tener en cuenta el artículo 38 de la Ley 30 de 1986 que alude a la duplicación de las penas en los casos allí previstos; equivocadamente dedujo como indicativo de dolo en la conducta de su asistido el hecho de no haber considerado determinadas circunstancias genéricas de agravación punitiva, como si la determinación de la pena no fuera asunto de libre y autónoma decisión del juzgador; los jueces de instancia como el representante del Ministerio Público han elaborado una cadena de artificiales y frágiles indicios para atribuirle responsabilidad al procesado por haberle otorgado la condena condicional al narcotraficante Gonzalo Mejía Sanín, no obstante que ello "no era un indicador de prevaricación sino un criterio de interpretación" de la ley enfatizando que el Tribunal Superior "quiere exigir en indicio todo aquello que estima como erróneo pero que sólo encuadra una interpretación diversa de la ley".

Refiriéndose al concepto jurídico emitido por dos distinguidos tratadistas nacionales sobre este tema, favorable a los intereses de su cliente y opuesto al criterio del Tribunal, expresa que "es apenas lógico concluir que en medio de tal acervo de conceptos encontrados, nace vivida la duda, el desconcierto, la incertidumbre, la indeterminación, la incerteza, en fin, el *in dubio pro reo*. De eso sí no nos cabe la más mínima vacilación".

Aludiendo al error de prohibición se queja que no haya sido considerada "esa parte subjetiva que tanto ha explicado y defendido, en el sentido de que como lo que el legislador quería era beneficiar a los narcotraficantes para lograr con ello la paz, les entregó gran parte de la filosofía *ius punitiva*; obviamente, corresponde a los jueces obrar en consecuencia".

Expresa que el Tribunal ha querido ver como indicio demostrativo del dolo en el proceder del acusado "el solo querer actuar de mala fe" y "que si la sentencia se entiende injurídica, ello *per se* no indica el prevaricato y acaso a lo sumo una actuación errada pero jamás delincuencial".

"Mi defendido en su injurada —agrega— y a lo largo del proceso lo ha explicado: el 1203 se hizo para los 'basuqueritos de poca monta', 'para los enfermos inhaladores' y sobre ellos cae el rigor punitivo del Estado; para los capos se hizo una legislación de su gusto lo mismo que las 'Catedrales de cinco estrellas'".

Considera el recurrente que la arbitrariedad en el manejo de la pena se hace patente en el presente caso porque se le incrementa la sanción por su condición de juez. "Nada más lejano de la realidad y del tiro jurídico".

Repetiendo sus puntos de vista relativos a la ausencia de dolo en la conducta del procesado, la existencia de una duda insuperable y la construcción de argumentaciones artificiales para deducirle responsa-

bilidad en el hecho, opina que la pena impuesta es excesiva e injusta y más lo es, la negativa a concederle la condena condicional no entendiéndo cómo se le otorgó al doctor Betancur Ciuffetelli una gracia tan exigente como la detención domiciliaria "para que posteriormente se le erija en sujeto peligroso negándole el subrogado".

Consideraciones de la Corte:

Aparece comprobado sin ningún asomo de duda que el doctor Aristides Betancur Ciuffetelli en su condición de Juez Único Especializado de Manizales conoció del proceso abreviado adelantado contra Gonzalo Mejía Sanín, quien acogiéndose expresamente a los beneficios establecidos en los Decretos 2047 y 2373 de 1990 dictados por el Gobierno con el propósito de incentivar el sometimiento a la justicia de quienes hubiesen cometido delitos contemplados en la Ley 30 de 1986 o cualquiera de las infracciones de competencia de los jueces de orden público o especializados, se presentó voluntariamente a dicho despacho confesando su participación en actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes dentro y fuera del país, motivo por el cual fue cobijado con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por expresa prohibición del artículo 4º del Decreto 1203 de 1987 que textualmente dice:

"Los procesados por los delitos indicados en el artículo 1º de este decreto (los previstos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986, y conexos, se aclara) no tendrán derecho a la libertad provisional ni a la condena condicional".

Al día siguiente de celebrada la audiencia pública y el último en ejercicio del encargo, profirió sentencia condenando a Gonzalo Mejía Sanín a la pena principal de 36 meses de prisión concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional y ordenando su libertad mediante caución prendaria, pese a que el artículo 8º del Decreto 2047 de 1990, norma aplicable al caso, sólo preveía el otorgamiento del mencionado sustituto penal a los procesados por delitos de porte ilegal de armas y concierto para delinquir; prohibición repetida en el artículo 10 del Decreto 3030 del mismo año.

De modo que si el doctor Aristides Betancur Ciuffetelli concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional a quien, por expresa y clara prohibición legal, estaba excluido de dicha gracia obrando en manifiesta oposición o contrariedad con el derecho que ha debido aplicar al caso concreto, se evidencia una ostensible ilegalidad en su proceder que asume la categoría delictiva del prevaricato por acción tipificado en el artículo 149 del Código Penal.

La defensa se ha empeñado en sostener que se trata de una interpretación normativa diversa a la predominante o surgida de un error excluyente de culpabilidad, o de la interpretación de normas

oscuramente redactadas y susceptibles de diferentes interpretaciones que por su complejidad puedan dar lugar a variadas y contrapuestas decisiones. Pero desde la resolución acusatoria ha quedado evidenciado que las explicaciones vertidas por el sindicado para justificar su conducta, a más de ilógicas e impertinentes, no resultan atendibles porque la claridad y precisión de los términos en que aparecen redactadas las disposiciones legales que debió aplicar al caso (arts. 4º del Decreto 1203 de 1987; 1º y 8º del Decreto 2047 de 1990) impiden concluir que los procesados y condenados por narcotráfico sean acreedores del sustituto penal. Por el contrario, de su contexto sólo puede colegirse que los mismos se encuentran expresamente excluidos de dicho beneficio.

El tema a decidir no ofrecía ninguna dificultad o complejidad al punto que sobre él discurrió con propriedad el Exjuez Especializado en oportunidades anteriores en las que rechazó por ilegal e improcedente la excarcelación o la suspensión de la condena a procesados por tráfico de estupefacientes.

También ha quedado en claro la imposibilidad de reconocer la existencia de un error sobre la antijuridicidad de la conducta o error de prohibición porque, como tuvo oportunidad de señalarlo el Tribunal Superior, el procesado Betancur Ciuffetelli no sufrió ninguna equivocación sobre la ilicitud de su comportamiento pues el asunto sometido a su consideración no ofrece la complejidad que ha querido atribuirse "ya que el sentido literal de las normas aplicables en la materia y su concreta finalidad, eran suficientemente claras, pese a lo cual, el implicado, insistiendo en una torcida interpretación que no puede explicarse por ignorancia o errónea asimilación de su contenido, dejó de aplicarlas o lo hizo de manera parcial o arbitraria".

Ahora bien, en lo relativo a la libertad de que goza el juzgador en la tasación de la pena, argumento aducido por la defensa para justificar la conducta del doctor Betancur Ciuffetelli, ha dicho la Corte sobre el particular:

"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 corresponde 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 son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosifi-

cación 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 concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva y mínimo, cuando concurren 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 basación 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 (art. 67), siempre que no se presenten otros factores de los que enumera el artículo 61, como determinantes del incremento punitivo y que tratándose de un concurso de delitos no sólo 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 (art. 26)" (Sentencia de 2 de diciembre de 1992).

El doctor Aristides Betancur Giuffetelli al momento de graduar la pena que tentativamente le correspondía al procesado Gonzalo Mejía Sanín para efectos de determinar si respecto a él se daba el requisito objetivo exigido por el artículo 68 del Código Penal; relativo al quantum de la misma desconoció dicha normatividad y en forma arbitraria y caprichosa partió del mínimo de cuatro (4) años de prisión pasando por alto que en relación al procesado concurren en su comportamiento circunstancias genéricas de agravación punitiva como la preparación ponderada del hecho punible, el obrar con la complicidad de otro y la gravedad y modalidades del mismo, las que impedían partir de dicho mínimo en la liquidación de la pena imponible.

Por otra parte para nada se refirió al aspecto subjetivo del subrogado penal concerniente a la personalidad del sindicado Gonzalo Mejía Sanín caracterizada por la dedicación durante varios años al tráfico de estupefacientes en grandes cantidades, lo mismo que a la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y además le concedió una rebaja de la sexta parte de la pena por una ficticia e irreal colaboración con la justicia para descubrir a los demás autores o participes de los hechos punibles confessados.

Por si esto no fuera suficiente motivó torcidamente la sentencia dejando de transcribir apartes del fallo de la Sala Plena de la Corte que había declarado la constitucionalidad del Decreto 2047 de 1990; precisamente aquellas que enfatizaban en la procedencia de la condena de ejecución condicional únicamente para los delitos de porte ilegal de armas y concierto para delinquir —como advirtió el Tribunal Superior— con lo que dio un falso ropaje jurídico a la ilícita determinación adoptada.

A juicio de la Corte es inquestionable que la sentencia emitida por el exfuncionario acusado, resulta ser ostensiblemente contraria a la ley porque desconoció el claro texto y sentido de las normas que gobiernan la materia, las que no podía ignorar en su entendimiento dada la sencillez de su tenor literal, su calidad de juez y su formación intelectual y jurídica de la cual se ufana. Por ello no son de recibo sus explicaciones en cuanto a que se limitó a interpretarlas de buena fe pues un conjunto de hechos indicarios valorados en su gravedad, armonía y correspondencia evidencian que el doctor Aristides Botancur Ciuffetelli cometió el hecho punible por el cual fue convocado a juicio con claro conocimiento de la violación de la ley, esto es, con dolo, porque teniendo conocimiento de la ilicitud de su conducta, sin embargo, se orientó con libertad hacia esa ejecución amañando la tasación de la pena al sindicado por narcotráfico y dándole un aparente contenido jurídico a una decisión abiertamente contraria a la normatividad legal vigente.

De manera que si la conducta endilgada al acusado es típica, anti-jurídica y culpable, como quedó establecido, huelga cualquier consideración para volver sobre temas planteados por la defensa a lo largo del proceso y atinentes a la atipicidad o inculpabilidad de su comportamiento puesto que la respuesta a tales inquietudes ya fue dada por el Tribunal y la Corte al momento de proferirse resolución enjuiciatoria sin que con posterioridad a ella hubiesen variado los fundamentos que le sirven de soporte.

El beneficio de la duda (*in dubio pro reo*) sólo podría apoyarse en la incertidumbre insuperable que emerge de las pruebas del proceso en cuanto a la responsabilidad o inocencia del procesado; aspecto éste que ni siquiera se vislumbra en autos por la certeza absoluta que campea respecto a la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado.

La pena impuesta al responsable por el delito cometido, esto es, la de treinta (30) meses de prisión, no resulta exagerada o excesiva, sino adecuada y conforme a la inocultable gravedad de los hechos, al daño social producido, el mal ejemplo dado, y por concurrir en el accionar del juez circunstancias genéricas de agravación punitiva consistentes en la preparación ponderada del delito y la posición distinguida que el funcionario ocupaba dentro de la sociedad.

Nada impide considerar la calidad de funcionario público como elemento integrante del tipo penal del prevaricato y apreciarla además como circunstancia genérica de agravación punitiva, ni ello conlleva quebranto alguno del principio universal de derecho *non bis in idem*.

Así lo ha expresado la Corte en sentencia de 21 de noviembre de 1990 (Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz) al decir en lo pertinente: "...en presencia de esa innmensa 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 art. 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 pueden 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"; criterios ratificados en providencias de 20 de marzo de 1991 y 2 de diciembre de 1992, entre otras.

Respecto al subrogado de la condena de ejecución condicional pedido por la defensa en forma subsidiaria, ya la Corte había expresado su opinión sobre el particular al confirmar la resolución de acusación contra el doctor Aristides Botancur Ciuffetelli cuando dijo:

"...esta Corporación se identifica con los argumentos tenidos en cuenta por el Tribunal Superior para negarle al exjuez procesado el beneficio de libertad provisional sobre la base de requerir tratamiento penitenciario, en el evento de llegar a ser declarado responsable mediante sentencia, pues la conjugación de varios factores aconsejan dicha medida.

"Efectivamente, la mayor gravedad del delito cometido por un juez en quien la sociedad ha depositado toda su confianza; las gravísimas repercusiones jurídicas derivadas de su conducta, la alarma social producida y el mal ejemplo dado con su decisión y la actitud de rebeldía y contumacia para someterse a la justicia eludiendo a todo trance la efectividad de la medida de aseguramiento dictada en su contra, son factores que lo excluyen de ser favorecido con las benignidades de la ley".

La calidad de juoz de la República con que actuó el procesado le da a su delito una gravedad mucho mayor de la que se derivaría de su comisión por otro funcionario y el mayor reproche penal que merece el delito por el investigado y con ocasión del cual produjo la decisión tildada de ilícita no permiten concluir razonablemente que no requiera tratamiento penitenciario.

Cuando el juez, como en el presente caso, traiciona sus deberes oficiales haciendo de la ley no un instrumento eficaz para proteger a la sociedad sino para desquiciarla, forzosamente se hace acreedor a tratamiento penitenciario y en tales condiciones debe cumplir en detención la totalidad de la pena impuesta, sin que valga alegar que la detención domiciliaria con que fue favorecido posibilita la concesión del subrogado penal, máxime que el agraciado incumplió con la obligación de permanecer recluido en su residencia, como aparece de autos.

Así las cosas, la Sala impartirá confirmación integral a la ponderada, jurídica y acertada decisión del Tribunal Superior, objeto de reparos por parte de la defensa.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal *confirma íntegramente* la sentencia condenatoria impugnada.

Cópicse, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M., con salvamento parcial de voto.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

NON BIS IN IDEM (SALVAMIENTO PARCIAL DE VOTO)

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, debe descartarse la concreción de la circunstancia que contenga esa misma condición. Pienso que esto es así.

No tengo renuencia ninguna frente al fallo de condena toda vez que los presupuestos exigidos por nuestra sistemática para dictar decisión de esta índole se dan en abundancia. Me separo, sin embargo, del siguiente pasaje de la sentencia de la Corte:

"Nada impide considerar la calidad de funcionario público como elemento integrante del tipo penal del prevaricato y apreciarla además como circunstancia genérica de agravación punitiva, ni ello conlleva quebranto alguno del principio universal del *non bis in idem*.

"Así lo ha expresado la Corte en sentencia del 21 de noviembre de 1990 (Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz) al decir en lo pertinente: "...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 art. 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 delitos de los que sólo pueden 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"; criterios ratificados en providencias de 20 de marzo de 1991 y 2 de diciembre de 1992, entre otras".

He sostenido —en ocasiones anteriores— "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".

Y como mi pensamiento de ayer a hoy no ha variado en lo más mínimo, suscribo esta disidencia, bajo un oriente penal concreto.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha *ut supra*.

EXTRADICIÓN

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

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Pérez Velandia*.

Aprobado Acta número 055.

La Embajada de los Estados Unidos de Norte América solicita al Gobierno colombiano la extradición del ciudadano de origen cubano nacionalizado en los Estados Unidos, señor *Juan Francisco López* o *Alberto Manuel Charris Acosta*, contra quien las autoridades judiciales de dicho país profirieron resolución de acusación el 4 de septiembre de 1990 y una adicional del 9 de julio de 1991 por el delito federal de narcotráfico.

El Ministerio de Justicia, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, envía a esta Corporación la documentación correspondiente para que se conceptúe sobre el particular.

La solicitud de extradición:

Por la vía diplomática, el Gobierno de los Estados Unidos de Norte América solicita formalmente al de Colombia la extradición del ciudadano extranjero y nacionalizado allí, señor *Juan Francisco López*,

quién es "requerido para que se le dictó sentencia por un delito federal de narcotráfico. Es el sujeto de la resolución de acusación sustitutiva número 88-6125-CR-FAM (s) (s), dictada el 4 de septiembre de 1990 en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida (Miami), mediante la cual se le acusó de empresa criminal continuada (narcotráfico) en violación del Título 21, Sección 848 del Código de los Estados Unidos. López se declaró culpable del cargo por empresa criminal continuada, pero fue puesto en libertad después de colocar una fianza mientras esperaba a que se le dictara la sentencia".

La cuestión fáctica a que se contrae la mencionada investigación es referida de la siguiente manera en la documentación adjunta: "Los hechos del caso indican que López y Guillermo Eckhardt fueron los responsables de organizar y liderar una actividad de concierto para delinquir que resultó en la importación de por lo menos 40.000 libras de marihuana a los Estados Unidos provenientes de Colombia durante el período 1986 a 1988. Durante este período López y Eckhardt hicieron los arreglos para que buques escoltas transportaran grandes cantidades de marihuana a las Bahamas. Igualmente reclutaban, organizaban y supervisaban a individuos que viajaban de Miami, Florida, a Freeport, Grand Bahamas, quienes descargaban la marihuana pasándola a botes de alta velocidad y la llevaban a la Florida. Posteriormente, la organización López/Eckhardt hacía los arreglos para el transporte terrestre, el almacenamiento de la marihuana, y su venta y distribución en el área de Miami".

La Fiscalía General dispuso la detención con fines de extradición del mencionado ciudadano y ordenó la correspondiente captura, la cual se verificó en septiembre 23 de 1993, identificándose el capturado como Alberto Manuel Charris Acosta con cédula de ciudadanía número 8.510.892 de Swan (Atlántico) y presentando además, otros documentos públicos que acreditan la misma identidad, por lo que el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" para materializar la captura tuvo que dejar la siguiente constancia: "Acto seguido, le solicitamos nos acompañara a la seccional 'DAS' Barranquilla, donde se efectuó cotejo técnico dactiloscópico entre las huellas del ciudadano conducido e impresiones dactilares de Juan Francisco López, suministradas por la Embajada de los Estados Unidos en Bogotá constatando que pertenecen a la misma persona, por esta razón el ciudadano a que nos hemos referido fue notificado de la orden de captura...".

Como transcurrió el término de ley sin que se allegara la documentación a que se hacia referencia en solicitud verbal, la Fiscalía dejó en libertad al solicitado en extradición. Posteriormente se hace nuevo roquerimiento verbal, esta vez por un cargo adicional: "La Embajada tiene el honor de informar al Ministerio que esta nueva solicitud para la detención provisional del señor López está basada en una resolución de acusación adicional. El señor López es el sujeto

de la resolución número 91-10021-CR-KING dictada el 9 de julio de 1991 en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de la Florida (Miami), mediante la cual se le acusa de la posesión con la intención de distribuir marihuana, en violación del Título 21, Sección 841 (a) (1) del Código de los Estados Unidos y del Título 18, Sección 2 del Código de los Estados Unidos". Lo fáctico de este nuevo cargo es referido así: "Los hechos del caso indican que en mayo de 1989, López hizo los arreglos para la importación de 7.000 libras de marihuana a los Estados Unidos provenientes de Colombia. Bajo la dirección de López, 3.500 libras de las 7.000 libras de marihuana fueron transportadas por bote a los Estados Unidos, en donde fueron almacenadas y posteriormente distribuidas". Se ordenó y efectuó la captura nuevamente.

Obran en el expediente respectivo los documentos a que hace referencia el artículo 551 del C. de P. P., tales como: Transcripción auténtica de las declaraciones de los Fiscales sobre las resoluciones de acusación que se profirieron contra López por narcotráfico —son dos, la número 91-10021-CR-King de julio 9 de 1991 y la número 88-6125-CR-FAM de septiembre 4 de 1990—, donde se indican exactamente los cargos que se le formularon, las pruebas que sirvieron de soporte a los mismos y las disposiciones federales en que se fundaron, así como los documentos que señalan la nacionalidad cubana del solicitado en extradición y la manifestación oficial de haber sido nacionalizado en los Estados Unidos de Norte América, en marzo 1^o de 1988 según Registro del Servicio de Inmigración y Naturalización número A36-637-627.

El Ministerio de Relaciones Exteriores tradujo la documentación correspondiente y por hallarla viable, la envió al Ministerio de Justicia para lo de ley. Este Ministerio solicita el concepto correspondiente de la Corte, la cual por conducto del Magistrado sustanciador dispuso el trámite de rigor; en desarrollo del cual se solicitaron pruebas, algunas de las cuales fueron admitidas y practicadas.

Entre las pruebas solicitadas y recuperadas se encuentra la copia auténtica del proceso que se adelanta contra el referido ciudadano por presunta falsedad en los documentos públicos que presentó para identificarse como Alberto Manuel Charris Acosta, persona que figura como natural colombiana por nacimiento; documentos que, según las inspecciones judiciales practicadas a las oficinas respectivas, se tienen como expedidos por las mismas, esto es, que son auténticos. En efecto, el registro civil de nacimiento fue expedido por la Registraduría Municipal de Galapa de acuerdo con los libros respectivos que le entregó la Alcaldía de dicha localidad —que los llevaba por disposición legal— donde figura el registro extemporáneo de dicha persona; la cédula de ciudadanía, fue expedida por la Registraduría Municipal del Estado Civil de Swan; el certificado judicial, lo fue por el DAS; el pase, por las autoridades de circulación respectivas (INTRÁ, seccional Atlántico). Documentos, todos ellos, que demostrarían la nacionalidad co-

lombiana por nacimiento del ciudadano de la referencia, de no ser porque hay irregularidades en el registro civil que hacen tener dicho acto como sospechoso, como adelante se puntualizará.

El procesado informa a la justicia lo que en su sentir constituye la explicación del por qué le aparecen varias nacionalidades. Manifiesta que nació en Colombia de padres colombianos —a los cuales dice no conocer— pero fue adoptado por una familia española —la adopción no está probada en autos— la que lo llevó de tres meses de edad a La Habana (Cuba) donde lo registraron como nacido allí; que vivió y se educó en ese país hasta cuando, por haberse rebelado contra el régimen comunista, se le procesó por un delito contra el Estado; luego se trasladó a los Estados Unidos donde se nacionalizó y fue procesado por los hechos de que da cuenta la documentación de extradición referida; que se lo dejó en libertad con fianza pero salió del país por Costa Rica a Panamá y de allí a Barranquilla. Agrega categóricamente: "En ningún momento he negado que soy la persona llamada Juan Francisco López, es decir, yo soy cubano, americano y colombiano de nacimiento" (fl. 126 cuaderno de pruebas).

Alegatos de conclusión:

Durante el término legal para alegar lo hizo el defensor principal del imputado —desplazando con ello al sustituto—. Plantea una pre-judicialidad, en consideración a que debe definirse por la justicia nacional primeramente si su defendido es o no colombiano por nacimiento, ya que esa condición tiene incidencia directa en la solicitud de extradición, pues de serlo no habría lugar a ella. Igualmente sostiene en su escrito que como de las pruebas aportadas se infiere que los hechos por los cuales se le juzga en los Estados Unidos tuvieron su iniciación en el territorio nacional, deben ser investigados por la justicia nuestra. Pide, en consecuencia, se proceda de conformidad.

Invoca, por último, un fallo de tutela de la Corte Constitucional que protege los derechos del niño, para que se tenga en cuenta aquí toda vez que su poderdante es padre de una menor cuyo registro civil de nacimiento se encuentra en autos.

Consideraciones de la Corte:

1: De acuerdo con lo demostrado en el trámite correspondiente a la solicitud de extradición del ciudadano en referencia, tenemos que la persona que responde al nombre de Juan Francisco López —la solicitada en extradición, por ser cubana de nacimiento y nacionalizada en los Estados Unidos—, es la misma detenida con fines de extradición y que posee el nombre de Alberto Manuel Charris Acosta, identificada con cédula de ciudadanía número 8.510.692 de Swan (Atlántico).

2º El sujeto mencionado figura en los libros de registro civil del Municipio de Galapa (Atlántico) como nacido en dicho lugar el 29 de enero de 1950 y al cual las autoridades colombianas le expedieron con base en el documento anterior la cédula de ciudadanía referida, un certificado judicial, una licencia para conducir vehículos y hasta un salvoconducto para porte de armas de defensa personal, documentos todos ellos públicos que tienen valor probatorio hasta tanto no se demuestre su falsedad.

3º El proceso que se adelanta contra dicha persona por el delito de falsedad en los documentos acabados de mencionar, si bien hasta el momento no ha demostrado con certeza que la referida documentación haya sido falsificada, si arroja serias dudas al respecto. En efecto, la apreciación de ciertas irregularidades hacen altamente sospechosa la inscripción extemporánea en el Registro Civil de Galapa. Veamos: a) Aun cuando la ley colombiana permite este tipo de registros —el extemporáneo— lo hace previo el lleno de determinados y precisos requisitos, los cuales no aparecen cumplidos en el registro de la referencia, o por lo menos no hay constancia de ello en autos; b) Aparece sentado el registro el día 21 de noviembre de 1968 en un folio (el 426) del libro 9B, y los tres siguientes folios tienen registros del año de 1974 (fl. 112, cuaderno de pruebas); c) Los folios 430 a 500 inclusive, de dicho libro están anulados sin que figure allí la razón de su anulación; d) Los folios de este libro tienen un formato que registra la Ley 75 de 1968, subrogatoria de la 45 de 1936, que entró en vigencia en diciembre 31 de 1968 (Diario Oficial 32.682), luego si el mencionado registro fue de noviembre de ese año, no tenía por qué mencionar una ley no vigente para entonces (fl. 147, cuaderno de pruebas); e) En dicho folio figura como la persona que solicitó el registro el supuesto padre carnal del procesado (Manuel Charris). Si ello es cierto, no se entiende por qué dio como fecha de nacimiento el 29 de enero de 1950, cuando el registro de La Habana (Cuba), que lo admite el mismo sindicado como cierto, dice haber nacido en el año de 1942? Y esta fecha parece ser la real del nacimiento, a juzgar por la época en que se hizo el registro en ese país, y f) Es notorio, según la inspección judicial correspondiente, el deterioro de los libros de registro civil que se llevaban en la Alcaldía de Galapa (Atlántico), así como el hecho de no figurar en los folios mencionados testigo alguno, ni aparecer en ellos firma de funcionario responsable (fl. 137, cuaderno de pruebas).

4º La circunstancia de existir un registro civil de la misma persona aun cuando con nombre distinto en La Habana (Cuba), dando fe de haber nacido allí el 29 de enero de 1942 y ser hijo de Juan Francisco López y Cristina Gutiérrez (fl. 45, cuaderno de pruebas) y la de aparecer otro en Galapa (Colombia) con datos diferentes respecto al nombre suyo y el de sus padres así como del lugar y año del nacimiento, ponen de relieve necesariamente que uno de los registros mencionados no corresponde a la verdad histórica, pues si el de La Habana (Cuba) revela un hecho cierto, el de Galapa (Colombia) inequivocadamente es

fraudulento; o viceversa, si el de Colombia corresponde a la verdad, incuestionablemente las autoridades cubanas fueron engañadas por quien registró un nacimiento que no tuvo existencia en el lugar ni en las circunstancias referidas, aspectos que corresponde a la justicia dilucidar.

5º Pero, aún admitiendo en gracia de discusión el valor probatorio de los documentos que acreditan al ciudadano solicitado en extradición como nacional colombiano por nacimiento, debe necesariamente reconocerse que esa nacionalidad la perdió, pues ese era el mandato constitucional vigente para cuando se nacionalizó y fijó su domicilio en los Estados Unidos de Norte América (marzo 1º de 1968): "La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el exterior, y podrá recobrarse con arreglo a las leyes" (art. 9º, C. de 1886).

Es verdad que la actual Constitución Política de Colombia, al establecer expresamente la doble nacionalidad, dispuso que "la calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad..." (art. 96), con lo cual podría pensarse que el constituyente de 1991 consagró una recuperación automática o de hecho de la nacionalidad en favor de quienes la perdieron en vigencia de la Carta anterior. Sin embargo, ello no es así porque la propia Constitución en el mismo artículo mencionado señala que "quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley".

Esa Ley no es otra que la 43 de 1993 que en su artículo 25 dice: "*De la recuperación de la nacionalidad*. Los nacionales por nacimiento o por adopción que hayan perdido la nacionalidad colombiana como consecuencia de la aplicación del artículo 9º de la Constitución anterior y quienes renuncian a ella de conformidad con lo dispuesto en la presente ley, podrán recuperarla, formulando una solicitud en tal sentido ante el Ministerio de Relaciones Exteriores...". En este expediente de extradición no hay constancia alguna de que se haya cumplido tal requisito, y si la defensa no lo pidió como prueba en su oportunidad ni lo adujo en su alegato, es porque no existe.

6º Ahora bien, la Constitución prohíbe la extradición de "colombianos por nacimiento" (art. 35), en el claro entendimiento de proteger el derecho fundamental de la nacionalidad por ser personalísimo, luego la prohibición no está protegiendo escuetamente a quien haya nacido en Colombia —el *tus soli* es apenas un factor determinante de la nacionalidad—, sino a quien sea "nacional colombiano por nacimiento" y obviamente, quien renunció o renuncie a la nacionalidad no tiene esa calidad. Tan cierta es esta afirmación que, como se vio, la propia Carta y la ley son las que permiten "recuperar" la nacionalidad cuando se haya renunciado a ella —y recuperar es volver a poseer lo que no se tenía.

7º Como la documentación allegada por el Gobierno de los Estados Unidos a través de su Embajada válidamente permite afirmar que legalmente se ha proferido medida jurídica equivalente a nuestra resolución acusatoria contra el ciudadano nacionalizado en dicho país, señor Juan Francisco López, persona plenamente identificada aun cuando figura también con el nombre de Alberto Manuel Charris Acosta, por un delito de narcotráfico que la legislación colombiana igualmente reprime con penas severas de privación de la libertad, y demostrado como está que no tiene en este momento la nacionalidad colombiana que dice tener, el concepto por emitir ha de ser favorable a la extradición.

De otra parte, no hay lugar a la prejudicialidad planteada por la defensa pues, como se dijo, aún aceptando que fuese persona nacida en Colombia, no tiene la calidad de nacional colombiano que es la que ampara la Carta con la prohibición de extraditar. Y en cuanto a ser padre de una menor colombiana por nacimiento, no ve la Corte cómo pueda afectarse el derecho de dicha menor cuando contra ella no se va a proferir medida alguna de tal naturaleza; y si se refiere a un perjuicio indirecto por la privación de la libertad de quien vela por su subsistencia, grave sería que toda persona pudiese ampararse en dicho supuesto para que la comisión de los delitos quedase en la impunidad. Quien primero debe prever las consecuencias que su actuar ilícito pueda acarrear a sus menores hijos es precisamente quien tiene la condición y responsabilidad de padre.

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

Resuelve:

1º Conceptuar favorablemente a la extradición del ciudadano Juan Francisco López o Alberto Manuel Charris Acosta, solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos de Norte América al de Colombia.

2º Devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia para lo de ley.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Culvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Vélez, Dídimio Pérez Velandia, Edgar Suárez Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL / ACCION CIVIL / INDEMNIZACION

1. Tratándose de la impugnación interpuesta en casos como éste (casación discrecional), es potestativo de la Corte darle viabilidad o negarla, dados los presupuestos de la disposición que la prevé. / 2. El delito es una fuente de obligaciones en materia civil —art. 1491, C. C.— por tanto, los perjuicios no son una sanción penal y ello explica que la acción civil derivada del hecho punible pueda ejercitarse dentro del proceso penal, o fuera de él con base en la sentencia condenatoria. Siendo así, el incremento que pueda sufrir la liquidación de los perjuicios en el fallo de segunda instancia con relación al de la primera, aún siendo único apelante el procesado, nada tiene que ver con la prohibición de reforma en perjuicio que hace el artículo 31 de la Carta, de donde resulta que para poder alegar el solicitante, si de objetar el aumento del monto indemnizatorio en la sentencia recurrida habla, con fundamento en el artículo 221 del C. de P. P.: "Cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretada...", jamás puede calificar de sanción penal esta obligación, porque entonces tampoco podrá "tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 053, junio 10 de 1993.

Vistos:

Decidirá la Corte lo que en derecho corresponda respecto de la concesión del recurso extraordinario de casación, solicitada por el defensor del procesado *José Manuel Jaimes Espinosa* con fundamento en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P. P., contra la sentencia

proferida el 16 de diciembre de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en la cual se le condena como autor responsable del delito de fraude a resolución judicial.

Antecedentes:

En un proceso de ejecución que cursa —o cursó— en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, de Ediciones Gamma S. A. contra Editorial Italgraf la Inspección 16-A Distrital de Policía fue comisionada para practicar la diligencia de embargo y secuestro de la unidad comercial Editorial Italgraf S. A., que se cumplió el 10 de abril de 1988, y en la que fue designado secuestre el señor Jairo Hernando Gutiérrez García, quien asumió la administración del ente desde entonces. Sin embargo, las directivas de la empresa, cuyo gerente para entonces lo era el doctor José Manuel Jaime Espinosa no le permitieron ejercer su cargo, impidiéndole confeccionar oportunamente el inventario respectivo, el que sólo pudo obtener un año después y que fue verificado por él, e inconsultamente trasladando hacia finales de 1988 o principios de 1989 los bienes de tal inventario a una sede diferente de aquella en donde se habían efectuado las medidas preventivas, y varios de ellos distraídos, ya por haber dispuesto de ellos, o por haberlo dado en arrendamiento, situación que el auxiliar de la justicia consideró irregular, y que lo determinó a formular la denuncia penal origen de este proceso.

El proceso fue comprometido en juicio por el delito de fraude a resolución judicial —art. 184, C. P.— y por este mismo hecho punible condenado en primera instancia por el Juzgado 24 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia que el Tribunal Superior del Distrito confirmó en su aspecto penal pero modificó en el civil en el sentido de aumentar el monto de la indemnización de 10 a 200 gramos oro, expedida el 16 de diciembre de 1992, contra la cual ha inciado el recurso extraordinario excepcional de casación el señor defensor (fls. 1 y ss., 35, 162 y ss., 332 y ss., cuaderno principal 1; cuaderno del Tribunal).

El recurso de casación:

La solicitud de concesión del recurso de casación fue presentada al Tribunal de segunda instancia, y por éste resuelta en el sentido de concederlo, no obstante tratarse de la impugnación excepcional prevista en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P. P., que atribuya privativamente a la Corte la facultad de aceptarlo o no, de conformidad con las condiciones que la misma disposición legal estatuye.

En su petición, el actor sostiene la procedencia del recurso por ser "punto fundamental para unificar la jurisprudencia y a la vez viola los derechos fundamentales de mi defendido que se consagran

en los artículos 29, 31 de la Constitución Nacional, ya que con la sentencia se está violando el debido proceso pues se está profiriendo una actuación que la ley y la Constitución han prohibido como es la de agravar la situación del apelante único".

Al precisar el fundamento legal de su pretensión afirma que el Tribunal incurrió: En "violación directa de la ley sustancial al infringir la norma por no tener en cuenta la aplicación de la norma sustancial consagrada en el artículo 21 del Código Penal, toda vez que las únicas inexactas afirmaciones de un denunciante cuestionado y las suposiciones de un juez o magistrado, no puede reemplazar la prueba sobre la autoría de mi defendido".

Igualmente, en "violación indirecta de la ley sustancial como quiera que incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba tocante al auto que ordenó la medida previa que reposa en el anexo 2, folio 4, ya que el auto sólo decretó el secuestro y embargo de bienes hasta la suma de \$ 18.000.00 pero nunca el embargo de la unidad industrial".

La diligencia fue distinta a la ordenada en el auto o resolución judicial objeto de la querella, siendo nula pura consiguiente la diligencia y embargo de la unidad industrial practicada.

Así mismo, la sentencia "se profirió en circunstancias determinantes de nulidad ya que conforme al artículo 304 del Código de Procedimiento Penal es causal de nulidad en su numeral primero, la carencia de competencia del funcionario".

"Los funcionarios de segunda instancia son incompetentes para agravar la pena conforme al artículo 31 de la Constitución Nacional, así como a través (sic) de los artículos 217 y 227, del Código de Procedimiento Penal, los cuales consagran la 'reformatio in pejus' y el artículo 17.

"Lo anterior no sólo se aplica a la pena física, sino a la material y tal es esto cierto que lo atinente a la parte civil se regula por las normas del Código de Procedimiento Civil y en este código se consagra también tal principio en el artículo 587, lo cual acepta el Código de Procedimiento Penal en forma expresa en su artículo 221, pues manifiesta que cuando el ataque solamente vaya dirigido a los perjuicios deberán tenerse en cuenta como fundamentos de las causales y cuantía para recurrir en casación civil, numeral 4, establece como causal de casación civil, contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló".

Consideraciones de la Corte:

Sea lo primero recordar al Tribunal Superior del Distrito que ha concedido este recurso por auto del 11 de febrero del año corriente

(fl. 40, cuaderno del Tribunal) y ordenado los traslados conforme al artículo 224 del C. de P. P., que en tratándose de la impugnación interpuesta en casos como el presente, es potestativo de la Corte darle viabilidad o negársela, dados los presupuestos de la disposición que la prevé, y a los que ya la Sala ha hecho referencia en anteriores ocasiones:

"Los supuestos ordinarios de procedibilidad del recurso de casación previstos en el primer aparte del artículo 218 del C. de P. P. se hallan excepcionados por el tercer inciso de la misma norma, en cuanto dispone que 'de manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, a solicitud del Procurador, su delegado o el defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales'.

"Normalmente el recurso procede contra las sentencias de segunda instancia de los Tribunales Nacional, de Distrito Judicial y Penal Militar, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años y en estos casos el juez competente para concederlo es el respectivo Tribunal.

"En los casos excepcionales, por contraste, la competencia para la concesión siempre recae en la Corte, que puede ejercitar su discrecionalidad para aceptar el recurso siempre y cuando considere que se da uno o ambas condicionantes: La necesidad de su intervención para el desarrollo de la jurisprudencia y/o la garantía de los derechos fundamentales, aunque la sentencia acusada —que indefectiblemente ha de ser de segundo grado e impugnada oportunamente— provenga de Juzgado de Circuito, y aunque el delito por el cual se proceda tenga señalada pena no privativa de la libertad, o el límite de la privativa sea inferior a los cinco años" (Auto de 31 de mayo de 1993, Radicación 8333).

La solicitud de concesión del recurso en estudio se refiere a la sentencia anteriormente señalada, es decir, a la de un Tribunal Superior de Distrito, el de Santa Fe de Bogotá, la cual fue emitida en segunda instancia, por delito que tiene señalada pena privativa de la libertad inferior a cinco años —el de fraude a resolución judicial que penaliza con arresto hasta de 4 años al responsable (art. 184, C. P.)—, y fue impugnada dentro de la oportunidad legal. No admiten pues, discusión, las exigencias objetivas de procedibilidad de un recurso excepcional. Debe entonces, establecer si también las circunstancias condicionantes aducidas por el actor se hallan presentes, pues es de estas de las que depende el uso de la facultad discrecional por la Corte, de aceptar el recurso, de conformidad con el precepto invocado en la petición.

El solicitante asegura como necesario que la Corte unifique la jurisprudencia, y también, que se garantice al acusado un derecho fundamental, el del juez competente, ésto porque la sentencia se dictó en una actuación viciada de nulidad.

Lógica razón acorseja dilucidar en primer término el punto relativo a la necesidad de garantizar el derecho fundamental, que según el actor, se vería vulnerado por haberse proferido la sentencia careciendo el Tribunal como juez de segundo grado, de competencia para aumentar el monto de la pena "material" según califica la obligación indemnizatoria que el fallador de primer grado había impuesto en la suya, y por esto estima hallarse frente al recurso en materia civil (art. 221 del C. de P. P.).

Pues bien, el distinguido profesional parte de un supuesto absolutamente equivocado que de entrada implica la inadmisión de la impugnación: El delito es una fuente de obligaciones en materia civil —art. 1491, C. C.— por tanto, los perjuicios *no* son una sanción penal como equivocadamente lo asevera al decir que el artículo 31, C. N. también se aplica a la indemnización, y ello explica que la acción civil derivada del hecho punible pueda ejercitarse dentro del proceso penal, o fuera de él con base en la sentencia condenatoria. Siendo así, el incremento que pueda sufrir la liquidación de los perjuicios en el fallo de segunda instancia con relación al de la primera, aún siendo único apelante el procesado, nada tiene que ver con la prohibición de reforma en perjuicio que hace el artículo 31 de la Carta, de donde resulta que para poder alzgar el solicitante, si de objetar el aumento del monto indemnizatorio en la sentencia recurrida habla, con fundamento en el artículo 221 del C. de P. P.: "Cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretada...", jamás puede calificarse de sanción penal esta obligación, porque entonces tampoco podrá "tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil" a las cuales dice expresamente acogerse.

La precisión anterior excluye también de plano, la oficiosa intervención de la Corte en guarda de la garantía prevista en el artículo 31 de la Carta; sólo ante la agravación punitiva vedada en este mandato superior, devendría la necesidad de hacer uso de su facultad discrecional de concesión del recurso extraordinario.

Ahora bien; cuanto toca con la necesidad de desarrollo de la jurisprudencia que el señor defensor peticionario aduce como alternativa para la viabilidad del recurso arguyendo violaciones directa e indirecta de la ley sustantiva en los dos cargos que anuncia para la sentencia (fls. 36-38, cuaderno del Tribunal), se observa la total ausencia de exposición del motivo, como que *no menciona*, como punto de comparación, cuál ha sido la posición jurisprudencial respecto de los aspectos de disentimiento, como para que la Corte en este momento

previa la necesidad de un cambio o de una ampliación para enriquecer los criterios de interpretación y aplicación de la ley en torno a ellos; ni menos da a conocer los aspectos dialécticos de su estudio particular, que llevarían a evidenciar la necesidad de desarrollo jurisprudencial que condiciona el tercer inciso del artículo 218 del C. de P. F. Esto es, no consolida la condición que reclama, y que es requisito inexcusable para que la Corte discrecionalmente otorgue vía libre al recurso.

Tampoco por este aspecto podrá admitirse la impugnación.

De otra parte, como el Tribunal Superior de origen concedió el recurso y dispuso los traslados para alegar acogiéndose a las previsiones del artículo 224 del C. de P. P., careciendo de competencia para ello, tal como se advirtió en antecedencia, se invalidará esa decisión y sus actos consecuentes.

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

Resuelve:

1. Declarar la nulidad de lo actuado a partir e inclusive del auto del 11 de febrero de 1993 (fl. 40, cuaderno del Tribunal), excepción hecha del auto de remisión del proceso a la Corte (fl. 53).

2. No admitir el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado José Manuel Jaimes Espinosa contra la sentencia expedida el 16 de diciembre de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en la que se le condena por el delito de fraude a resolución judicial. En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Curreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Pérez Velázquez, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA / SANA CRÍTICA

1. La labor del juez al evaluar el caudal probatorio consiste precisamente en definir a qué elementos de juicio les reconoce credibilidad y a cuáles no. / 2. Es indudable que las condiciones personales de un depONENTE, en lo cual está incluido su pasado, deben ser tenidas en cuenta para darle o no credibilidad a su relato, y si en su ayer se encuentran sindicaciones por el mismo delito del cual trata de excusarse, el sentenciador tiene que poner especial atención en esa circunstancia, con mayor razón cuando el fundamento de la condena es la flagrancia. / 3. Cuando el error que se plantea consiste en que el juzgador supuso la existencia de una prueba, en la demostración del cargo se debe indicar con precisión cuál fue y qué trascendencia tuvo en la decisión, de lo contrario la acusación queda incompleta y la falla en virtud del principio de limitación es insubsanable.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel.

Aprobado Acta número 56.

Vistos:

Procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por el defensor de Josefina del Socorro Santacruz Cortés, contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, mediante la cual revocó la absolutoria dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, y en su lugar condenó a la acusada a cuatro (4) años y un (1) mes de prisión como autora del delito de conservación ilegal de estupefacientes.

I. Hechos y actuación procesal:

Unidades del F-2 realizaron un allanamiento el 13 de junio de 1991, en el inmueble ubicado en la diagonal 15 número 2-33 del barrio Doce

de Octubre de la ciudad de Pasto, y allí encontraron, debajo del colchón de la cama de Josefina del Socorro Santacruz, 112,5 gramos de base de cocaína.

También hallaron en la ropa interior de la menor Aura Janeth Cortés Insuasty, 26 papeletas de basuco, cuatro billetes de cien pesos y algunas monedas de veinte pesos.

Por lo anterior se capturó a la señora Josefina y a su hermano José Edmundo Santacruz Cortés, a quienes el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal, luego de recepcionarles las indagatorias y practicar otras diligencias, les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva para la mujer y libertad para su consanguíneo. En el mismo auto se fijó que el procedimiento a seguir era el abreviado.

En firme el proveído que ordenó la detención, el expediente pasó por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito, Despacho que después de recaudar algunas pruebas dispuso la celebración de la audiencia y acto seguido dictó sentencia absolutoria, la que fue apelada por el Fiscal Primero del Circuito.

El Tribunal Superior, al resolver el recurso revocó la absolución y profirió tallo condenatorio por el punible de conservación de estupefacientes, imponiendo a la acusada cuatro años y un mes de prisión, multa de diez salarios mínimos e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término señalado para la privación de libertad.

Esta decisión fue impugnada en casación.

II. La demanda:

El libelista invoca la causal primera de casación, cuerpo segundo, por considerar que la sentencia de segunda instancia "viola indirectamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, en relación a la procesada Josefina del Socorro Santacruz Cortés, aplicación indebida que ha traído como consecuencia la condena del ser humano procesado en lugar de su absolución".

Al amparo de la causal aducida formula nueve reproches, que en su orden son los siguientes:

1º Error de hecho por apreciación errónea del testimonio de Josefina del Socorro Santacruz.

La sustentación consiste en afirmar que el Tribunal incurrió en el error alegado, al no apreciar como testimonio lo dicho por la imputada bajo la gravedad del juramento, sino como injurada, cuando a nadie escapa que una cosa es la indagatoria y otra la declaración rendida bajo juramento.

2º Error de hecho por apreciación errónea del testimonio de la Santacruz Cortés.

La versión jurada de la acriminada "desvirtúa una de las características fundamentales de la flagrancia, cual es la individualización del responsable de un delito, con ese testimonio se está demostrada que la conservación del fármaco recae en cabeza de Alex Ruiz Vidal y no en cabeza de la procesada por lo cual aparece evidentemente claro y manifiesto que la providencia impugnada comete un nuevo error por apreciación de una prueba al considerar que el presunto estado de flagrancia no ha sido desvirtuado".

En seguida repite que la individualización del responsable recae en Alex Ruiz, de manera que se descarta la flagrancia de Josefina, cuyo testimonio no se ha probado que sea falso, y al ser bajo juramento es una garantía de que la deponente ha dicho la verdad.

3º Error de hecho por apreciación errónea de la versión de la acusada, en cuanto de la circunstancia de que haya faltado a la verdad al afirmar que no había sido procesada con anterioridad, no se puede inferir que tuvo que haber mentido también en lo dicho bajo juramento. Distinto es que hubiera sido condenada en otro proceso por falso testimonio.

4º Error por suposición de prueba, en cuanto la sentencia de segunda instancia supone antecedentes personales de la implicada, lo cual no es cierto, pues ella no registra ninguna condena, y el hecho de que haya una investigación en su contra no significa que tenga antecedentes.

Con esa prueba inexistente se trata de derribar su testimonio.

5º Error por suposición de prueba que desvirtúa la declaración de la niña Aura Janeth Cortés, quien manifestó que las papeletas a ella encontradas le fueron entregadas por Alex Ruiz Vidal. Esta prueba la descarta el Tribunal suponiendo que el nombrado sujeto no huyó del lugar de los hechos sino que no se encontraba.

6º Error por suposición de prueba, consistente en que la providencia del *ad quem* presume que existen testimonios de los policiales en el sentido de afirmar que la única persona que estuvo en condiciones de utilizar a la menor para esconder la droga fue Josefina del Socorro, cuando en realidad ninguno de ellos hizo ese comentario.

7º Error por suposición de prueba, en la medida en que la decisión impugnada acepta que Alex Ruiz Vidal se encontraba el día de los acontecimientos en Medellín, cuando en realidad su cónyuge hizo esa afirmación en el momento del allanamiento para que éste alcanzara a huir del lugar. Tal como lo sostienen los agentes, desde la captura la acusada dijo que la droga era de Alex, luego era obvio que estaba en la ciudad y con la versión de la menor se prueba que acababa de salir de la casa.

8º Error por suposición de prueba, pues en el fallo se afirma que el proceso contra Alex Ruiz terminó con absolución, sin tener en cuenta que aún no ha terminado, ya que nunca se pidió información de él al Juzgado que conoce del asunto, ni tampoco se tuvo en cuenta que la decisión que allí se profiera, por ser sobre los mismos hechos, tendría que incidir en este caso. Se supone resuelto en favor de Ruiz Vidal y en contra de Josefina, lo cual es un ostensible error.

9º Error por suposición de prueba, en cuanto el fallo impugnado señala que informaciones anónimas obtenidas por los policiales indican que en el inmueble allanado se vondrían estupefacientes, y esto es tenido como prueba en contra de la procesada.

Los simples rumores anónimos no pueden elevarse a la categoría de prueba, porque eso sería demeritar la calidad científica y la seriedad del derecho como ciencia.

Cita como normas violadas los artículos 33 de la Ley 30 de 1986, 23 del Código Penal y 247 del Código de Procedimiento Penal.

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

III. Concepto del Ministerio Público:

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, los nueve yerros que denuncia el libelista constituyen en realidad un solo cargo por violación indirecta de la ley con dos motivos, falso juicio de identidad y falso juicio de existencia.

Pero aún interpretando así la demanda no está llamada a prosperar, "porque adolece de profundos vicios que la colocan en el plano de un simple alegato de instancia sin poder alguno para romper la legalidad de la sentencia cuestionada.

"Afirmase lo anterior, porque en parte alguna del escrito se aborda la demostración de los supuestos errores cometidos por el sentenciador, como tampoco se hace esfuerzo alguno para señalar siquiera cuál sería la trascendencia de tales equivocadas valoraciones en el contenido del fallo y cuál, además, debería ser el contenido de una decisión que respondiera a las expectativas del recurrente".

Pasando a cada una de las presuntas fallas del sentenciador, el Ministerio Público descarta su prosperidad anotando en cada caso la falta de demostración, tanto del error aducido como respecto de su trascendencia.

IV. Consideraciones de la Sala:

Total razón le asiste al Procurador Delegado en las observaciones que formula a la demanda, pues en realidad lo que presenta el libe-

lista como cargos no son más que simples enunciados a los que no da luego ningún desarrollo, de manera que resultan indemostrados en su existencia y trascendencia.

Para corroborar esta apreciación general, veamos en detalle cada uno de los reproches.

1º Afirmar que el fallador ha debido apreciar la versión de Josefina como testimonio y no como injurada, no corresponde al error de hecho alegado, y menos si no se acompaña de ninguna explicación que permita identificar la inconformidad del recurrente.

En el caso de que se refiriera a la valoración, no hay en la ley ninguna norma que indique que ésta es diferente, y si existiera, el error no sería de hecho sino de derroche, de modo que no hay mancha de darle sentido a este ataque.

2º Asevera el impugnante que hubo error de hecho en la apreciación del testimonio de Josefina Santacruz, porque con su dicho se demuestra que quien conservaba el fármaco era Alex Ruiz Vidal y se descarta la flagrancia en que fue capturada su defendida.

La alegación del abogado no puede ser más absurda, pues carece de todo sentido pretender que porque una declaración es bajo juramento tiene que ser aceptada como verdadera. La labor del juez al evaluar el caudal probatorio consiste precisamente en definir a qué elementos de juicio les reconoce credibilidad y a cuáles no. En este caso no hay ninguna duda de que la implicada fue capturada en flagrancia, y la mención que hace de Alex Ruiz Vidal a lo que conduce es a que se le investigue como posible coautor, de ahí que en el auto que resolvió la situación jurídica de los indagados se compulsaron copias para investigar su conducta.

Aquí nuevamente, como puede verse, lo que motiva la censura es la circunstancia de que el Tribunal no le creyera a la indagada, tema que no corresponde al error de hecho.

3º No es cierto que el Tribunal le da un alcance que no tiene al hecho de que la acriminada hubiera mentido al referirse a sus problemas judiciales anteriores, pues lo que con respecto a esto se dice es que, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, esa actitud mendaz y sus antecedentes personales demoritan la credibilidad de su dicho, apreciación contra la cual no cabe objeción por ser perfectamente correcta.

La acusada negó que registraba una sindicación por tráfico de estupefacientes en el Juzgado Treinta y Seis de Instrucción Criminal, por hechos que estaban siendo objeto de investigación; faltó a la verdad cuando negó haber presenciado el momento en que encontraron las 26 papeletas de basuco en la ropa interior de su hija Aura Janeth Cortés; sostuvo que Ruiz Vidal estaba en Medellín y después dijo que

acababa de salir de la casa, aspectos estos que no podía el *ad quem* dejar de lado, ya que eran importantes puntos de referencia para su labor evaluativa de esa versión.

El cargo no tiene respaldo procesal.

4º Dice el defensor que la sentencia supone antecedentes personales de la procesada y con esa prueba se trata de demeritar su testimonio.

El fallo expone con toda claridad que Josefina registra una "sindicación" por tráfico de estupefacientes, lo cual está probado que es cierto, como lo acepta el demandante, y posteriormente al evaluar su versión, se refiere a sus "antecedentes personales" que como es obvio son diferentes a los "antecedentes penales" que se tienen cuando existe una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Es indudable que las condiciones personales de un ponente, en lo cual está incluido su pasado, deben ser tenidas en cuenta para darle o no credibilidad a su relato, y si en su ayer se encuentran sindicaciones por el mismo delito del cual trata de excusarse, el sentenciador tiene que poner especial atención en esa circunstancia, con mayor razón, cuando el fundamento de la condena es la flagrancia, como ocurre en este caso. No es necesario, como es obvio, que ese dato de la vida pasada del acusado constituya un "antecedente penal".

El manejo que en la providencia recurrida se da a esa información recaudada por la investigación es acertada y la terminología usada es correcta, lo que pasa es que el censor se equivoca en la apreciación del fallo.

La sindicación, sobre cuya existencia la imputada miente en la indagatoria, es un hecho de su pasado, no erróneamente supuesto, sino debidamente probado y de gran importancia para medir la credibilidad de su excusación.

El ataque no está llamado a prosperar.

5º El Tribunal Superior supuso, para desvirtuar la declaración de la niña Aura Janeth Cortés, que Alex Ruiz no huyó del lugar de los hechos sino que no se encontraba allí.

Es evidente que el actor confunde la suposición de una prueba, con la conclusión que se obtiene luego de examinar los elementos de juicio obrantes en el expediente. Cuando el error que se plantea consiste en que el juzgador supuso la existencia de una prueba, en la demostración del cargo se debe indicar con precisión cuál fue y qué trascendencia tuvo en la decisión, de lo contrario la acusación queda incompleta y la falla en virtud del principio de limitación es insubsanable.

En el caso que nos ocupa no se cumple con esa exigencia y todo queda en un simple enunciado sin ninguna demostración. Se ignora la argumentación del Tribunal, que por cierto es muy ajustada a la lógica. Dice así en la sentencia:

"En el desarrollo del allanamiento, tal como declaran los policiales ya mencionados, la única persona adulta que estuvo en condiciones de utilizar a la niña Aura Janeth Cortés Insuasty para ocultar las 26 porciones de fármaco, era la procesada, siendo inverosímil el que Alex Ruiz Vidal hubiese alcanzado a entregar la sustancia a la menor como lo afirma ésta, para luego escapar, dado que el ingreso de los detectives fue precipitado, al encontrar abierta la puerta de la casa" (fl. 132).

Todo indica que lo que realmente motiva la censura es que no se le haya creído la versión a la niña, pero ni siquiera se intenta demostrar que para ello haya habido un error de hecho.

Este reproche también se debe desestimar.

6: Adujo que la providencia de segunda instancia supone que los policiales afirmaron en sus testimonios que la única persona que estuvo en condiciones de utilizar a la menor Aura Janeth fue Josefina del Socorro Santacruz, ya que esa prueba no existe.

El error planteado no es claro en cuanto a si se refiere a un falso juicio de existencia o a uno de identidad, pero teniendo en cuenta que los testimonios de los agentes que hicieron el allanamiento fueron recaudados, debe inferirse que se refiere a este último, y en esas condiciones se le puede dar una respuesta.

La agente de la Policía Nacional Nancy Carvajal Maldonado, ante la pregunta de si se dio cuenta sobre la presencia de Alex Ruiz, contestó: "En el momento no estaba se le preguntó a la señora Socorro y ella dijo que se había ido a Medellín pero no dijo cuando ni nada, ya que es una persona reconocida de la delincuencia".

El policía Luis Eduardo Tortalcha, a la misma pregunta respondió: "Yo a ese tipo lo conozco por seguimientos que se le estaban haciendo, pero ese día no estaba en la casa".

El cabo primero José Soto Vinasco contestó el interrogante así: "En el momento del allanamiento no se encontraba pero tampoco sé si estaría momentos antes".

Ante la contundente afirmación de los miembros de la Fuerza Pública, en el sentido de que Alex Ruiz no se encontraba en ese momento en la casa, no constituye ninguna tergiversación sostener que la única persona que pudo haber utilizado la niña para introducir en

su ropa interior la droga, fue la inculpada. Pues no hay que olvidar que a su hermano se le consideró inocente. En esto no hay ninguna suposición, es una infrecuencia lógica y acorde con la realidad procesal.

El cargo será desechado.

7º En este punto el libelista se limita a decir, que con la declaración de la menor se prueba que Alex Ruiz Vidal acababa de huir del lugar de los hechos, pero se olvida por completo de demostrar que existió un error de hecho, que es a lo que debía estar orientada su alegación.

Que el defensor sostenga que lo cree a la niña, es una posición explicable, pero con esa aseveración nada demuestra, ni a nada conduce, ya que el recurso de casación no es para anteponer el criterio del demandante al del fallador, sino para poner en evidencia que éste incurrió en un error que determina la ilegalidad del fallo impugnado.

Tan infundada afirmación no puede denominarse en el sentido exacto de la expresión "un cargo", sino una opinión, que además de equivocada, resulta en este trámite completamente inócuas.

8º El reparo consistente en que la sentencia supone que el proceso contra Alex Ruiz termina en absolución y por lo tanto en contra de Josefina del Socorro, no es otra cosa que una apreciación personal del impugnante sin ningún fundamento procesal.

Como en el caso anterior y acogiendo los términos del Procurador Delegado "... lo propuesto por el demandante ni siquiera llega a reunir las exigencias mínimas de un reparo, simplemente una muy alejada apreciación personal, sin fundamento que le pudiera brindar sostén y por contera intrascendente, sin reflejo de su supuesta incidencia en el fallo y menos cómo podría derrumbar la sentencia en caso de haber sido cierto lo afirmado por el censor".

9º Este último reproche consiste en sostener que el fallo atacado admite como prueba en contra de la procesada, las informaciones anónimas supuestamente obtenidas por la Policía, en el sentido de que en el inmueble allanado venden estupefacientes, cuando esos rumores no pueden elevarse a la categoría de prueba.

Lo que relata la providencia, es que los detectives se limitaron a la comprobación de datos obtenidos por anónimos informantes, según lo expusieron ellos en sus respectivas declaraciones, pero como era lo jurídico, la condena no se sustentó en las informaciones anónimas, sino en el hecho de haber sorprendido a Josefina en poder de droga estupefaciente, esto es, en flagrancia.

Este punto de la demanda, como otros ya comentados, es una opinión más del defensor carente de demostración y completamente

alejada de la evidencia procesal, hasta el extremo de que permite inferir que el abogado desconoce completamente los fines y exigencias de este extraordinario recurso.

El reproche está condenado al fracaso.

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.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didímo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

INJURIA / CALUMNIA / COMPETENCIA

1. Si bien la injuria y la calumnia son delitos de conducta y no de resultado, los dos requieren que las imputaciones calumniosas o injuriosas se den efectivamente a conocer.

2. Para aquellos casos en que "el hecho punible se haya realizado en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero" ha previsto el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que debe conocer del respectivo asunto "el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho del territorio del cual se haya formulado primero la denuncia, o donde se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 056.

Vistos:

El Juzgado Cincuenta y Tres Penal Municipal de Bogotá remite las presentes diligencias a la Corte, para que la Sala le dirima de pleno el conflicto negativo de competencia que le acaba de aceptar al Juzgado Promiscuo Municipal de San Roque, Antioquia.

Antecedentes:

1. Hipólito Aragón Sepúlveda, empleado de la Caja de Crédito Agrario de San Roque, formuló querella por el delito de injuria en contra de Alberto León Martínez Arias, porque al rendir informe ante la Vicepresidencia de Recursos Humanos de aquella entidad le catalogó de homosexual, discriminación con la cual se ha violado su derecho a la intimidad, sometiéndole al desprecio y la animadversión de sus compañeros y de la comunidad en general.

2. Asumió el Juzgado Promiscuo Municipal de San Roque la correspondiente instrucción en el mes de septiembre de 1992, vinculando al imputado y resolviendo su situación provisional con medida de aseguramiento de caución, providencia de enero 19 último que en su integridad confirmó por vía de alzada el Juzgado Penal del Circuito de Santo Domingo.

De regreso el expediente al Despacho de origen, estimó su titular que la competencia por razón del territorio no le correspondía, y así lo hizo saber al Juzgado Penal Municipal reparto de Bogotá, formalizando la colisión y disponiendo el envío de la actuación a esta sede.

3. Las razones que expresa el Juzgado de San Roque al sostener su incompetencia proponen que si el escrito titulado de injurioso se elaboró en Medellín, y tuvo como destinataria la Vicepresidencia de Recursos Humanos de Bogotá donde al parecer sucedieron las infidencias que dieron lugar a la divulgación de la descalificación moral del reclamante, la competencia para conocer del respectivo proceso radica en esta capital y no en la localidad donde fue formulada la querella.

Conocidas las anteriores razones por el Juzgado Ochenta y Tres Penal Municipal de Bogotá al cual le fuera reparlido el expediente, de inmediato inadmitió su conocimiento, aceptó el conflicto y adujo que la sola tramitación en esta ciudad del proceso disciplinario contra Hipólito Aragón no constitúa motivo indicador suficiente para definir como suya la competencia, porque a su juicio el domicilio del quejoso y del procesado, su lugar de trabajo al momento de ocurrencia de los hechos y la remisión del escrito desde Antioquia se constituyan en elementos determinantes de la ubicación de los factores territoriales definitorios del conflicto en el Juzgado de origen.

Consideraciones de la Sala:

1. Es competente la Corte para dirimir el conflicto negativo planteado, pues si bien ha dicho ya en ocasiones precedentes sobre la atribución que le confiere el artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal que la referencia a los Tribunales o Juzgados que allí se hace se concreta a los conflictos surgidos en la etapa de juzgamiento, dado que la solución de los mismos para la etapa instructiva se le reserva a la Fiscalía General de la Nación —arts. 123, 124 y 124 *ibidem* y 22-6 del Decreto 2669 de 1991—, es claro que por vía de excepción y según mandato expreso de la Carta Política —art. 27 transitorio— la intervención de la Fiscalía ha quedado diferida en el tiempo para el caso de los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales, que entre tanto continúan con el adelantamiento unificado de sumario y juicio en los asuntos de su competencia.

Guardando este mismo orden de ideas, el artículo 14 transitorio del Código de Procedimiento Penal exceptuó la aplicación integral de sus disposiciones hasta la creación de las respectivas Unidades de Fiscalía, previendo que los Juzgados Municipales proseguirían con la investigación, calificación y juzgamiento de los delitos de su competencia, al punto de asignarle la segunda instancia y para cualquier etapa procesal a los Jueces Penales del Circuito, sustrayendo de nuevo la intervención de la Fiscalía para la adopción de decisiones.

Entendido de este modo que por excepción de rango constitucional el principio del artículo 250 superior se marginó transitoriamente a nivel de los Juzgados Municipales, y con él la dirección del Fiscal General en esta clase de procesos, no otra conclusión adviene dentro de la sistemática de la Codificación de Procedimiento Penal que la competencia de la Corte, también por vía exceptiva y transitoria para dirimir los conflictos de competencia surgidos entre Juzgados Municipales pertenecientes a diferentes Distritos Judiciales, dado que las actividades de instrucción y causa continúan entendidas como una unidad, y dentro de los criterios de estructuración jerárquica que le es propia a los Juzgados.

2. Ahora bien, dentro de una aproximación al tema que suscita la divergencia de criterios entre el Juzgado Promiscuo Municipal de San Roque y el Ochenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, porque el primero consulta el sitio de destino de la comunicación suscrita por el procesado, y el segundo se atiene al lugar en donde esa comunicación tuvo su origen, la solución asoma con vista en la realidad que encierra el proceso y sobre factores diferentes que ninguno de los funcionarios tomó en cuenta, indicativos de la operancia de la llamada competencia a prevención.

En tal sentido conviene precisar que si bien el querellante indica que de las afirmaciones injuriosas logró tener noticia al obtener la copia del concepto, tomándola del proceso disciplinario tramitado en la ciudad de Bogotá pero trasladado a Medellín donde lo conocieron sus representantes en el sindicato, en la misma ampliación de denuncia vino a extender los hechos sosteniendo que ya desde antes de conocer aquél escrito se hallaba enterado sobre los comentarios que venía haciendo Martínez a la empleada de la Caja en San Roque Luz Elena Zapata quien por esa fuente estuvo siempre al tanto de los pormenores de aquella actuación, y del propósito del procesado de hacer desvincular a Aragón Sepúlveda por homosexual y escandaloso.

Ya en anterior pronunciamiento tuvo la Sala ocasión de advertir que si bien la injuria y la calumnia son delitos de conducta y no de resultado, los dos requieren que las imputaciones calumniosas o injuriosas se den efectivamente a conocer, diferenciando, como lo hace la doctrina, el momento y lugar consumativo según los medios empleados, pues:

"Si la imputación calumniosa o deshonrosa se hace solamente a la víctima por carta cerrada, doctrina y jurisprudencia han sido uniformes en sostener que la realización del delito tiene ocurrencia cuando ésta se recibe, no porque el delito sea de resultado —que no lo es como se vio— sino porque es en ese momento cuando se da a conocer la imputación atentatoria de la integridad moral de la persona", para diferenciar el caso en que "la imputación se hace por carta dirigida a tercera personas o por medios masivos de información", donde "la realización de la conducta ha de tenerse agotada donde se remitió la misiva o donde emitió la información el medio respectivo" (Auto de abril 16 de 1993).

Para el caso que se controvierte, claro se ve que en la primera información el querellante restringió el hecho a la misiva "confidencial" que el procesado remitió con destino al proceso disciplinario que se le adelantaba en Bogotá donde le requerían un concepto sobre su personalidad. Mas, avanzando el sumario, complementó el señor Aragón que aquella información se trasladó a Medellín donde llegó a conocimiento de los miembros del sindicato de la Caja Agraria, de quienes tuvo noticia sobre el agravio, pero al propio tiempo precisó que ya en la localidad de San Roque el señor Martínez Arias venía haciendo comentarios sobre el desarrollo del proceso y su conceptualización del querellante como individuo promotor de escándalos y de tendencia homosexual, enteramiento que involucra la ocurrencia del episodio que se investiga en distintos municipios a la vez, circunstancia que se constituye en factor determinante para la delimitación de competencia.

En efecto y si para aquellos casos en que "el hecho punible se haya realizado en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero" ha previsto el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que debe conocer del respectivo asunto "el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción", de toda claridad resulta que la presente actuación debe proseguir bajo el conocimiento del Juzgado Promiscuo Municipal de San Roque en el Departamento de Antioquia, pues allí formuló el señor Hipólito Aragón su queja, allí se abrió investigación y ha venido avanzando sin tropiezos con la vinculación del querelado y la definición de su situación provisional, aspectos todos que se conjugan con el contenido íntegro de la imputación al afirmar que fue San Roque uno de los lugares donde estuvo haciendo el procesado divulgación de sus conceptos desvalorativos hacia su exdependiente.

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

Resuelve:

Dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados Promiscuo Municipal de San Roque, Antioquia y Ochenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, atribuyendo el conocimiento del presente asunto al primero de los Despachos mencionados, al cual se remitirá de inmediato el expediente.

Entérese por la Secretaría de la Sala sobre el contenido de esta providencia al Juzgado Ochenta y Tres Penal Municipal de Bogotá.

Cópíese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Veldsquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS / TESTIMONIO / INDICIO

El reconocimiento en fila de personas es diligencia que encuentra justificación en la necesidad de que todo aquel que imrimine a una persona determinada debe reconocerla cuando ello sea necesario para que no pueda dudarse sobre su verdadera identidad, por lo que debe tenerse no como "prueba" independiente sino como complemento o parte integral del testimonio incriminador. / La prueba testimonial e la indicaria no suelen ser objeto de fácil repreche en casación, porque en el planteamiento y fundamentación de la acusación se corre el riesgo de anteponer a la apreciación del Tribunal Superior la personal y subjetiva estimación del imputador.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado Acta número 56, 22 de junio de 1993.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del procesado *John Jairo Martínez Quintero* contra la sentencia de 10 de abril de 1992 mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la dictada por el Juzgado Segundo Superior de esta ciudad, que lo condenó a la pena principal de 18 años de prisión por hallarlo responsable de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, en concurso de infracciones.

Hechos:

Dijo de ellos el Juzgado Superior:

"Dan cuenta los autos que el día 25 de marzo de 1991, siendo aproximadamente las 6:30 de la tarde, Virginio Rueda

Rueda en compañía de su hijo menor Leonardo Jaime, se dedicaban a hacer mercado en la plaza del barrio 'Las Ferias' de esta ciudad, cuando de repente fue atacado por la espalda por tres individuos que le propinaron cinco puñaladas, dejándolo tirado en el piso y hurtándole a la vez, una bicicleta, un revólver y el carrito del mercado. Seguidamente, las personas que presenciaron los sucesos, detuvieron un taxi y mandaron al herido junto con el menor al hospital de la Cruz Roja, donde Virginio falleció".

"Tres días después, habitantes del barrio 'Las Ferias' vieron que los matadores de Virginio asaltaban a otro señor, por lo que Pablo Angel Camargo Sánchez, Gustavo Salas y Angel Jaid Gómez Sandoval, intercedieron por la víctima y de paso informaron a las autoridades de Policía, las que con ayuda de estos ciudadanos dieron captura a John Jairo Martínez Quintero, Jaime Gutiérrez Castillo y Jorge Enrique Rodríguez Ortiz".

Actuación procesal:

El Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá después de oír en indagatoria a los sindicados Jaime Gutiérrez Castillo y John Jairo Martínez Quintero y en declaración bajo juramento a los testigos Pedro Angel Camargo Sánchez, Gustavo Salas y Angel Jaid Gómez Sandoval, lo mismo que a los agentes de la Policía Nacional que participaron en la captura de los incriminados dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra Castillo y Martínez por los delitos de homicidio y hurto. Jorge Enrique Rodríguez Ortiz fue puesto a disposición del Juzgado de Menores, por competencia.

Pedro Angel Camargo Sánchez manifestó que la tarde del lunes santo (25 de marzo de 1991) encontrándose conversando con sus amigos Gustavo Salas y Jaid Gómez en los alrededores de la plaza de "Las Ferias" de esta ciudad, vio cuando varios sujetos atacaban con puñal a un ciudadano al que luego de agredir lo subieron a un taxi con destino a la Cruz Roja distinguiendo a uno de los atacantes porque tres días después, esto es, el jueves siguiente 28 de marzo, atracó en el mismo lugar a otra persona escondiéndose en una cantina, conviniendo con sus compañeros en solicitar la intervención de la Policía con el propósito de capturarlo, como en efecto ocurrió.

Gustavo Salas y Jaid Gómez Sandoval corroboran, en lo sustancial, las afirmaciones del citado deponente señalando al victimario de Virginio como el mismo sujeto capturado tres días después y a quien una mujer lo llamó por el nombre de Jairo o Jaime la tarde del 25 de marzo pidiéndole que no hiciera eso con la víctima.

Los agentes de la Policía Nacional Jairo E. Rodríguez y Díidier Mosquera Tavarcs que intervinieron en el operativo de captura de los tres sospechosos indicaron que los ciudadanos que solicitaron su intervención señalaban reiterativamente a quien dijo llamarse John Jairo Martínez Quintero como la persona que el lunes santo había herido con puñal al señor que talleciera en la Cruz Roja.

Los sindicados Jaime Gutiérrez Castillo y John Jairo Martínez Quintero negaron su participación en los hechos investigados expresando éste último haber sido subido a una radiopatrulla por varios policiales sin recibir ninguna explicación indicando que el lunes 25 de marzo no salió de su casa del barrio "Las Ferias", por encontrarse lastimado de un pie.

El 6 de junio de 1991 (más de dos meses después de los hechos) el Juzgado de Instrucción Criminal practicó diligencia de reconocimiento en fila de personas, oportunidad en la que los testigos Camargo y Saías no pudieron reconocer al procesado John Jairo Martínez Quintero; lo que si hizo en dos ocasiones el menor Leonardo Jaime Rueda, encontrándose el procesado ubicado en diferentes posiciones (fl. 155 del expediente).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Bogotá calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra John Jairo Martínez Quintero por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado en la persona y bienes de Virginio Rueda Rueda, en concurso de hechos punibles; determinación consentida por la defensa. En la misma providencia se reabrió la investigación por el término de seis meses respecto al procesado Jaime Gutiérrez Castillo.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Segundo Superior de Santa Fe de Bogotá, apartándose de los plantamientos de la defensa que reclamaba la absolución del acusado por ausencia de pruebas para condenar y la presencia de dudas insalvables en cuanto a su responsabilidad en los hechos, finiquitó la instancia con sentencia de 3 de febrero de 1992 condenándolo a la pena principal de 18 años de prisión, a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por la defensora y confirmado por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, con algunas modificaciones, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demandas de casación:

Con expresa invocación de la causal primera de casación se formula como único cargo a la sentencia el de ser violatoria de "normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 247 cuerpo primero y 254 del Código de Procedimiento Penal actual, violación surgida en la errónea interpretación que otorgó el fallador de segundo grado, en

lo relativo a la apreciación de la diligencia de reconocimiento que, en fila de personas se efectuó el pasado 6 de junio de 1991, por parte del Despacho que tuvo a su cargo la instrucción sumarial".

"Se produjo pues, una violación *indirecta de la ley sustancial*, por existencia de errores de hecho manifiestos en los autos".

En desarrollo de la impugnación afirma la libelista que el Tribunal Superior no tuvo en cuenta las "monumentales dudas, protuberantes contradicciones y falta de solidez probatoria en relación con la *identificación física* del posible autor del execrable hecho punible; error de apreciación quo lo llevó a aplicar indebidamente los artículos 247 y 253 del estatuto procedural penal y a dejar de aplicar el artículo 248 de la anterior codificación".

Confrontando apartes de los testimonios rendidos por Camargo, Salas y Gómez en los que los deponentes manifiestan estar "seguros" de reconocer a John Jairo Martínez Quintero como uno de los partícipes en el homicidio de Virginio Rueda; con los resultados obtenidos en la diligencia de reconocimiento en fila de personas en la que los dos primeros no pudieron identificarlo como aseguraban, expresa que de tales discrepancias respecto a la verdadera identidad del culpable emerge una duda insuperable la que debió resolverse en favor del procesado recurrente como lo ordenaba el artículo 248.

Dicha incertidumbre en cuanto a la responsabilidad de Martínez Quintero no varió porque el menor Leonardo Jaime Rueda Benítez lo hubiese reconocido en la mentada diligencia como el matador de su padre pues los falladores pasaron por alto que durante la audiencia pública John Jairo dio a entender que antes del reconocimiento había sido mostrado al "sardino" y que en todo caso había sido confundido con Wilson Giovanni Rodríguez, cuyo testimonio sobre el particular tampoco fue apreciado en la sentencia.

El artículo 247 de la codificación procedural vigente resultó quebrantado por haberse dictado sentencia de condena sin que obrara en el proceso prueba que condujera a la certeza de la responsabilidad del sindicado recurrente.

Termina solicitando la censura casar la sentencia impugnada para que se profiera en su lugar una de carácter absolutorio en favor de su patrocinado.

Opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones de la recurrente sugiriendo que no se case la sentencia porque el cargo formulado adolece de fallas insubsanables como la de no haber integrado la proposición jurídica completa y haberlo sustentado en su personal y particular apreciación en cuanto al valor

exculpatorio que le asigna al reconocimiento en fila de personas, opuesto a la razonada evaluación realizada por el Tribunal Superior.

"No obstante —agrega— en un sentido perfectamente lógico y razonado, el sentenciador confronta el resultado de tal prueba, con el antecedente histórico conocido procesalmente, por medio del cual se ilustran las circunstancias en que fue aprehendido el acusado y los testimonios rendidos con posterioridad por quienes propiciaron tal hecho, y con base en los cuales se señala sin equivocos al procesado, como la persona que el día 25 de marzo de 1991 atacó con arma blanca a Virginio Rueda Rueda, despojándolo de sus bienes y produciéndole varias heridas que determinaron su muerte".

Luego expresa:

"Así vistas las cosas, nada distinto hace el juzgador todo bajo el sistema de la libre convicción imperante en el derecho procesal colombiano, que analizar las pruebas para descubrir al final de tal proceso la necesaria para predicar demostrada la responsabilidad de Martínez en los punibles a él imputados, ya que de conformidad con los testigos de cargo, la misma persona aprehendida el día 28 de marzo, cuando se disponía a despojar de sus bienes a otro ciudadano, fue reconocida como quien el lunes inmediatamente anterior atentara contra la vida y bienes del injustamente fallecido, sin que le sea dable a la casacionista el pretender hallar mayor poder demostrativo o incidencia probatoria, en los reconocimientos en fila frente a la prueba testimonial, más aun cuando, como con acierto lo señala el *ad quem*, el tiempo transcurrido entre el momento del hecho, la captura del procesado y su posterior reconocimiento, brindaría explicación más que suficiente del motivo por el cual al no retener la memoria de los testigos, los rasgos más característicos de Martínez Quintero, no acertaron en señalarlo al momento de evacuarse tales pruebas, sin que puedan entenderse que con ello se demerita, en modo alguno, el reconocimiento que inicialmente hicieron del procesado, hasta el punto de dar inmediato aviso a las autoridades de Policía correspondientes. Y esa certidumbre absoluta en los ciudadanos que identificaron a Martínez Quintero como el responsable de la muerte de Rueda Rueda, es corroborada por los agentes Jairo Elías Rodríguez Jiménez y Didier Tabares (sic), que participaron directamente en su captura".

Consideraciones de la Corte:

El reconocimiento en fila de personas es diligencia que encuentra justificación en la necesidad de que todo aquél que incrimine a una

persona determinada debe reconocerla cuando ello sea necesario para que no pueda dudarse sobre su verdadera identidad, por lo que debe tenerse no como "prueba" independiente sino como complemento o parte integral del testimonio incriminador.

Deberá practicarse a la mayor brevedad posible aún dentro de la misma declaración del testigo, como lo exige el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal vigente, y a tal acto asistirá el defensor del sindicado quien podrá dejar constancia de lo ocurrido en la diligencia.

De modo pues, que si en el presente caso los testigos Pablo Angel Camargo Sánchez, Gustavo Salas y quienes tuvieron oportunidad de presenciar de cerca los acontecimientos delictuosos acaecidos en los alrededores de la plaza de mercado "Las Ferias" de esta ciudad, los días 25 y 28 de marzo de 1991 en los que perdió la vida el infeliz celador Virginio Rueda Rueda y fue despojado violentamente de su chaqueta otro ciudadano; señalaron oportunamente en forma inequívoca y reiterativa al sujeto John Jairo Martinez Quintero como partícipe o protagonista principal de ambos sucesos propiciando su captura por agentes de la Policía Nacional y así lo indicaron en sus respectivas declaraciones rendidas días después, la diligencia de reconocimiento era prácticamente innecesaria y la prueba testimonial no podía perder su fuerza incriminatoria por las falencias que pone de presente la actora, en un reconocimiento practicado tardíamente, meses después de ocurridos los hechos y cuando el paso del tiempo borró en la mente de estos dos declarantes, la imagen fiel de la fisonomía del acusado, cosa que no sucedió en la diligencia de reconocimiento practicada con el menor Leonardo Jaime Rueda, hijo de la víctima y quien acompañaba a su padre en el momento de recibir la mortal agresión.

De ahí que el Tribunal Superior valorando en conjunto los citados testimonios le hubiese asignado valor inculpatorio al reconocimiento hecho por el citado menor en diligencia llevada a cabo el 6 de junio de 1991 porque desde un comienzo incriminó a persona determinada como uno de los partícipes del hecho punible; no estuvo presente durante el operativo de captura de John Jairo Martinez Quintero ni existe prueba atendible en el sentido de haber sido "mostrado" o "exhibido" previamente ante el joven Leonardo, como dijo el procesado durante la audiencia pública, pues resulta extraño que tan grave proceder no hubiese sido oportunamente denunciado por él o su defensora.

Los juzgadores de instancia, basados en las reglas de la persuasión racional concluyeron que los deponentes Camargo, Salas y Gómez habían sido veraces y sinceros al señalar en sus exposiciones rendidas en forma espontánea y desprevenida a John Jairo Martinez Quintero como uno de los integrantes del grupo de delincuentes que dieron muerte a Virginio Rueda apropiándose de sus pertenencias, al paso que la

defensa abogó durante todo el proceso por su inocencia con fundamento en la coartada planteada por el sindicado y el hecho de no encontrarse debidamente probada su identidad física, debate que ahora pretende revivir en sede de casación.

El subfondo argumental de la censura se apoya en una disparidad de criterios entre la recurrente y el sentenciador en cuanto al grado de convicción que arrojan las mencionadas declaraciones, confrontación que jamás puede configurar el error de hecho aducido en la demanda, el que debe ostentar los caracteres de lo evidente, esto es, de aquello que se impone a primera vista, sin que su demostración exija ningún esfuerzo dialéctico por el censor o por los jueces en sede de casación y repercute en las conclusiones de la sentencia impugnada con fuerza incontrastable.

Con sobrada razón se ha dicho que la prueba testimonial o la indiciaria no suelen ser objeto de fácil reproche en casación, porque en el planteamiento y fundamentación de la acusación se corre el riesgo de anteponer a la apreciación del Tribunal Superior la personal y subjetiva estimación del impugnador.

Contrariamente a lo expuesto por la demandante, no emergen de dichas declaraciones ni del reconocimiento cuestionado las monumentales dudas ni las protuberantes contradicciones respecto a la identidad del verdadero responsable de los hechos investigados, sino por el contrario, aflora de tales probanzas la certeza y firme convicción de que el procesado Martínez Quintero fue partícipe de los mismos, como lo entendieron sin ninguna hesitación los jueces y representantes del Ministerio Público que intervinieron en el caso.

La duda insalvable, cuyo reconocimiento se reclama en favor del procesado, no pasa de ser una concepción o una opinión respetable de la actora opuesta a la certidumbre a que arribó el Tribunal Superior respecto a la responsabilidad del sindicado a través de un examen global y coherente de las pruebas aducidas, sin que de tal conflicto de pareceres surja la existencia de un error manifiesto y trascendente ni el quebranto de normas instrumentales atinentes a las exigencias probatorias para proferir sentencia de condena o al respeto debido al principio universal de derecho *in dubio pro reo*, prevaleciendo la sentencia impugnada por venir precedida de la doble presunción de acierto y legalidad.

Arguye la impugnante que su representado fue confundido con Wilson Giovanny Rodríguez; cuyo testimonio no fue apreciado por los sentenciadores; pero como bien anota la Procuraduría Delegada no hubo confusión al respecto y el contenido de dicha declaración resulta manifiestamente intrascendente.

Por todo lo anterior, no prospera la acusación.

Decisión:

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado John Jairo Martínez Quintero de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Corrés Garnica, Secretario.

REFORMATO IN PEJUS / LEGALIDAD DE LA PENA / CONSULTA / ACCIÓN CIVIL

1. En aquellos procesos fallados con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución que se ejecutorien durante la misma o que sean fallados con posterioridad a la fecha en que entró a regir, será imposible que la segunda instancia agrave la pena impuesta por el a quo, ni cualitativa ni cuantitativamente. / Ha considerado la Sala que la segunda instancia no podría sustituir una sentencia absolutoria por una condenatoria porque de la misma manera se estaría vulnerando el principio constitucional de la reformatio in pejus. / Cuando el juez de primera instancia vulnera el principio de legalidad de las penas al imponer una de ellas por debajo del límite mínimo o por encima del máximo, la segunda instancia puede hacer la tasación primitiva en correspondencia exacta con el principio de legalidad y que, si para adecuar la pena ilegalmente impuesta es menester agravar la sanción ilegalmente prevista, se puede hacer sin que en este caso exista violación al principio constitucional de la reformatio in pejus. / 2. Aún tratándose de apelante único, si se procede por delitos que por ley tienen el grado jurisdiccional de consulta, la segunda instancia puede agravar la pena. / 3. La corporación ha fijado su criterio en cuanto a la expresión apelante único y ha entendido que tal exigencia se cumple así sea un número plural de apelantes, pero todos dentro de la misma órbita, es decir, procesados y defensores. / 4. En cuanto al aumento de la cuantía de los perjuicios esta Corporación ha considerado que ellos no hacen parte de la pena sino que se trata de simples consecuencias civiles del delito y que por tanto no se encuentra dentro de la prohibición constitucional que en relación con ellos se pretende violada. / Una es la vulneración del bien jurídico tutelado, hecho del que surge como consecuencia la sanción penal; y otro el perjuicio sobreviniente al descanceimiento del bien jurídico tutelado, éste ya de carácter patrimonial y por ello de naturaleza eminentemente civil. / La acción civil, puede ser ejercida paralelamente a la penal, situación que la convierte en accesoria, cuya justificación política es la bús-

queda de la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito; por ello, su trámite debe ajustarse a las previsiones del C. de P. P., y en los aspectos que éste no regule, se integran las disposiciones del C. de P. C. / Pero uno y otro tema están específicamente delimitados por la ley y es imperativo para el juez someterse a sus precisiones; por ello, cuando se desbordan los límites establecidos por la norma legal para los perjuicios morales es obvio concluir que se viola el principio constitucional de la legalidad y se incurre en un querellamiento directo de la ley sustancial.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinticinco de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 051.

Vistos:

Por sentencia del 31 de enero de 1991, emanada del Juzgado Octavo Superior de Santiago de Cali, se condenó a *Gustavo Sossa Salas* a la pena principal de dos años de prisión como responsable del delito de homicidio culposo agotado en la persona de *Farid Assud Castro*.

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de dicha ciudad, con algunas adiciones, mediante sentencia proferida el 16 de agosto de 1991.

El defensor y el Agente del Ministerio Público interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación, que fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación; cuyas demandas fueron declaradas ajustadas a las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal quien solicitó casar la sentencia de conformidad con lo argumentado en relación con el artículo 31 de la C. N.

La Sala de Casación Penal procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

Hechos:

El 25 de septiembre de 1988, varios afiliados al Club Social Tequendama de la ciudad de Cali, entre los cuales se encontraba el procesado, estuvieron departiendo amigablemente con ingestión de al-

gunos tragos de licor, que incluso llegaron a originar algunos problemas de agresión física, luego de haber estado disputando un partido de fútbol.

Después de tales hechos Gustavo Sossa Salas abordó el campero en que se transportaba y salió hacia la casa de un cuñado, pero muy cerca de su sitio de destino desvió la dirección del vehículo de tal manera que se subió a la zona verde aledaña a la calzada, arrollando de tal manera a Farid Asaad Castro quien estaba acostado en la grama debido al avanzado estado de ebriedad en que se encontraba.

Actuación procesal:

El 27 de septiembre de 1988 se abrió la correspondiente investigación, y el 5 de octubre siguiente se aceptó la constitución de parte civil.

Gustavo Sossa Salas fue declarado persona ausente el 28 de octubre de 1988 y el 23 de noviembre de dicho año se decretó su detención preventiva. No obstante, se lo escuchó en indagatoria el 27 de enero de 1989.

En provado del 28 de enero de 1989 se decretó el embargo de un inmueble correspondiente a los derechos sucesoriales del procesado en la sucesión de su padre; decisión esta que fuera revocada el 19 de junio de 1989, dejando sin efectos la medida cautelar decretada.

El cese del procedimiento se ordenó mediante auto del 4 de julio de 1989, pero el 27 de septiembre del mismo año, se revocó el auto anterior y se ordenó la reapertura de la investigación.

Con fecha 1º de junio de 1990 se dictó resolución de acusación contra el procesado por el delito de homicidio culposo.

El 17 de enero de 1991 se inició la diligencia de audiencia pública. La sentencia de primera instancia se dictó el 31 de enero de 1991 y la de segunda el 16 de agosto de dicho año.

Argumentos de las demandas:

La demanda presentada en representación de los intereses del procesado se postula por violación directa de la ley sustancial por violación de la norma constitucional, concretamente el artículo 31, lo que en sentir del casacionista conlleva la existencia de una nulidad constitucional.

Sostiene el censor que la sentencia de primera instancia condenó al procesado a la pena principal de dos años de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión

de la patria potestad y que la anterior decisión sólo fue apelada por la defensa, pese a lo cual, en la segunda instancia, el Tribunal la adicionó para agravarla, en el sentido de aplicar la pena accesoria de suspensión del derecho a conducir vehículos automotores por el término de un año y aumentó los perjuicios morales de 500 a 2.000 gramos oro.

Igualmente manifiesta que habiendo concedido el *a quo* la condena de ejecución condicional, sin fijar término para el resarcimiento de los perjuicios, al imponer la segunda instancia un término de seis meses para cancelarlos a partir de la ejecutoria de la sentencia, hizo más gravosa la situación del apelante único, condicionando de esta manera el subrogado concedido.

El actor postula un segundo cargo por violación directa de la ley, al aceptar que en la tasación de los perjuicios se acertó en la escogencia de la norma, artículo 106 del C. P. pero se excedió en los límites establecidos en la misma, presentándose de tal manera una errónea interpretación de la norma citada.

Predica también el recurrente la existencia de una violación directa de la ley sustancial, al ignorar el juzgador de segunda instancia el segundo inciso del artículo 623 del C. de P. P. como norma inequivocablemente aplicable al caso.

Sostiene que a pesar de que el Tribunal revocó el embargo de la quinta parte del derecho sucesoral que el procesado tiene en un inmueble, nunca se ordenó el desembargo de dicho bien; y que en la actualidad la decisión cautelar no puede ahora levantarse por haberse producido una sentencia condenatoria que impone el resarcimiento de perjuicios. Que en tales circunstancias, existiendo un bien embargado, por mandamiento del artículo 623 del C. de P. P., no podía la Corporación fijar un plazo para la reparación de los daños y que al haberlo hecho se incurrió en una violación indirecta de la ley sustancial.

El censor predica la existencia de una violación indirecta de la ley por error de hecho manifiesto en la interpretación de las pruebas que hace consistir en un falso juicio de existencia por haber sido excluidos de apreciación un testimonio, un documento y dos peritazgos.

Hace referencia a la omisión del testimonio de José Manuel Alonso Jiménez que reconoció, ante interrogatorio de la parte civil, que había atacado el vehículo del procesado en el momento de su cruce con un palo que portaba para quebrarle un espejo; que en la diligencia de inspección judicial se había demostrado la quebradura del vidrio y las abolladuras causadas al carro conducido por el procesado. Que esta situación pretendió ser reafirmada por la defensa para lo cual elevó solicitud en tal sentido pretendiendo la recepción de los testimonios de las personas que debieron percatarse de tal agresión, pero que ello no fue posible por circunstancias ajenas a la voluntad del procesado.

Afirma también que aportó seis fotografías donde se evidencian abolladuras en el carro conducido por el procesado y que llevan a concluir que en el momento de cruzar el procesado fue atacado por su izquierda, lo que lo obligó a tomar la zona verde con las consecuencias fatales que son conocidas.

Asegura que existen dos inspecciones judiciales, de las cuales se concluye que el ataque dirigido contra el procesado fue la única explicación del desenlace fatal.

El demandante alega que como la sentencia impugnada no alude a estas pruebas, ni explica las razones para haberlas omitido, se desconoce el principio de la integridad de la prueba e ignora la existencia de duda razonable, violándose de tal manera las previsiones de los artículos 247 y 248 del C. de P. P.

Concluye solicitando se dicte fallo sustitutorio de nulidad o de absolución.

La Fiscal del Tribunal plantea dos cargos contra el fallo recurrido en sus aspectos penales y civiles.

En relación con los primeros, plantea la existencia de violación directa de la ley sustancial por la adición de la pena que se hizo en segunda instancia y que igualmente fue motivo de impugnación por parte de la defensa.

Con respecto a los aspectos civiles predica la existencia de una violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de un error de hecho "... al considerar el dictamen pericial en el que se evaluaron los daños materiales pues le dio alcances a una prueba cuyo contenido presentaba condiciones falsas e inadmisibles, incurriendo en un error de hecho. No es que haya variado el contenido del dictamen, ni que se le haya dado un alcance mayor o menor del que realmente tiene, sino que se le dio valor probatorio, cuando resulta a todas luces inaceptable aplicar un correctivo monetario a una suma de dinero como patrimonio y no lo va a afectar más allá de la suma prevista sin incrementos, y con base en la valoración que a ese dictamen pericial se le dio se profirió condena al pago de los perjuicios materiales, pues de no haberse liquidado el quebranto sufrido, no habría podido proferirse condena al pago de los perjuicios, como quiera que para que ésta se produzca se requiere no sólo la demostración del daño, sino su liquidación, pues la condena en abstracto no procede".

"Si la liquidación que la perito hizo, parte de supuestos errados y llega a conclusiones ligeras e inadmisibles, no puede bajo ningún aspecto otorgársele el valor de plena prueba que se otorgó al ser el fundamento de una condena al pago de una suma de perjuicios, porque ese dictamen no prueba absolutamente nada".

"Falló pues, el Tribunal en la evaluación del dictamen pericial, pues le dio a su contenido un alcance de demostración del valor de los perjuicios, cuando lo que el dictamen señalaba no probaba lo que se dice que probó, pues sólo así se entiende que haya sido el fundamento de la condena al pago de los perjuicios, es decir que la sentencia de segunda instancia, considerando el dictamen referido, que no demostraba nada, incurrió en un error de hecho, pues en el proceso no existe la liquidación de los perjuicios, porque con el tantas veces aludido dictamen no se suple esa exigencia procesal para que proceda decisión condenatoria al pago de los perjuicios".

Concluye pregonando la violación de los artículos 50 y 187 del C. de P. P., el 2341 del C. C. y 103 del C. P.

Aludiendo al principio de agravación considera que el Tribunal hizo más gravosa la situación del apelante al aumentar los perjuicios morales cuando el único apelante era precisamente el condenado, violándose de esta manera el artículo 357 del C. de P. C. que consagra la *reformatio in pejus*.

Siguiendo con la misma temática de la agravación en la condena por perjuicios, la impugnante plantea la existencia de una violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 106 del C. P., al exceder el monto de los gramos oro allí previstos como forma de pago de los perjuicios morales.

Concluye solicitando se case la sentencia, dejando sin efecto las penas de multa y de suspensión en el oficio de conducir; que se absuelva al procesado al pago de perjuicios materiales y se deje sin efecto el incremento de 1.500 gramos oro que hizo el Tribunal sobre los 500 tasados inicialmente por la instancia.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal:

Solicita se case el fallo únicamente en relación con la violación del artículo 31 de la C. N.

Ante la uniformidad de algunos de los cargos de las dos demandas aborda el estudio conjunto de ellos y en relación con la reforma agravada de la sentencia de primera instancia, critica los errores técnicos exhibidos por el defensor en este cargo, con respecto al cual afirma: "En este evento, el censor se contentó con afirmar que la causal de nulidad que se generó con la violación del precepto superior es de tipo constitucional, mas nada dijo en cuanto a la naturaleza del yerro, si ese afectaba las formas propias del juicio, o el derecho a la defensa o una nueva garantía que pueda deducirse de la Carta Fundamental; no se ocupó tampoco de determinar los alcances de la disposición frente a los diversos aspectos que enuncia en su escrito, ni fixó el momento de la reclamada anulación, que queda así cobijado bajo el pedido genérico de 'que profiera fallo de anulación' contenido al finalizar su escrito".

Considera que la demanda del Ministerio Público escogió mal la vía de la impugnación, puesto que el camino para ese tipo de yerros es el de la nulidad. Agrega, sin embargo, que la Corte ha determinado que el ataque debe ser formulado por la violación directa de la ley sustancial, pero que de acogerse la posición de la Corte es evidente que el camino escogido estaría de conformidad con las orientaciones de la Corporación.

Aduce que por encima de las diferencias teóricas relacionadas con la técnica "la sentencia debe ser casada por este aspecto, pues evidentemente en el fallo de segundo grado se generó una causal de anulación de lo actuado al desconocerse la garantía procesal que ampara al acusado Sossa Salas a quien no se podía agravar la pena impuesta dada su condición de apelante único".

"La objetividad de la situación es innegable. El juez *a quo* condenó al imputado a la pena principal de dos años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y de suspensión de la patria potestad, ambas por el mismo término de aquella. Solamente el abogado defensor recurrió la sentencia con miras, obviamente, a obtener el favorecimiento de su prolijado, constituyéndose por ello el encartado en apelante único, con lo cual se cumple una de las dos condiciones taxativamente señaladas en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución Nacional".

"Al desatar la instancia, el Tribunal Superior de Cali incluso sin motivar de forma alguna las nuevas deducciones punitivas que realizó, decidió imponer al acusado, a más de las sanciones fijadas en su oportunidad por el Juzgado, la de multa de un mil pesos y la de suspensión en el oficio de conducción de vehículos automotores por el lapso de un año, teniendo ambas el carácter de penas principales".

Encuentra en esta última observación un motivo más de nulidad, por la ausencia de motivación de las penas y en relación con la misma temática sostuvo refiriéndose a la decisión de la Corte relacionada con la legalidad de las penas: "Si bien es cierto que con aquella decisión del Tribunal de segundo grado se puso en vigencia el principio de la legalidad de la pena, porque la norma correspondiente a la infracción (art. 329 del C. P.) establece como penas principales al delito de homicidio culposo no solamente la prisión sino también la multa y la suspensión en el oficio, que habían sido omitidas por el *a quo*, no es menos verdad que si se entiende el principio de interdicción de la reforma peyorativa como una garantía procesal, como lo acepta esta Delegada, ni aún en tales casos en que la modificación obedezca a la corrección de los errores cometidos por el sentenciador de primer grado, puede admitirse la modificación del fallo en perjuicio del apelante único".

Con base en los anteriores planteamientos solicita se casce la sentencia sólo en cuanto a los aspectos penológicos de la misma.

Al abordar el análisis de las impugnaciones que se refieren a los perjuicios, conceptúa que no pueden ser estudiadas porque el monto señalado por la ley vigente al momento de la interposición del recurso no alcanza como cuantía del interés para recurrir.

Por otra parte, el Delegado hace un juicioso estudio de la naturaleza de la acción civil, y de las consecuencias procesales de la naturaleza civil de la acción indemnizatoria, y dentro de esta precisión determinó cuál era la cuantía para recurrir en casación en el momento de la interposición de los recursos sosteniendo: "Ciertamente, de conformidad con lo previsto en el Decreto 522 de 1988, artículos 2º y 3º, la cuantía para recurrir en casación entre el primero de enero de mil novecientos noventa y el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno, en materia civil, estaba fijada en la suma total de catorce millones de pesos (\$ 14.000.000,00), suma esta superior al monto de los perjuicios discutidos en cada uno de los casos".

Al referirse a la demanda del defensor sostiene que la segunda censura se refiere exclusivamente a la cuantía de los perjuicios morales deducidos como obligación a cargo del procesado, la cual, en una situación máxima quedaría fijada en 1.500 gramos oro, que, de conformidad con la certificación adjuntada por la representante del Ministerio Público en su oportunidad, equivaldrían a la suma total de once millones cuatrocientos cincuenta y ocho mil quinientos noventa pesos (\$ 11.458.590,00), inferior a la cifra señalada con antelación como requisito para que pueda existir interés para recurrir en casación.

En relación con el segundo cargo de la demanda presentada por la representante del Ministerio Público, se objetan únicamente los perjuicios morales fijados en suma un poco superior al millón de pesos, de los cuales el libelo sólo cuestiona el valor de la corrección monetaria, correspondiente a cien mil pesos que aún no se han pagado a los perjudicados con el delito, suma inferior a la señalada legalmente como cuantía para recurrir en casación.

En lo que se refiere a los cargos tercero y cuarto de la misma demanda, el Delegado asegura que pretenden la agravación de la sentencia en la condena al pago de perjuicios morales, que de la sola comparación entre los fallos de las instancias se determina en la suma de 1.500 gramos oro, cifra inferior igualmente a la señalada como interés para recurrir en casación.

Y sobre el mismo tema sostiene: "El hecho de que tanto el defensor del procesado como la representante del Ministerio Público afirmen que sus escritos no se dirigen a cuestionar el monto de los perjuicios liquidados, sino la aplicación de la ley que los regula, no puede entenderse como base suficiente para predicar la aceptación del interés para recurrir, puesto que si bien es verdad que critican la forma como se interpretaron las normas, o como se aplicaron ellas, no menos cierto resulta que dicha infracción de la ley, por sí misma, no

puede llevar a resultado diverso que el de una inadecuada tasación del monto de los perjuicios, y que las peticiones apuntan a que se rebaje el monto de la indemnización fijada, con lo cual ineludiblemente se puede concluir que lo que anuncian no pretender los recurrentes, es justamente lo que buscan con sus demandas".

Con base en las consideraciones precedentes solicita a la Corporación que tales cargos no sean estudiados.

En referencia al tercer cargo contenido en la demanda del defensor, relacionado con la infracción directa de la ley y concretamente el inciso segundo del artículo 623 del C. de P. P. que en su criterio era inequivocablemente aplicable al caso, el Procurador Delegado discrepa al sostener:

"No le asiste razón alguna al impugnante en este punto. Para refutar sus escuetas afirmaciones, comiéntase por recordar el contenido completo de la norma por él mismo citada:

"Artículo 623. *Otorgamiento de la condena de ejecución condicional.* Se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 69 del C. P. y se fijará el término dentro del cual el beneficiado debe reparar los daños ocasionados con el hecho punible.

"'Cuando existan bienes secuestrados, decomisados o embargados, que garanticen integralmente la indemnización, no se fijará término para la reparación de los daños'.

"De la sola transcripción de la norma se advierte que la enunciación del cargo se encuentra mal formulada, pues si lo que pretende discutir el libelista es la fijación en la sentencia de un término para la reparación del daño, ha debido invocar la indebida aplicación del inciso segundo de la disposición, derivada ella de una errónea interpretación del sentenciador en tanto que, para el libelista se tendría que concluir que los magistrados del Tribunal interpretaron equivocadamente los términos 'secuestrados, decomisados o embargados' y de allí concluyeron en la aseveración de que el bien inmueble que alguna vez fue objeto de la medida, no se encuentra ya en una de dichas condiciones. Sin embargo, invocó fue la falta de aplicación de la norma".

"Pero, a más de la errada invocación del cargo, el mismo debe rechazarse por la inexistencia de violación directa de la ley. En efecto, la disposición citada hace referencia a la imposibilidad de fijar un término para el pago de la indemnización de perjuicios cuando existieren bienes secuestrados, decomisados o embargados, todas ellas connotaciones jurídicas que se derivan no de una situación de hecho sino de una decisión judicial que los ponga fuera del comercio. Si el mismo recurrente reconoce que tal decisión no tiene vigencia en el

momento de la sentencia proferida, mejor puede intuirse de que el Tribunal a que alude se encuentra en desacuerdo, oponiéndole a dictado".

Termina concluyendo que si al revocarla el cargo que ordenó al embargo no se expidieron los oficios correspondientes dirigidos a la Oficina de Instrumentos Públicos, no quiere decir que dicho bien no se encuentre en plena libertad comercial en razón de este proceso; por ello concluye que era procedente el establecimiento de un término para el cumplimiento del pago de los servicios y con base en tales consideraciones solicita no se case la sentencia.

Con respecto al cuarto cargo de la demanda de la defensa, que en realidad son dos, el Delegado considera que aquél que se refiere a un malo juicio de existencia por haber sido ignorados varios medios de convicción debe ser desechado por cuarto: "El alegro así formulado carece de toda fuerza de prosperidad, porque se cuela en la sola afirmación del pretendido vicio del juzgador, sin entrar a demostrar en qué medida las pruebas presuntamente ignoradas habrían de inclinar la balanza de la justicia hacia las reivindicaciones esgrimidas por el casacionista, quien no se atreve tampoco a enfrentar las decisiones del Tribunal con los nuevos elementos de prueba, distorsionando la materia tipo éstas habrían surtir en la opinión del juzgador una decisión de alto sentido a la tomada y que ahora es objeto de la impugnación. De lo demás, el argumento que trae a colación de que los medios citados demuestran las afirmaciones de los testigos que declararon durante la actuación procesal, no es más que desestimar el cargo que el juzgante debía alegar, puesto que del error de hecho inicial se trata, sin duda de juicio, o planteamientos propios del derecho, como culma que lo que se discute es el valor de convicción otorgado por el Tribunal a los demás medios de prueba, en previsión que éstos no pueden ser de recibo en sede este recurso extraordinario en su medida en que la probatoria probatoria aplicativa no establece tutela digna a las pruebas recogidas en los asuntos penales".

Dilmitón concluyendo que el cargo no debe prosperar.

Refiriendo al capítulo de la demanda defensiva, titulado las pruebas adquiridas en la valoración probatoria, el Procurador Delegado sostiene que si el censor pretende sobre por tierra las convicciones probatorias del juzgador para hacer prevalecer su propia apreciación de los medios de convicción, "...convirtiendo así su alegato en un simple enfrentamiento de criterios entre su propia posición y la permitida por el Tribunal" en su momento, lo que no concretó cargo alguno contra la demanda".

Solicita que el cargo no debe prosperar.

Consideraciones de la Sala:

No es raro bien se observa el Procurador Mayor o Delegado hay acuerdo, copiales de los impugnantes que deben ser contestadas

de manera conjunta, como ocurre con el cargo primero tanto de la demanda de la defensa, como la del agente del Ministerio Público, en el que plantean la violación directa de la ley por haberse adicionado la sentencia en segunda instancia, agravándose la condena para imponer la pena accesoria de un año en la suspensión del oficio de conducir automotores, que no había sido impuesta en primera instancia; una multa en cuantía de mil pesos, y el aumento de la condenación de perjuicios morales de 500 gramos oro, como habían sido tasados en la primera instancia, a 2.000 gramos oro.

Antes de entrar al tema de fondo, es preciso determinar cuál es la técnica que debe seguir la demanda de casación cuando el motivo de la misma radica en el desconocimiento del principio de la *reformatio in peccatis* consagrado en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Conviene efectuar esta aclaración porque a pesar de que la Corte ya dilucidó el asunto cuando sostuvo que tal eventualidad debía ser atacada como violación directa de la ley, lo cierto es que el Procurador Delegado insiste en que debiera ser por la causal de nulidad.

En el caso presente ambas demandadas obedecen a los criterios indicados por la jurisprudencia de esta Corporación cuando sostuvo:

"En relación con esta censura, que por lo ya dicho habrá de desecharse, agréguese que estuvo técnicamente formulada al amparo de la causal primera de casación y no con apoyo en la tercera, como parece entenderlo la Delegada al darle respuesta conjuntamente con el cargo de nulidad, porque reconocerle valor a una prueba multa, en verdad que constituye un error de derecho por falso juicio de legalidad, que no invalida el proceso.

"En relación con este cargo digássase por último que no es exacta la afirmación de la Delegada en el sentido de que la violación de normas constitucionales no es susceptible de ser atacada por la vía de la causal primera, pues aunque de ordinario el desconocimiento de éstas conduce a la nulidad del proceso, en otras veces su vulneración debe ser encauzada por la preclitada vía, como sucede cuando, por ejemplo, se quebranta el artículo 31 superior" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz, agosto 12 de 1962).

Sobre el mismo tema se dijo:

"Por otra parte, tomando las argumentaciones de la Procuraduría como una hipótesis de discusión, se debe concluir que ella carece de razón porque se debe recordar que la inmensa mayoría de los principios constitucionales son igualmente normas legales, congregadas en la parte introduc-

tiva del Código de Procedimiento como principios o normas rectoras y es así como el artículo 31 de la Carta corresponde al 17 de la codificación procesal, lo que permite reclamar su cumplimiento, por la vía de la violación directa" (C. S. J., sentencia de agosto 26 de 1992, Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas).

En la casación del 18 de marzo de 1993, en que actuó como ponente el doctor Gustavo Gómez Velásquez y como Procurador Delegado quien aquí actúa con la misma función, se hizo una similar alegación y en aquella ocasión se le contestó de la siguiente manera:

"Como el planteamiento transcrita de la Delegada cuestiona el criterio que la Corte ha venido sosteniendo respecto de la causal de casación que debe invocar el censor de una sentencia por desconocimiento del artículo 31 de la Carta Política, siendo imperativo su aplicación en el presente caso, a dicho aspecto exclusivamente se contraerá el análisis de la Sala sin que, por lo mismo, deba ocuparse en esta oportunidad de la excepción jurisprudencial al artículo 31 de la Constitución y su alcance, a los cuales hace referencia inopportunamente la aclaración de voto que se anuncia.

"Dos tesis se disputan, hasta el momento, el manejo del artículo 31 de la Constitución Nacional, en cuanto a su incidencia en el recurso de casación, así: a) Su desconocimiento como motivo válido de violación directa de la ley penal; b) Su desconocimiento como afectación del derecho de defensa, aspecto este el que más subyuga, por los motivos ya transcritos, a la Delegada Tercera en lo Penal.

"Empieza la Sala, en el tratamiento de aspecto tan interesante y que ha suscitado las plausibles inquietudes de su colaborador fiscal, desarrolladas en enjundioso estudio jurídico, por la última de las alternativas propuestas.

"1. No cree la Corte, pese a los altos aunque discriminados fines que la apreciación envuelve, que el asunto de la intensificación de la pena vinculada a la apelación única del procesado o su representante, desemboque en la ostensible violación del derecho de defensa. En efecto, la Constitución misma, acertada o desacertadamente, ha enfocado el problema dentro de un fenómeno de agravación de pena y resulta entonces algo inexplicable y contradictorio, que tantos otros muchos aspectos de similar entidad como es la afectación de la pena por improcedentes circunstancias de calificación o de agravación, no reciban, ni han recibido en el pasado, tratamiento valorativo como el que ahora recomienda la Delegada, y más bien abran camino a causal distinta de casación.

"De otro lado todo lo que ha sido la valiosa construcción del derecho de defensa, bien para advertir su inobservancia y por supuesto su pronto remedio, bien para reducir que no se ha dado su desconocimiento, no ofrece puntos tangenciales de asimilación. El fenómeno que encierra el artículo 31 no se aviene con esta compaginación y hasta resulta inadecuado, improcedente y repugnante a las consideraciones que gravitan tradicionalmente sobre esta institución. Qué omisión grave podrá determinarse en la acción defensora cuando el juez o magistrado ha hecho caso omiso de las alegaciones del defensor sobre la pertinencia inhibitoria del citado artículo 31? Ninguna. Y qué consciente, grave e irreparable atropello se habrá consumado durante el desarrollo del sumario o de la causa, si éstos exhiben un integral acatamiento a las normas que los disciplinan? Ninguno. Como tampoco podrá advertirse en ello, una falta de diligencia, de preparación y de utilización de recursos por parte de quien obra como defensor, y menos aún de censurable sorprendimiento.

"Cómo encajar en afección de esa garantía porque el juzgamiento agravó la pena que no podía agravar, por omisión, ignorancia o torpeza valorativa? Entonces, cómo advertir el descalabro del derecho de defensa si sus dos principales vertientes, las que corren a cargo del que la representa (defensor) o a quien va dirigido su efecto de contención (juez, magistrado, fiscal, etc.). No son susceptibles de encajar lo que corresponde a la nítida, bien entendida y dilucidada garantía de protección forense? La asimilación resulta forzada y extraña. Por fuera de la benevolente y previsora invocación de la Delegada de tratar de evitar, con tal inclusión variaciones gravosas para el sentenciado, no se advierten otras benéficas consecuencias. Todo se reduce entonces a que si se toma bajo la óptica de la ilegalidad de la pena, el procesado puede, eventualmente quedar sometido a inopinadas severidades represivas.

"2. La violación directa de la ley sustancial.

"La Corte no duja de reconocer que una institución como la que produjo el artículo 31 de la C. Nacional, tiene una jerarquía excepcional, como suele ser nota caracterizante de los dictados de la Carta, háyanse o no recogido o desarrollado en sus pertinentes legislaciones especiales. No es dable entender que porque el C. de P. F. en su artículo 17 reproduzca este contenido, ha perdido aquella su superior categoría, ni podría terminar su decadencia de considerar que se trata del dispositivo de naturaleza procedural por figurar en el estatuto que recoge ésta particularizada normatividad. Un precepto de esta entidad, que responde muy bien a prin-

cipio o regla rectora, traduce un tal significado que así aparezca en el Código de Procedimiento Penal, como regulador de las funciones del juez en cuanto a la punición, o de la forma o manera como debe entenderse el alcance de un recurso de alzada contra un monto de pena, no reduce a esto su naturaleza sino que constituye un precepto sustancial, dada su magnitud y multifacética incidencia. Y así estuviera en el Código Penal, tendría cabida plena en el de procedimiento como también el no figurar en ninguno de estos dos y fuera su exclusiva cuna la Carta, su impronta tendría que advertirse y reconocerse en tales códigos, como lo está, así no aparezca, en los regímenes disciplinarios y contravencionales.

"La Sala afirma su carácter sustancial, que resulta tan fecunda que más de un tópico reclama el hacerla suya: Unos para incluirla en el sagrado derecho de defensa, otros para insertarla en la legalidad de la pena, aquellos para estimarlo como el otorgamiento de una rebaja de pena, máxime cuando desplaza su efecto a sentenciados rematados o en tránsito de consolidarse la providencia que los hará tales, éstos para entenderlos como legislación favorable o benigna que desconoce los límites del tiempo y los espacios de la entidad de la providencia que recibe su benéfico impacto. En todo ello hay una atendible dosis de razón, pero ciertamente que su quebranto resulta en una omisión de aplicación de precepto que no debió darse y que conforma, con los dispositivos dentro de los cuales interacciona (descripción de la conducta delictiva, calidad y cantidad de pena, etc.), una norma sustancial respetable en todo momento, bastando para restablecer su imperio invocar una violación directa de tanta magnitud que reclama su inmediata corrección por quien la advierte, hágase alegado o no, y tenga su insinuación o su llamado explícito, propiedad o impropiiedad.

"Por fuera de esta inmediata ventaja, que evita al procedido reenvíos (sic) de expediente, dilataciones de definición, está el que precisamente la cuestión se reduce a advertir y estimar si el superior, al desatar un recurso de alzada, estaba legitimado para introducir una acentuación de pena o debía respetar la impuesta por el inferior. Nada más podría atraer el juicio crítico y a este espacio confina la atribución decisoria. De darse una acentuación de pena no autorizada por la vía que permitiría el arribo del proceso a la instancia superior (consulta, apelación del Ministerio Público, parte civil, fiscal), tendrá que prescindirse de esa agravación, y de resultar lo contrario se aceptará por válida lo acontecido al respecto. Sopesado y dictaminado el punto quedarán como agregación otras posibilidades, si vienen al caso, entre ellas

el que se afectó el derecho de defensa o se incurrió en ilegal aplicación de una pena, pues teniéndose facultad para hacerlo se cumplió una actividad desenfocada y contrariando la ley que al respecto debía obedecerse.

"Sólo beneficios es dable deducir de esta precisión de técnica de casación. Su sencillez, simplicidad o expedición están demostrando por si el acierto del raciocinio que así visualiza y calibra el instituto: La orientación aleja vicisitudes conceptuales, incertidumbre en los resultados y riesgos en su precisión, aplicación y alcance.

"Las cosas apreciadas a derechas suelen ser las que más claridad exhiben y, las que menos complicaciones entrañan. La técnica resulta atendida pues esta obedece no a complicados procedimientos sino a elaboraciones digeribles, espontáneas, directas y fáciles de comprender y realizar. Su propia estructura y su intrínseca bondad, la avala y defiende, sin que tenga, para mejorar su prosapia jurídica, rodearse de misterios, complejidades y esoterismos jurídicos.

"La Corte entiende, y ya tuvo oportunidad de manifestarlo, que la respuesta dada por la Delegada a los dos motivos de casación, ciertamente resulta válida y traduce sólido fundamento para su rechazo e improsperidad. Pero reafirma su opinión de entender la desatención del artículo 31 de la C. Nacional, en el pronunciamiento de un fallo de condena, como propia a una violación directa de la ley, causal de expediente análisis, manejo y aplicación, como corresponde a esta modalidad de la casación. Y además, es acogible de manera oficiosa, por implicar un desconocimiento de una garantía fundamental como así lo hará en este caso" (C. S. J., sentencia de marzo 18 de mil novecientos noventa y tres, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Razón les asiste a los censores al afirmar que cuando se dictó la sentencia de segunda instancia se encontraba vigente la Constitución de 1991 que en su artículo 31, inciso segundo, consagra la *reformatio in peius* en cuanto establece: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

En tales circunstancias, en aquellos procesos fallados con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución que se ejecutorien durante la misma o que sean fallados con posterioridad a la fecha en que entró a regir, será imposible que la segunda instancia agrave la pena impuesta por el *a quo*, ni cualitativa, ni cuantitativamente, como lo ha sostenido de manera reiterada esta Corporación.

Es así como no puede agravarse la pena cuantitativamente porque sería un claro desconocimiento de la preceptiva constitucional, que

además contiene un principio reciterado en el C. de P. P. en forma de norma rectora, pues allí se consagra en el artículo 17 con idéntica redacción como aparece en la Carta. En este sentido la Sala de Casación Penal sostuvo en ocasión reciente:

"No obstante que la demanda presentada... no está encaminada a prosperar por las razones ya anotadas, observa la Corte que la sentencia recurrida es violatoria del artículo 31 de la Constitución Nacional y los artículos 17 y 217 del C. de P. P. que establecieron que en materia penal la prohibición de la *reformatio in pejus*.

"La segunda parte del artículo 31 de la Carta señala que 'el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el procesado sea apelante único'.

"Proclama la norma en consecuencia, que en materia penal el superior no podrá incrementar la pena señalada en la sentencia cuando el procesado sea apelante único, a no ser que alguien: Ministerio Público, parte civil, con interés para ello le dé facultad, o que la providencia sea revisable en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

"En el caso *sub judice*, el procesado... fue condenado en primera instancia a la pena principal privativa de la libertad de tres años de prisión, sanción que fue incrementada en segunda instancia a cincuenta y cuatro meses de prisión, cuando la sentencia no era consultable y había sido recurrida únicamente por la defensora del acusado.

"Si bien es cierto que cuando el Tribunal adoptó la decisión e incrementó la pena, estaba facultado para hacerlo, hoy carece de esa facultad de acuerdo a la normatividad vigente.

"Como la apelación fue resuelta en perjuicio de quien promovió el recurso, la decisión del Tribunal es contraria a derecho, quebranta los postulados de la Carta y desborda la competencia otorgada al juez de segundo grado, en los artículos 17 y 217 del C. de P. P.

"Es evidente que como consecuencia de lo anterior, el Tribunal al incrementar la pena impuesta al acusado y hacer más gravosa la situación en el fallo de segunda instancia, lesionó garantías fundamentales de rango constitucional y legal y por ello, la Sala de Casación Penal, como excepción al principio de limitación, podrá tasar oficiosamente la sentencia para corregir el quebranto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 228 del C. de P. P. y realizar la corrección de pena.

"Como en la sentencia recurrida se revocó el subrogado de la condena de ejecución condicional concedida al proceso, agravando con esto la pena y la situación del único apelante, es deber de la Corte, casar también en este aspecto la sentencia impugnada para corregir el agravio inferior al derecho del sindicado" (Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas, sentencia de septiembre veinticuatro de mil novecientos noventa y dos).

Igualmente ha considerado la Sala que la segunda instancia no podría sustituir una sentencia absolutoria por una condenatoria porque de la misma manera se estaría vulnerando el principio constitucional de la *reformatio in pejus*.

La Sala tuvo la oportunidad de refutar los argumentos de uno de sus colaboradores quien inicialmente consideró que ello era posible y no significaba un quebrantamiento de la Carta.

La Sala en estas ocasiones sostuvo:

"Indudablemente que lo prohibido en forma expresa por el precepto en referencia es 'agravar la pena impuesta' y no solamente incrementarla. Dicho con otras palabras, el incremento punitivo es tan solo una de las posibles formas de agravación de la pena, como lo es igualmente la revocación del subrogado, ya que ello implica la reclusión en un establecimiento carcelario lo que necesariamente es más grave para los intereses del procesado.

"Es que la filosofía que inspira el precepto constitucional en referencia radica esencialmente en que quien apela a una instancia superior es con la finalidad exclusiva de mejorar su situación dentro del marco estricto de sus particulares intereses, garantizándose por el superior el principio de la sujeción a la ley con la confirmación del fallo si no existe alguna que lo invalide. He ahí la importancia de la intervención real y oportuna de los demás sujetos procesales y muy particularmente de quien representa los intereses de la sociedad, pues sólo en esas condiciones el superior adquiere plena competencia para examinar el fallo con todas sus consecuencias y en su integridad.

"Con la óptica anterior, forzoso resulta reconocer que el principio de no agravación punitiva cobija también la hipótesis del fallo que contiene decisiones condenatorias y absolutorias respecto de un mismo procesado, pues elemental resulta que en ese evento la impugnación del fallo por el condenado o su defensor es solamente en relación con la decisión de condena, pues ese es el marco estricto de su particular interés. Absurdo sería, desde luego, plantear la impug-

nación integral del fallo ya que ningún procesado o defensor apelaría una sentencia absolutoria por carencia total de interés.

"Evidentemente que el artículo 538 del C. de P. V. que disponía la competencia del superior sin limitación alguna a través del recurso de apelación, ha sufrido modificación sustancial con el artículo 31 de la Constitución que como norma superior tiene poder modificatorio de la ley. La norma procesal referida tiene vigencia plena respecto de la apelación de cualquiera decisión judicial diferente de la sentencia y aún con relación a ésta, cuando la impugna la representación de la parte civil o la de la sociedad.

"Por manera que revocar una decisión absolutoria con ocasión de la apelación única del procesado de la sentencia condenatoria, en un fallo único, es gravar mayormente la pena impuesta sin competencia para ello, debiéndose casar para dar vigencia al mandato fundamental del artículo 31 de la Constitución Nacional" (Sentencia de abril 9 de 1992, Magistrado ponente doctor Didimo Pérez Velandia).

En el mismo sentido la Corte ha dicho:

"Esta prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, debe entenderse dentro de un sentido lógico y normal, que es el de que los sindicados y sus defensores únicamente recuren de los fallos de condena, pero no de los absolucionarios, por eso esta última hipótesis no la contempla expresamente la norma en comento, sin que ello signifique que dentro de una interpretación teleológica no sea posible entenderla también comprendida en ella.

"En efecto. Cuando la posibilidad de que el superior conozca de la sentencia depende únicamente de la voluntad del procesado o su defensor, porque ella no es consultable ni fue recurrida por ninguno de los otros sujetos procesales, ha querido el constituyente establecer en su favor que su situación penal no pueda desmejorarse. Y como se partió del supuesto ordinario, esto es, que sólo se impugnan las decisiones desfavorables, pues obviamente se habló de 'condenado' y no de absuelto, porque, repítense, no es norma el caso de que un absuelto apele del fallo que lo exoneró de responsabilidad, aunque el evento en verdad puede presentarse, como por ejemplo, si para eludir el pago de los perjuicios causados, se pretende con la apelación que el superior confirme la absolución fundada en una causal de inculpabilidad (defensa punitiva), pero bajo la motivación de reconocer que la defensa fue legítima. Si el apelante fue sólo el absuelto o su defensor, para la Sala es claro que su situación no puede ser

desmejorada por el juzgador de segundo grado, porque si bien no tenía la condición de condenado a que alude la Constitución, si se dan, en su caso, los mismos presupuestos que justifican la prohibición.

"Una interpretación en contrario conduce al absurdo de que el condenado a 20 años, por ejemplo, no puede sufrir ni el más mínimo incremento punitivo si es apelante único, mientras que el absuelto, si también es único recurrente, sí puede ser condenado a cualquier pena, de conformidad con la resolución de acusación. Aceptar esto, sería admitir que el procesado absuelto puede tener interés legítimo en que se le condene, porque sólo así se podría entender su legitimación para recurrir, y esta afirmación es insostenible de acuerdo con los principios procesales y de cara al artículo 31 superior" (C. S. J., sentencia de doce de agosto de mil novecientos noventa y dos, Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz).

Por el contrario, la Sala ha proclamado que cuando el juez de primera instancia vulnera el principio de legalidad de las penas al imponer una de ellas por debajo del límite mínimo o por encima del máximo, la segunda instancia puede hacer la tasación punitiva en correspondencia exacta con el principio de legalidad y que, si para adecuar la pena ilegalmente impuesta es menester agravar la sanción inicialmente prevista, se puede hacer sin que en este caso exista violación del principio constitucional que se estudia. Al respecto se sentó este precedente:

"Encuentra la Corte que no obstante existir objetivamente un incremento punitivo, el Tribunal en sentido estricto no agravó la pena impuesta por el Juzgado Superior *a quo*, sino que ajustó la tasación punitiva a la normatividad aplicable según el fallo recurrido, en acatamiento al principio de la legalidad de la pena que forma parte principal de la garantía fundamental del debido proceso, consagrada en forma expresa y reiterada en la Carta (arts. 29 y 230)."

"En efecto, la juez... teniendo en cuenta que el delito por el cual hacia responsable al procesado era el de homicidio agravado con la circunstancia 1^o del artículo 324 del C. P., consciente del límite mínimo de la sanción prevista allí, con total desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 67 *ibidem*, según el cual el mínimo de una sanción prevista en la ley sólo es aplicable cuando concurren exclusivamente circunstancias de atenuación, sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 61 de la misma obra, optó por reducir, a partir de los 16 años de pena mínima para el delito, un año de prisión por cada atenuante genérico que halló probado en el acusado. El Tribunal Superior..., ante semejante distaste,

se limitó a restablecer el orden jurídico señalando —que no agravando—, la pena en los 16 años por ser la sanción mínima señalada en la ley, que como criterio vinculante en forma imperativa para dosificar la pena señala el artículo 61 C. P. con la expresión ‘dentro de los límites señalados por la ley’.

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

“Cuando la Constitución en su artículo 230 consagra la independencia del juez al disponer inequivocamente que: ‘Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley’, no les da una independencia tal que los coloque por encima o al margen de la misma. Es evidente que el juez debe aplicar el mandato legal, por ser la expresión de la voluntad soberana del Estado, tal como objetivamente lo reconoce él en el caso concreto, y no según su descrecionalidad.

“.....

“Resulta claro entonces que el artículo 31 C. N. al consagrarse la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico, pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de la legalidad. La pena cuya agravación se proscribe en esta disposición es la que resulta de una computación que consulte los principios elementales de graduación que suministra el legislador. La norma superior no puede indiscriminadamente cobijar todo evento de incrementación de pena cuando el apelante único sea el procesado, pues conservando el mismo rango de la que consagra la legalidad del delito y de la pena, principios universalmente reconocidos, ha de atemperarse para dejar a salvo tan esencial presupuesto de la justicia” (C. S. J., sentencia de julio 29 de 1892, Magistrado ponente doctor Didimo Pérez Velandia).

Así mismo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, contra el criterio expresado por la Corte Constitucional en una decisión de tutela, que los perjuicios no pueden ser considerados como pena y por tanto podrían ser aumentados en la segunda instancia sin que por ello pueda entenderse que se vulnera el principio constitucional que es objeto de estudio.

La Corte Constitucional en el fallo referido sostuvo:

"Pretensiones de carácter civil y penal.

"11. La ocurrencia de un hecho constitutivo de delito genera la posibilidad de ejercer acciones penales o civiles, bien sea conjunta o separadamente. El carácter independiente de las acciones legales no condiciona la existencia de una de ellas a la extinción de la otra. Sin embargo, cuando la acción civil se interpone en el curso de un proceso penal, esto conlleva consecuencias jurídicas para su ejercicio, siendo aplicable respecto a las pretensiones de la parte civil la limitante de la *reformatio in pejus*.

"No se produce la lesión del artículo 31 de la Constitución e indirectamente del 29, cuando existe una pretensión de signo contrario pero de igual naturaleza, ejercitada por las partes, como en el caso de que la parte civil solicite la condena y el condenado la absolución. De otra parte, la *reformatio in pejus* también se extiende a lo civil: Al juez o Tribunal de segunda instancia le está vedado decretar la responsabilidad civil que supere el límite de lo ya acordado en la primera instancia, sin obrar la correspondiente petición" (Corte Constitucional, sentencia de julio 29 de 1992, Magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero).

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en relación con el mismo tema pero en sentido contrario ha sostenido:

"Ya se dijo, en precedencia, que el Juzgado... impuso... ciento noventa y cinco (195) meses de prisión, pena privativa de la libertad que el Tribunal aumentó a doscientos siete (207) meses de prisión. Esta última tasación, así se muestre más técnica, debe reducirse conforme a lo preceptuado en el artículo 31 de la Constitución Nacional, reconocimiento que debe hacer la Sala aprovechando la oportunidad que depara la casación. Sobre el particular, en fallos anteriores y bien divulgados, se han ofrecido las razones para asumir esta competencia y no hay necesidad de repetirlos ahora.

"La Sala también ha indicado que, dentro de esta prohibición, no juega lo relativo a la indemnización. Por ello se mantendrá la intensificación que a este respecto determinó el Tribunal. También se conserva, por coincidencia de los fallos de 1^a y 2^a instancia, lo relacionado con la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas" (C. S. J., sentencia de mayo 14 de 1992, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

En la misma línea de pensamiento se ha expresado:

"Este dispositivo (art. 31 C. N.) por regla general está señalando como criterio el que se repudie de entrada la agravación de pena y por ello la jurisprudencia, fijando su contenido y alcance, ha señalado varias hipótesis, tales el revocar la condena de ejecución condicional concedida en la primera instancia, o convertir el fallo absolutorio pronunciado por ésta en uno de condena. Pero también ha tenido presente el no permitir que bajo tal prohibición se comprendan situaciones que no se avienen con la misma y que establecen una nítida distinción con la razón de ser que la anima, así lo relacionado con los perjuicios, a no ser que la modificación corresponda a una variante legítimamente introducida y de la cual dependía su dosificación, y, principalmente lo relacionado con la legalidad de la pena" (C. S. J., sentencia de octubre 30 de 1992, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

En el mismo sentido se ha dicho:

"Tampoco el incremento decretado en la segunda instancia respecto del quantum 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 vedá 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 delinquiente, 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" (C. S. J., sentencia de noviembre 11 de 1992, Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda).

De la misma forma esta Corporación ha sostenido que aún tratándose de apelante único, si se procede por delitos que por ley tienen el grado jurisdiccional de la consulta, la segunda instancia puede agravar la pena. En relación a esta temática la Corte dijo:

"Aunque no lo invoca el memorialista, tampoco le es aplicable el artículo 31 de la Constitución Nacional, pues si bien es cierto que la sentencia de primer grado fue recurrida

por el procesado..., el fallo debía ser consultado por mandato del artículo 19 de la Ley 2^a de 1984, es decir, el Tribunal Superior de Cali tenía plena competencia para revisarlo sin limitación alguna" (C. S. J., auto de 14 de agosto de 1991, Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz).

Sostiene esta Corporación en similar sentido:

"Tampoco tendrá operancia la norma constitucional cuando el fallo de primera instancia, por ministerio de la ley, tenga el grado jurisdiccional de la consulta, así haya sido recurrida por uno o varios procesados, ya que el superior adquiere competencia plena para revisar el fallo y tomar las determinaciones que juzgue pertinentes. De no ser ello así, bastaría al procesado interponer el recurso de apelación contra ella, aún sin tener interés jurídico para impugnarla, como sería el caso del absuelto, lo cual resulta contrario al ordenamiento legal. De aceptarse tal postura, desaparecería el grado jurisdiccional de la consulta, que en la misma norma constitucional se menciona como imperativo, en los casos contemplados por la ley.

"En el caso concreto, a los aquí procesados se les halló responsables del punible previsto y sancionado en la Ley 30 de 1986, artículos 33 y 38 y siendo la sentencia consultable al tenor del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal Superior de Santa Marta tenía plena competencia para revisar el fallo impugnado por los acusados y realizar la modificación introducida en su sentencia, por lo cual, ella resulta acorde con el mandato constitucional comentado y que el libelista impetrara para demandar la nulidad del fallo" (C. S. J., auto de agosto 14 de 1991, Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel).

En igual forma la Corte expresó:

"Frente a la normatividad de la nueva Constitución Nacional, esta Sala en varios pronunciamientos ha sostenido que el citado precepto constitucional sólo es aplicable a los casos en que la sentencia no tenga el grado jurisdiccional de la consulta, siempre que la sentencia sea recurrida por el condenado (entendido éste como un solo sujeto procesal, sin importar el número de procesados recurrentes), o su defensor y que sólo para los efectos de la libertad provisional, la Corte tendrá en cuenta la pena impuesta en el fallo de primera instancia, sin perjuicio de volver sobre el punto con ocasión del fallo de casación si hubiere lugar a él, o a que el juez de primera instancia, en firme el fallo, proceda a su reconocimiento en los términos del artículo 616 del Código de Procedimiento Penal, cuando se hallen reunidos los requisitos consagrados en la Carta.

"En el presente caso, la sentencia de primera instancia es consultable al tenor del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 14 del Decreto 1861 de 1989) ya que dicha disposición enseña que son consultables 'la sentencia y el auto de cesación de procedimiento, cuando el delito por el que proceda constituya infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, o se trate de delitos tipificados por el Gobierno con base en las facultades de estado de sitio o emergencia económica, o de delitos cuya investigación se atribuya por el ejecutivo a determinados jueces, con base en las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional'.

"El Decreto 1857 de 1989 (agosto 18) fue expedido por el Gobierno nacional con base en las facultades otorgadas por la Constitución Nacional y en el mismo (art. 4º) se atribuyó competencia a la Jurisdicción de Orden Público para investigar y juzgar las conductas tipificadas en los artículos 1º y 2º, es decir, el Tribunal Superior tenía competencia sin límite alguno para revisar el fallo impugnado y tomar las determinaciones que considerara pertinentes para el caso concreto" (C. S. J., auto de agosto 15 de 1991, Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas).

La Corporación igualmente ha fijado su criterio en cuanto a la expresión apelante único y ha entendido que tal exigencia se cumple así sea un número plural de apelantes, pero todos dentro de la misma órbita, es decir, procesados y defensores.

En relación con el tema se ha dicho:

"Si la sentencia no tiene el grado de consulta y solamente es recurrida por el condenado (entendido éste como un solo sujeto procesal, sin importar el número de procesados recurrentes), o su defensor, el superior no podrá agravar la pena que se le haya impuesto en el fallo de primera instancia, pues ello viola la norma constitucional antes transcrita" (C. S. J., auto de julio 31 de 1991, Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia).

En igual sentido se sostiene:

"Contrariamente a lo expuesto por la Delegada, considera la Sala que le asiste razón al peticionario cuando afirma tener el carácter de 'apelante único' pues, ha de tenerse como integrante de una de las partes dentro del proceso penal. El término 'condenado' que se emplea en el artículo 31 de la Constitución Nacional, debe entenderse como referido al sujeto procesal integrado por todos los acusados, sin im-

portar su número y, además, por todos los defensores debidamente reconocidos, es decir, que si varios acusados o sus defensores, recurren una sentencia, todos ellos tienen la condición ya dicha y el superior no podrá agravar la pena que se les impuso en el fallo de primera instancia, salvo las excepciones legales. Tampoco podrá hacerlo respecto de los procesados no recurrentes o que se les haya declarado deserto por ausencia de sustentación. Interpretar la norma en sentido distinto, sería tanto como limitar su aplicación a los asuntos en los cuales figure un solo procesado, lo cual resulta inadmisible" (C. S. J., auto de agosto 14 de 1991, Magistrado ponente Ricardo Calvete Rangel).

También ha considerado que se cumple con este requisito, cuando además de procesados y defensores, apela el agente del Ministerio Público pero con pretensiones defensivas, esto es buscando una absolución o una atenuación de cualquier género. En estas oportunidades la Corporación ha dicho:

"Solicita igualmente el Fiscal de la Corporación que se case la sentencia, para que se rebaje el aumento punitivo que se hizo en la segunda instancia, pues en primera se impuso pena de cinco años para el procesado... y en segunda se determinó una de seis años y medio. Y aduce que el hecho de que la Fiscalía hubiera apelado la sentencia de primera instancia no alcanza a desvirtuar la exigencia del artículo 31 de la Constitución Nacional de que se debe tratar de apelante único, porque, la apelación se hizo con finalidades eminentemente defensivas, puesto que pretendía la absolución de los procesados por la existencia de dudas de carácter probatorio.

"Razón le asiste al Procurador Delegado en su pedimento porque es evidente que la pena impuesta fue agravada por el Tribunal en segunda instancia y estando plenamente vigente el artículo 31 de la C. N., se hace imperativa su aplicación y por ello se casará parcialmente la sentencia tal como se solicita, para imponérsele la pena que fue determinada por el funcionario de primera instancia esto es cinco años de prisión y en la misma proporción deberán modificarse las penas accesorias en favor del procesado... Y evidentemente, en el caso presente, como muy bien lo advirtió el Procurador, a pesar de que la Fiscalía apeló el fallo de primera instancia, no por ello se desvirtúa la exigencia constitucional del apelante único, porque al haber sido interpuesto el recurso por la Fiscal para buscar la absolución de los procesados, se ha de entender como si proviniera de la defensa y por tanto existe en el caso sometido a análisis el apelante único como

exigencia normativa para que se pueda dar el evento que ahora es motivo de resolución" (C. S. J., auto de octubre 7 de 1992, Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas).

Por el contrario se ha dicho que no hay apelante único cuando además de los procesados y defensores apela el representante de la parte civil, buscando convertir una absolución en condena o el reconocimiento de una agravante o que se desconozca cualquier circunstancia de atenuación que afecte sus pretensiones resarcitorias. La Sala de Casación Penal ha dicho en casos donde tal temática ha sido tratada:

"Pero cuando el fallo de primera instancia es a la vez recurrido por el Ministerio Público o por el representante de la parte civil, así sus intereses jurídicos versen sobre puntos diferentes, no podrá decirse que el procesado tiene la condición de 'apelante único' y, en consecuencia, el superior podrá revisar el fallo sin limitación alguna y tomar las determinaciones que considere pertinentes, aún en contra de los intereses del procesado, como sería aumentar las sanciones y revocar las absoluciones decretadas y en su lugar declarar la responsabilidad de los acusados mediante el fallo condenatorio correspondiente" (C. S. J., auto de agosto 14 de 1992, Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel).

En el mismo sentido se ha sostenido:

"No comarto la Sala el criterio expuesto por el señor Procurador respecto de la consideración en el caso concreto, cuando afirma que el procesado ... debe ser considerado como único apelante, y, en consecuencia, favorecersele con la excarcelación demandada, mediante la declaración de haber cumplido la pena que se le impuso en primera instancia, por cuanto el Tribunal no podía aumentarle la pena ni modificarle su situación jurídica definida en el fallo recurrido por él, pues la impugnación presentada por la parte civil contra la misma decisión, por referirse a puntos distintos, no puede entenderse en forma desfavorable para las pretensiones del peticionario.

"Si se aceptara la postura, se llegaría al absurdo de que frente a un fallo mixto, es decir, con declaraciones diversas como ocurre en el presente caso, las partes deban ser vistas en forma independiente según sus propios intereses y, en cada materia considerárseles como recurrentes únicos cuando han manifestado su inconformidad con el fallo producido.

"Es lógico que frente a una sentencia condenatoria y absolutoria, los procesados condenados presenten su impugnación con el fin de obtener del superior, bien una absolución o una rebaja a la pena impuesta y, por otra parte, los absueltos

guardar silencio frente al fallo que les es favorable. Y la parte civil, impugnar el fallo para obtener la revocatoria de la sentencia en cuanto se refiere a la absolución decretada con el fin de garantizar los perjuicios en una forma más amplia. Cuando esto ocurre, el fallo debe considerarse recurrido por las dos partes en forma simultánea, sin que sea permitido afirmar que cada uno de ellos sea 'apelante único' aunque su inconformidad se base en puntos diversos contenidos en el fallo proferido" (C. S. J., auto de julio 31 de 1991, Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia).

También ha reconocido la Corporación que no se cumple el requisito del apelante único cuando el Ministerio Público apela buscando convertir una absolución en condena o tratando que se haga más gravosa la situación del procesado desde el punto de vista punitivo. En tales ocasiones la Corporación ha sostenido:

"La impugnación de las providencias judiciales corresponde a los procesados, a sus defensores, al apoderado de la parte civil y al Ministerio Público, en el régimen del anterior Código de Procedimiento Penal, y, en el actual, además por quien cumpla funciones de fiscal y esté llamado a intervenir en la causa de manera general o especial.

"Y esta intervención de protesta, que busca remediar una situación que se dice toma como indebida e insopportable en el respectivo proceso, se asume independientemente por cada una de esas personas intervenientes en el mismo, según los intereses que se representen y que se miren como afectados. De ahí que el recurso pueda aparecer introducido por una sola persona o por varios. La ley de procedimiento, con evidente tendencia acusatoria, ha señalado, en cuanto a la *reformatio in pejus*, que si se trata de una impugnación introducida por un procesado y/o su defensor o un grupo de procesados y/o sus defensores, o del Ministerio Público que busca el favorecimiento del procesado, ésta condiciona sustancialmente el ámbito de la decisión, al punto que no puede irse más allá de lo que con ella se pretendo, pues no es factible entender que el recurso se ha introducido, para desmejorarle sino para beneficiarle. En otras palabras, y en estas específicas circunstancias, la medida del recurso está dada por la medida propia de perjuicio. Pero la ley no ha dicho, en parte alguna, que sólo debe mirarse a este fin la participación del procesado o grupo de procesados para hacer predominar su voluntad sobre todas las demás partes que, inicialmente, cuentan con una posibilidad de participación idéntica, con muy semejantes atribuciones y facultades. Lo que ha dicho como restricción sólo aparece cuando la impugnación se desarrolla a expensas de un único procesado o de un

único defensor, concepción que la jurisprudencia ha llevado, plausiblemente, a un grupo de procesados, a un grupo de defensores de procesados, a unos y otros, y, al caso del Ministerio Público que asimila su pretensión a esta tendencia. Pero hasta allí llega el sistema procesal. Mas cuando ya interviene en este rol de protesta el Ministerio Público que procura agravar la situación del procesado, o el apoderado de la parte civil, o quien actúa en representación de la Fiscalía, ya el juez no está condicionado por la apelación pretendida por el procesado y/o su defensor, sino que adquiere una competencia de más dilatado alcance, actuación que sólo encontrará por límite máximo la pretensión del recurrente, evento en el cual aparece como legítimo el deterioro del tratamiento dado al sentenciado. Y la situación todavía avanza más, en este campo, hasta llegar a un facultamiento pleno e integral, cuando se trata del grado jurisdiccional de la consulta. De no ser así, la ley, y esto habría tenido que decirlo de modo claro y específico, consideraría al procesado y/o su defensor como dueño exclusivo de la apelación, uncida ésta en sus resultados a los exclusivos afanes y beneficios de quien a este título obra en el expediente penal" (C. S. J., sentencia de marzo 10 de 1993, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Luego de la anterior retrospectiva jurisprudencial sobre esta temática, se ha de concluir que el Tribunal Superior de Santiago de Cali no violó el principio constitucional de la *reformatio in pejus* al imponer penas que no habían sido consideradas por la primera instancia, en cuanto condenó al procesado a la prohibición de ejercer el oficio de conducir vehículos automotores por el término de un año y al pago de una multa, igualmente omitida en primer grado; y no infringió tal garantía porque el homicidio culposo, además de la pena privativa de la libertad, contempla las penas de multa y suspensión en el ejercicio de la profesión, arte u oficio (art. 329) y con la no imposición de ellas el a quo había vulnerado el principio de legalidad, lo que precisamente fue corregido por la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación citada en precedencia. En consecuencia, se rechazarán los cargos en este sentido planteados en las demandas.

También discrepa la Sala de las pretensiones de los recurrentes en cuanto al aumento de la cuantía de los perjuicios, efectuado en segunda instancia, porque como ya se había anticipado con las citas jurisprudenciales, esta Corporación ha considerado y sigue considerando que ellos no hacen parte de la pena sino que se trata de simples consecuencias civiles del delito y que por tanto no se encuentran dentro de la prohibición constitucional que en relación con ellos se pretende violada.

Puédese recordar que el delito es fuente de obligaciones y así expresamente lo contempla el C. C. en su artículo 2341 al establecer: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido".

De tal manera que por expreso ordenamiento legal queda perfectamente claro que los perjuicios ocasionados con una infracción legal no son más que simples consecuencias civiles de la conducta realizada por el ser humano y que doctrinalmente los civilistas han denominado como responsabilidad civil extracontractual.

Es tan clara la naturaleza civil, que no penal, de los perjuicios ocasionados con el delito, que su resarcimiento pueda pretenderse alternativamente por la vía civil o mediante el ejercicio paralelo de la acción civil dentro del proceso penal; ejercicio que es facultativo para la persona perjudicada patrimonialmente con la delincuencia, porque de su voluntad dependerá instaurarla o no; aunque es preciso reconocerlo, esta última parte ha sido modificada parcialmente por cuanto a partir del Código Procesal de 1987 se consagró la norma rectora del restablecimiento del derecho que se conserva en la actual normatividad procesal y que tiene una amplia reglamentación a lo largo y ancho de la codificación, que impone al juez, entre otras imperativas obligaciones, la de condenar en concreto en aquellos casos donde se hubieren producido perjuicios.

Es obvio que tales reformas legislativas no modifican los perjuicios en su naturaleza estrictamente civil; cualidad que los hace renunciables, desistibles, transigibles, y transmisibles, dentro de las características propias de cualquier otra obligación civil de carácter contractual o extracontractual.

En tales circunstancias mal puede pensarse que los perjuicios patrimoniales surgidos como consecuencia de una acción u omisión delictivas, pudieran ser considerados como pena, pues su naturaleza los hace completamente diferentes.

Es así como la pena surge como consecuencia de haberse vulnerado o puesto en peligro el bien jurídicamente tutelado; mientras que los perjuicios surgen como una consecuencia del delito por haberse ocasionado otro daño que regularmente surge de la vulneración del bien jurídicamente tutelado; así, en el caso del homicidio, el bien jurídico tutelado es la vida, mientras que el otro daño de carácter patrimonial que se produce con la supresión de la vida surge de los perjuicios económicos que sufren los familiares o allegados a nivel de daño emergente y lucro cesante, tales como los gastos hospitalarios, mortuorios y de todo género que se ocasionan como consecuencia de las lesiones mortíferas ocasionadas a la víctima y los ingresos que hacia el futuro se van a dejar de percibir de la fuente de producción económica que era el sujeto pasivo del delito de homicidio.

Al precisar tales conceptos se advierte con claridad que, una es la vulneración del bien jurídico tutelado, hecho del que surge como consecuencia la sanción penal; y otro el perjuicio sobreviniente al desconocimiento del bien jurídico tutelado, este ya de carácter patrimonial y por ello de naturaleza eminentemente civil.

Dentro de esta necesaria diferenciación entre pena y perjuicio, débese recordar igualmente que mientras la primera ha sido creada por una ley penal, el segundo tiene su origen y reglamentación en una ley civil.

Igualmente se debe destacar que el ejercicio de la acción penal es generalmente de carácter oficioso, excepcionalmente por iniciativa privada, y aún en estos casos, una vez se cumple el requisito de procedibilidad de la querella, el impulso posterior del proceso es fundamentalmente oficioso; en tanto que el ejercicio de la acción civil es facultativo y por ello renunciable, transigible, desistible y transmisible, con las características propias de las acciones que surgen de las obligaciones civiles.

Por la diversa naturaleza de los dos conceptos, la pena es de orden público y por ello de imperativa imposición; mientras que la condenación en perjuicios sigue siendo transigible, desistible y renunciable, a pesar de haber sido establecida como una obligación para los jueces penales en aquellos casos en que se hubiere demostrado la existencia de aquellos.

La pena es personalísima y por ello no puede proyectarse sobre los parientes del condenado; ni sobre ninguna otra persona, al contrario de lo que sucede con los perjuicios que por ser eminentemente civiles son transmisibles, porque hacen parte del universo patrimonial y por tanto se proyectan sobre los herederos del condenado, como una parte muy importante del pasivo del patrimonio que recibe sucesivamente.

A pesar de haberse admitido por diversas motivaciones y justificaciones que el ejercicio de la acción civil puede adelantarse paralelamente a la penal —básicamente por economía procesal y para evitar fallos contradictorios—, la ley, la jurisprudencia y la doctrina han sido uniformes en precisar que por ese hecho, la acción civil no pierde sus características y que por tanto sigue siendo fundamentalmente la vía para la obtención de una pretensión esencialmente privada; que su ejercicio en el proceso penal, en los aspectos no expresamente regulados en la ley, deberá regirse por la normatividad procesal civil. Por ello, en su reglamentación, el Código Procesal Penal hace frecuentes remisiones al Código Procesal o al Código Civil, tal como ocurre en los artículos 41, 43, 44, 46, 52, 54, 55, 57, 58, 62, 153, 221.

En estos términos se ha venido reconociendo que, pese a su ejercicio paralelo con la penal, sigue conservando su estructura privada y por tanto sus características.

Igualmente la jurisprudencia y la doctrina de manera casi que uniforme han venido precisando la competencia de la parte civil dentro del proceso penal y han determinado que su actuación es limitada y restringida únicamente y exclusivamente a su pretensión resarcitoria; por ello se ha definido que escapa a su competencia la interposición de recursos destinados por ejemplo a evitar que se conceda una libertad ya otorgada, o a obtener la agravación de la pena, cuando se ha tasado de una manera disminuida, siempre que no se afecten sus pretensiones resarcitorias, por ausencia de interés legítimo para ello.

Es tan clara la naturaleza civil, que no penal, de los perjuicios que como bien se sabe la primera surge de la realización de una conducta activa u omisiva que ocasiona perjuicios al patrimonio de otra persona; y es indiferente para el surgimiento de la responsabilidad civil extracontractual que dicha conducta sea delictiva o no; por ello, cuando se consagran los efectos de la cosa juzgada penal, el artículo 57 del C. de P. P. dispone que cuando el cese de procedimiento o la sentencia absolutoria hubieren tenido como causa que el hecho originario del perjuicio no se realizó, o que el sindicado no lo cometió, o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa, "...la acción civil podrá intentarse en proceso separado al igual que la responsabilidad del tercero civilmente responsable".

Lo anterior indica que en estos casos a pesar de producirse decisión absolutoria de carácter penal, no por ello el autor de la conducta queda relevado de su responsabilidad extracontractual; porque en definitiva debemos entender que ésta surge de la actividad del ser humano por medio de la cual se ocasiona un perjuicio al patrimonio de otra persona, independientemente de que la conducta sea ilícita o no, porque como se vio con la norma citada en precedencia el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la conducta puede pretenderse aún sin la previa existencia de la responsabilidad penal, y aún en aquellos eventos en los cuales se haya ejercido la acción civil de manera paralela. Esto es lógico, porque en las cuatro situaciones previstas en el artículo comentado, hay lugar al cese del procedimiento por la inexistencia del hecho, por ausencia de autoría o por ausencia de antijuridicidad en la conducta por haberse actuado en legítima defensa o en cumplimiento de un deber; y a pesar de no tener lugar la responsabilidad penal, de todas maneras sigue subsistiendo la posibilidad del resarcimiento de perjuicios, porque a nivel de responsabilidad extracontractual no importa que haya delito, sino una conducta con la cual se hayan proferido perjuicios al patrimonio de otra persona y de allí, que sólo cuando se presenta fuerza mayor o caso fortuito —dentro de la perspectiva civil— surge la irresponsabilidad civil.

Como un final argumento a la no identidad entre perjuicios y pena, ha de recordarse el contenido del artículo 109 del C. P. en el que se dispone que las causas extintivas de la punibilidad, no comprenden las obligaciones civiles derivadas del hecho punible.

En las condiciones precedentes se ha de concluir que fenómenos como la prescripción de la pena, o la muerte del procesado, para no citar sino algunas de las causas que extinguen la punibilidad, no comprenden las obligaciones civiles derivadas del delito, porque si, como se ha dicho, las obligaciones surgidas de la ilicitud son transmisiones, es evidente que la muerte del procesado extingue la punibilidad porque es imposible ejecutar la pena, pero ello no es obstáculo para que la obligación civil se transmita sucesoralmente a quienes heredan el patrimonio en su integridad, con los activos y los pasivos.

Es forzoso entonces concluir que si la condenación en perjuicios, sean estos materiales o morales, no hacen parte de la sanción penal, es perfectamente posible que en segunda instancia se puedan incrementar, sin que ello permita predicar la vulneración del principio constitucional que es motivo de este comentario. En tales condiciones el cargo relacionado con este aspecto deberá ser rechazado.

Cuando el recurso hubiese sido interpuesto únicamente y exclusivamente en relación con el monto de los perjuicios y la cifra de los mismos indique la existencia de interés para recurrir, de conformidad con lo regulado en el artículo 221 del C. de P. P. que establece:

"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, sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos".

Y mencionada la temática anterior es prudente que de una vez se haga relación a los cargos formulados en la demanda del defensor en el numeral segundo del libelo y en la demanda interpuesta por la representante del Ministerio Público en los numerales 3.2, 3.3. y 3.3.2., porque el Procurador Delegado propone que, como ellos hacen relación exclusivamente al monto de los perjuicios y la cuantía de éstos no llega a la suma señalada por la ley como interés para recurrir, la Corporación no entre a conocer de tales cargos.

Discrepa la Sala del criterio expuesto por el Procurador Delegado, puesto que la previsión del artículo 221 del C. de P. P. existe para efectos de delimitar la competencia de la Corte en el recurso extraordinario cuando la demanda interpuesta por cualquiera de las partes versa únicamente sobre la indemnización de los perjuicios, sin que importe en este caso si la penalidad del delito juzgado es igual o superior a los cinco años, caso en el cual la demanda deberá ser concretada dentro de las causales señaladas en el C. de P. C. para el recurso extraordinario de casación.

Es de entender que cuando la penalidad del delito por sí sola da la competencia a la Sala de Casación Penal, es perfectamente posible no solo que se ataquen todos los aspectos del fallo impugnado, así estos tengan relevancia con los perjuicios.

Es decir que, en relación con el tema se deben distinguir dos situaciones:

1. Cuando se da de manera concreta la hipótesis legalmente prevista en el artículo 221, caso en el cual el recurso de casación fue interpuesto, por cualquiera de los sujetos procesales, exclusivamente en relación con la indemnización de perjuicios, en cuyo caso, para que la Corte adquiera competencia, será preciso que la cuantía para recurrir sea igual a la señalada para la casación civil y la demanda deberá elaborarse de conformidad con las causales expresamente previstas en aquel ordenamiento. En este caso no tendría relevancia que el delito que motiva el recurso extraordinario tuviera pena inferior a cinco años.

2. Cuando el delito que motiva el recurso extraordinario reúne los requisitos exigidos para la casación penal ordinaria, esto es que se trate de sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal y que el delito que motiva el recurso tenga señalada una pena de cinco años o más de pena privativa de la libertad, como ocurre en el caso que se analiza, el censor podrá atacar la sentencia en los aspectos que a bien tenga, incluidos los perjuicios, sin que en tales circunstancias sea menester que la cuantía de aquellos coincida o sea inferior a la señalada por el legislador como interés para recurrir en casación en el proceso civil. En este caso la censura deberá orientarse bajo el amparo de las causales de la casación penal.

Lo anterior es entendible porque, por su carácter de extraordinario, el legislador ha querido limitar el número de procesos que tengan oportunidad de este recurso, para que el Tribunal de Casación tenga el tiempo de reflexión suficiente en relación con los delitos de mayor importancia, habida cuenta de la cantidad de pena señalada o de las considerables cifras que representen la cuantía de los perjuicios ocasionados, para que de esta manera se pueda cumplir con los fines señalados legalmente al recurso extraordinario, esto es: "...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".

Por ello en cumplimiento de tales finalidades el nuevo estatuto procesal consagra la casación discrecional cuando sea pertinente para garantía de los derechos fundamentales y el desarrollo de la jurisprudencia.

No observa la Sala ningún inconveniente de carácter legal que se oponga a que el censor en una demanda de casación en la que el delito tiene pena privativa de la libertad de cinco años o más, pueda, como en este caso, cuestionar la vulneración del principio constitucional de la *reformatio in pejus* y, además, reprochar la violación de sus derechos por una ilegal tasación de los perjuicios, porque como

se dijo con anterioridad, la finalidad que justifica la existencia de esta norma es la de señalar un límite para la competencia de la Corte Suprema en relación al recurso extraordinario, cuando la pretensión del recurrente tenga como único objetivo el monto indemnizatorio.

Lo anterior porque si, como ya se ha dicho, los perjuicios son una consecuencia civil del delito, lo lógico es que lo relacionado con su trámite, que no esté previsto en la norma procesal penal, se ríta de conformidad con la legislación de procedimiento civil, porque contraría la lógica jurídica, que siendo una pretensión eminentemente de derecho privado, derivada del delito, se pudiera interponer el recurso de casación en materia penal para cuestionar unos perjuicios en cuantía inferior a la indicada como interés para recurrir en casación civil; o que excediendo dicha cifra no se pudiese recurrir en casación en el proceso penal porque el delito que motiva los perjuicios tiene una penalidad inferior a cinco años.

Estas son las razones por las cuales se discrepa de manera respetuosa del criterio que en sentido contrario expusiera nuestro colaborador del Ministerio Público y que por tanto llevarán a la Sala a conocer de los cargos que aparecen en ambas demandas en relación con la cuantía de los perjuicios.

Es evidente que el cargo formulado por la representante del Ministerio Público no corresponde a un error de hecho, porque éste se concreta en la decisión judicial cuando:

a) Se infirma o desconoce la existencia de la prueba que fue allegada o producida en el proceso de manera legal.

Y esta forma de error no ha podido ser la cometida puesto que el hecho de haber condenado a perjuicios por esa suma, nos indica que sí fue tenida en cuenta.

b) Cuando se tergiversa su alcance o expresión fáctica y es evidente que el juzgador no la tergiversó puesto que la aceptó en su integridad, y.

c) Cuando se supone o imagina una prueba que no existe y ésta tampoco podría predicarse porque la evidencia de su existencia no deja lugar a dudas.

Si se consideran algunas de las argumentaciones del recurrente se concluye que ha debido orientar su ataque por la perspectiva de un error de derecho, por haber apreciado una prueba que viola sus propios ritos de formación.

Se motiva así la censura: "El dictamen en el que se valoraron los perjuicios materiales, como puede advertirse, carece de los más elementales fundamentos contables..."

"Erró pues, el Tribunal, al considerar el dictamen pericial en el que se evaluaron los daños materiales, pues le dio alcances a una prueba cuyo contenido representaba adiciones falsas o inadmisibles...".

"Si la liquidación que la perito hizo, parte de supuestos errados y llega a conclusiones ligeras e inadmisibles, no puede bajo ningún aspecto otorgarle el valor de plena prueba...".

Como es sabido, por el principio de limitación, la Corte no puede corregir, adicionar o complementar las demandas en sus errores y omisiones y por tal razón se desechará el cargo.

En su demanda, la defensa plantea un segundo cargo por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por infracción directa, porque a posar de haber seleccionado adecuadamente la norma aplicable al caso (art. 106 del C. P.) le reprocha que se haya equivocado en cuanto al límite legal de su facultad para señalar la indemnización, al no haberla fijado en mil gramos oro sino en dos mil.

Por su parte, la demanda de la representante del Ministerio Público acusa la sentencia por haber hecho más gravosa la situación de la parte que apeló, de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 368 del C. de P. C., en cuanto en segunda instancia fueron incrementados los perjuicios morales a dos mil gramos oro, cuando en la primera habían sido señalados en quinientos gramos oro.

Considera que con tal decisión se transgredió el principio consagrado en el artículo 357 del C. de P. C. de la *reformatio in pejus* "pues siendo la parte que debe cancelarlos la que apeló, fue a ella a quien se le hizo más gravosa la condena por haberse incrementado cuantitativamente".

Desde el punto de vista técnico se debe precisar cuál es la vía apropiada para censurar el aumento de la cuantía de los perjuicios morales cuando el apelante es precisamente quien debe cancelarlos, porque se observa que mientras el defensor orienta la impugnación por la violación directa de la ley sustancial por haber excedido la condena los límites cuantitativos previstos para la indemnización de los perjuicios morales, la señora representante del Ministerio Público se ubica dentro de las causales de casación del procedimiento civil y formula el ataque por haberse vulnerado la norma según la cual no se puede hacer más gravosa la situación del apelante.

La acción civil, como se ha reconocido a lo largo de esta decisión, puede ser ejercida paralelamente a la penal, situación que la convierte en accesoria, cuya justificación política es la búsqueda de la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito; por ello, su trámite debe ajustarse a las provisiones del C. de P. C., y en los aspectos que éste no regule, se integran las disposiciones del C. de P. C.

Pero uno y otro tema están específicamente delimitados por la ley y es imperativo para el juez someterse a sus precisiones; por ello, como en el caso actual se desbordan los límites establecidos por la norma legal para los perjuicios morales es obvio concluir que se viola el principio constitucional de legalidad y se incurre, como acertadamente lo propone la parte civil, en un quebrantamiento directo de la ley sustancial.

En las condiciones analizadas en precedencia se casará el fallo impugnado en relación con el punto tratado y en su lugar se decidirá que en cuanto a la determinación de los perjuicios morales, su valor será el máximo previsto legalmente, es decir, mil (1.000) gramos oro.

Un tercer cargo postula el defensor, por la presunta violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 823 del C. de P. P., el cual considera "norma jurídica inequivocamente aplicable al caso *sub judice*".

Luego, el demandante pasa a argumentar que dentro del proceso existía un bien embargado y que por eso la Corporación de segunda instancia no podía señalar un término para el cumplimiento de las obligaciones resarcitorias.

Sobre ese punto, el censor hace relación a la norma del código anterior que en la parte pertinente decía: "Cuando existan bienes secuestrados, decomisados o embargados, que garanticen la indemnización, no se fijará término para la reparación de los daños".

Considera la Sala, contra el criterio del Procurador Delegado, que este cargo se encuentra bien planteado, porque, de tener fundamento la pretensión, estaríamos en presencia de una infracción directa de la ley sustancial por falta de aplicación, mencionada por el censor como ignorancia de la norma; pues la diferencia gramatical no modifica el correcto sentido de la impugnación.

Por el contrario, comparte la Sala la apreciación de su distinguido colaborador cuando afirma que no le asiste razón al impugnante para decir que el bien se encuentra embargado; manifestación que resulta inexacta porque, como él mismo lo acepta y como se destacó en el resumen de la actuación procesal, el auto por medio del cual se decretó el embargo de la cuota hereditaria correspondiente al procesado en la sucesión de su padre fue revocado por decisión del Tribunal Superior, luego el bien no estaba embargado por cuenta de este proceso; y el hecho de que después de la revocatoria del embargo no se hubieran librado las comunicaciones necesarias con destino a la oficina de instrumentos públicos, en nada afecta lo anteriormente declarado, esto es, que el bien no estaba embargado en este proceso.

En las anteriores condiciones, no se puede hablar de una vulneración directa de la ley sustancial por falta de aplicación de la norma que era aplicable al caso; en consecuencia, dentro de las facultades

legales del juzgador de segunda instancia estaba la de imponer al procesado un término para el cumplimiento de sus obligaciones resarcitorias, aspecto este que tiene trascendental importancia, para efectos de mantener en suspenso el subrogado concedido de la condena de ejecución condicional.

Por tales consideraciones, y tal como lo solicita el Procurador Delegado, se rechazará el cargo formulado por la defensa.

El apoderado del sentenciado plantea otros dos cargos al amparo de la causal primera, por la presunta violación indirecta de la ley sustancial, por haberse cometido un error de hecho por falso juicio de existencia, y por la precariedad en la valoración de las pruebas.

El falso juicio de existencia se hace consistir en haberse ignorado varias pruebas: La declaración de José Manuel Alonso Jiménez quien aceptó haber atacado el vehículo conducido por el procesado, la diligencia de inspección judicial en la que se evidenció que el vehículo tenía el vidrio quebrado y unas abolladuras causadas con piedras en el lado izquierdo del mismo; y las fotografías aportadas por la defensa en las que se aprecian la abolladuras ocasionadas al vehículo conducido por el procesado.

Sostiene el censor que de tales medios de convicción es dable concluir "sin asomo de duda alguna que en el momento de cruzar Sossa Salas la esquina del Club Tequendama fue atacado por su izquierda lo que llevó a tomar la zona verde como franja para evitar el ataque, con la consecuencia funesta conocida; corroborándose en esta forma su versión y demoritándose la de quienes se quieren colocar como simples viandantes que se desplazaban por su derecha y que se dice fueron agredidos con la impulsión del automotor en contra de sus integridades".

También se refiere el censor a dos inspecciones judiciales en las que en su criterio se atribuye como causa del accidente fatal el ataque de que fue objeto el procesado.

Deduce el impugnante que como en la providencia impugnada no se alude a estas pruebas, ni da razones de su omisión se viola de esta manera el principio de integridad de la prueba y se ignora la existencia de la duda razonable.

Convieno recordar que de acuerdo a reiterada y uniforme tesis de esta Corporación, las decisiones de primera y segunda instancia forman una unidad inescindible, y por ello deben entenderse complementarias en sus apreciaciones probatorias y considerativas. Esta discrepancia porque si bien el fallo atacado es el de segunda instancia, no quiere decir que las apreciaciones que aparecen en el de primera no tengan incidencia en lo finalmente decidido, precisamente por la conformación de esta unidad que ha venido siendo reconocida por la jurisprudencia de la Sala.

Precisado lo anterior es indispensable declarar que no le asiste la razón al censor cuando habla de la presunta existencia de un error de hecho por un falso juicio de existencia, por el desconocimiento o falta de apreciación del testimonio de José Manuel Alonso Jiménez en relación con el reconocimiento que hizo de haber atacado el vehículo conducido por el procesado y también por la omisión en la apreciación de las inspecciones judiciales y de las fotografías aportadas por la defensa demostrativas del ataque de que fue objeto Sossa Salas. Y se reitera que no le asiste la razón porque si se observa la providencia de primera instancia a folio 603 aparece un resumen de la declaración de Jiménez, hecho demostrativo de que el testimonio no fue ignorado y, además, en la parte considerativa se analizan los hechos relativos al ataque presuntamente sufrido por el procesado. En relación con este tema la providencia de primera instancia afirmó: "Analizada la versión del procesado y las fotos de los daños que según él le causaron a su vehículo, observamos que fueron a un costado, o sea lado izquierdo lo que nos indica que el presunto ataque que dice recibió no fue de frente como sería lo lógico es decir que los que hicieron los lances estaban a un lado; o sea que tenemos dos situaciones o los costados estaban de frente o estaban de lado; si estaban de frente era una imprudencia querer pasur por encima de ellos sin recibir un ataque, si iban por un lado perfectamente podría pasar sin necesidad de subirse a la zona verde".

Por si lo anterior resultara insuficiente, tómese en cuenta que en la providencia de segunda instancia se hace un pormenorizado análisis de los diversos medios de convicción, en donde se acepta la existencia del enfrentamiento entre el procesado que conducía el automotor y los contendores a quienes trató de atropellar, restándole credibilidad a los testigos que avalan la versión del implicado y cuestionando el ataque del que éste dice fue víctima; por ello el proveído afirma: "Ahora si, descartando el ataque leve y violento, pertinente e imperioso deviene concluir en su intención y propósito inequívoco de ultimar o lesionar con su vehículo, a los que allí se encontraban, concretamente a los hermanos Alonso Jiménez (con uno de los cuales por lo menos había tenido un enfrentamiento antes de salir del establecimiento) y muy posiblemente a su muy amigo Alvaro Edmundo Castro Estrella quien había sido el promotor de la reyerta; y respecto a quienes por esas razones (de provocación) así como por la intolerancia emocional por él (procesado) reconocida en la experticia siquiatrística —fl. 497— (donde aceptó ser un hombre "rencoroso con los que le hacen algo") no podía controlar la animosidad que le embargaba".

Y más adelante agrega: "Es que, si no se mira y evalúa la prueba en su verdadera y real dimensión, se termina como ellos aceptando que la versión cierta es la del ataque leve y violento y entonces, necesaria e imperiosamente en la dilucidación definitiva de la responsabilidad en el caso fortuito; en la medida que el atacado, así abruptamente sorprendido no tuvo otro camino que lanzarse al lado opuesto (al derecho)

para no atropellar y además superar el impasse, con lo que, fortuitamente atropelló el derecho ajeno".

Con las consideraciones realizadas en precedencia se demuestra que ni el testimonio fue omitido, ni tampoco las fotografías, pues fueron debidamente reseñadas, sino que el juzgador de instancia haciendo un análisis global del acervo probatorio concluye que debe ser descartado el ataque que fue planteado por el procesado y no le da credibilidad a los testimonios que lo avalan.

Es decir que en relación con esta temática, en realidad se trata de enfrentar el análisis probatorio del defensor con el que en su momento hicieron los juzgadores de instancia y es bien sabido que este tipo de argumentaciones carece de validez en el recurso extraordinario de casación; de allí que, como lo solicita el Procurador Delegado, se habrá de rechazar el cargo formulado.

El actor termina haciendo una serie de consideraciones que titula como *precariedades en la valoración de la prueba, por fuera de las más elementales reglas de la técnica*, porque se limita a presentar argumentos de carácter general, sin concretar el cargo en una prueba determinada, y sin demostrar la incidencia que los supuestos yerros de apreciación hubieran podido tener en el fallo que es motivo de cuestionamiento.

Tal como lo solicita el Procurador Delegado el cargo debe ser igualmente rechazado.

En las condiciones anteriores se casará parcialmente la sentencia en lo que se refiere a la violación del principio de legalidad, al quebrantarse de manera directa la ley sustancial al imponerse la suma de perjuicios morales en cuantía superior al máximo legal.

Son suficientes las consideraciones formuladas en precedencia para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Casar parcialmente la sentencia censurada, en el sentido de revocar el aumento que desbordó el máximo de la cuantía de los perjuicios morales que hizo la segunda instancia; en consecuencia, ellos quedan tasados en mil (1.000) gramos oro.

No casar la sentencia en lo demás.

Cópiese, notifíquese y cumplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Sáavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / CASACION DISCRECIONAL / CASACION OFICIOSA

La nueva ley de procedimiento penal ha regulado el recurso de casación con evidente amplitud dentro de la cual son rasgos característicos el de admitirla para los delitos conexos que no reúnen con el principal las exigencias de gravedad de pena, autorizarla excepcionalmente para toda sentencia de segunda instancia cuando del desarrollo de la jurisprudencia o la salvaguarda de las garantías fundamentales lo aconsejen, autorizar la formulación de cargos entre sí excluyentes a condición de su presentación separada y subsidiaria, la ampliación de la eficiencia de la Corte a los casos de violación de garantías fundamentales, facilitando inclusiva la presentación y trámite de la demanda en la propia sede del Tribunal de origen. / Si dentro del principio de finalización que rige el recurso extraordinario (art. 223 del C. de P. P.), la Corte está inhibida para considerar causales de casación que el censor no haya propuesto, será evidente que al abstenerse de invocarlas, el memorialista ha dejado a la Sala la imposibilidad de darle una respuesta de fondo, y afrontada al rechazo in limine de su informal escrito, como a la descripción de su recurso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.

Aprobado Acta número 057.

Vistos:

Decide la Sala si las demandas de casación presentadas a nombre de los procesados *Martha Helena Riaño Márquez y Ejraín Mónaco Rodríguez*, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de noviembre de 1992, mediante la cual confirmó la de condena que por

el delito de falsedad produjo el Juzgado Trece Penal del Circuito de la misma ciudad en contra de los acusados, reúnen los requisitos que la ley exige para su admisibilidad.

1. El contenido formal de las demandas:

1.1. El escrito que presenta el defensor de la acusada Riaño Méndez se sujeta a los requisitos previstos en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, pues conseguida de la presentación sucinta de los hechos materia de controversia, la síntesis de la actuación procesal y la identificación del fallo que se recurre, con alusión de los intervenientes procesales, el recurrente concreta en dos cargos separados claros y precisos reparos bajo el amparo de la violación directa de las normas sustanciales de los artículos 220 y 222 del Código Penal, terminando por concretar su petición encaminada a la casación de la sentencia de segundo grado para que en su lugar proceda la Corte en el sentido que autoriza el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal.

1.2. No sucede lo mismo con relación al escrito de demanda que en nombre propio allega el procesado Elrain Méndez Rodríguez, invocando su calidad de abogado inscrito, porque desatendiendo las precisas formas impuestas en la ley de procedimiento, hace en él caso omiso de la identificación de las partes intervenientes en la actuación, desestima la presentación de los hechos sobre los cuales recae el debate y de la actuación procesal que precedió a la sentencia, pero ni siquiera menciona la causal de casación a la cual se atiene para la formalización de su reclamo, limitándose simplemente a afirmar que el juzgador de primera instancia tan solo se basó en suposiciones para aseverar que como imputado conoció el contenido de los documentos que la coacusada llevó a la Notaría, cuando en verdad ni preguntó ni se enteró sobre los mismos, y que otro tanto ocurrió al suponerle amistad con el empleado de la Notaría a quien ni siquiera conoce, proponiendo que mientras no se pruebe lo contrario sus afirmaciones deben tenerse como valederas.

"Ya expliqué en la indagatoria —añade el libelo—, que me ha visto relacionado en este caso por la amistad tan estrecha que me une de tiempo atrás con la familia Riaño, razón por la cual Martha Elena Riaño llegó a mi oficina situada a cinco cuadras de la Notaría, desde allí la acompañé a pie hasta cerca a la Notaría sin entrar a ella. La juez sin ningún indicio, declaración y mucho menos prueba, afirma en su parte motiva que yo entré y presenté e influyó con el empleado notarial señor Carlos Alberto Lozano para conseguir lo que se proponía Martha Elena Riaño, todo esto sin ningún soporte legal pues tanto el empleado como Martha Elena Riaño han confirmado categóricamente que yo no

entré a la Notaría y además el señor Carlos Alberto Lozano ha dicho con toda firmeza que él no me conoce....".

"En cuanto al cheque prestado a Martha Elena Riaño no es cierto, como lo afirma la señorita juez que yo negara tal hecho, ya que a mí nunca se me preguntó ni en la indagatoria ni en ninguna otra ocasión, si le había prestado dinero a Martha Elena Riaño, pues si así hubiera sido habría contestado que muchas veces le había prestado dinero a ella y a sus familiares, valores que siempre me devolvieron con exactitud.

"Otra cosa fue que cuando posteriormente me presentaron el cheque inmediatamente lo reconocí y expliqué al investigador que lo había girado cumpliendo las instrucciones de Martha Elena Riaño, sin preguntarle por qué debía girarlo así, y de acuerdo al artículo 35 del Código de Procedimiento Penal '*nadie puede ser penado por un hecho punible, si no es realizado con dolo, culpa o preterintención*'.

"Este es todo el acervo probatorio en mi contra con que la señorita juez de primera instancia sustenta su sentencia; presume, sin ninguna prueba. En cuanto al juez de segunda instancia no hace sino confirmar lo dicho por lo anterior sin aportar nada nuevo. Respetuosamente ruego a su señoría tener en cuenta la falta absoluta de prueba en mi contra y si esto no fuera suficiente aplicar el principio '*in dubio pro reo*' la órda favorice al sindicado, como lo establece el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal".

Como remate de esta alegación, solicita el actor que la Sala revogue la sentencia proferida en su contra, y en su lugar se le favorezca con la absolución.

2. Consideraciones de la Corte:

No resulta discutible aceptar que la nueva ley de procedimiento penal ha regulado el recurso de casación con evidente amplitud, dentro de la cual son rasgos característicos el de admitirla para los delitos conexos que no reúnen con el principal las exigencias de gravedad de pena, autorizarla excepcionalmente para toda sentencia de segunda instancia cuando del desarrollo de la jurisprudencia o la salvaguarda de las garantías fundamentales lo aconsejen, autorizar la formulación de cargos entre sí excluyentes a condición de su presentación separada y subsidiaria, la ampliación de la oficiosidad de la Corte a los casos de violación de garantías fundamentales, facilitando inclusive la presentación y trámite de la demanda en la propia sede del Tribunal de origen.

Sin embargo y al conservarle a esa impugnación su carácter de recurso extraordinario, y a diferencia de la libertad de formas que caracteriza las instancias, mantuvo para la presentación de la demanda la exigencia de precisos requisitos de forma condicionantes de su admisibilidad, que acordes con el principio de limitación que también caracteriza este recurso, imponen al censor la ineludible e irreemplazable obligación de identificar el proceso dentro del cual se centra el debate mediante el señalamiento de los hechos, la actuación, las partes y el fallo que se acusa, puro ante todo y de inequívoco la causal o causales de casación que se invocan y dentro de las cuales se va a centrar la acusación, expresando de modo claro y preciso los motivos en los cuales se funda esa proposición y rematando, previa indicación de las normas violadas y del concepto de esa transgresión, con la solicitud expresa dentro de la cual se concreta su *petitum*.

Ninguno de estos requisitos atiende el informal escrito que presenta el acusado doctor Méndez Rodríguez, de modo que no otra solución permite que la de su rechazo prematuro, pues tal es la sanción que para el incumplimiento de esa carga fija el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

A esta inexorable conclusión se llega al observar que sin llegar siquiera a la identificación de los hechos del debate, la actuación la sentencia que acusa ni las partes que participan en el procedimiento, jamás precisa el censor cuál de las taxativas causales de casación es aquella que acude al enderezar su queja, omisión que mucho menos salva al adentrarse en sus críticas a la fundamentación de los fallos que le afectan, pues en ella se limita a la simple y genérica tarea de oponer razones personales frente a algunas de aquellas que sirvieron de asidero a la condena.

Si dentro del principio de limitación que rige el recurso extraordinario (art. 228 del C. de P. P.), la Corte está inhibida para considerar causales de casación que el censor no haya propuesto, será evidente que al abstenerse de invocarlas, el memorialista ha dejado a la Sala en la imposibilidad de darle una respuesta de fondo, y afrontada al rechazo *in limine* de su informal escrito, como a la deserción de su recurso, decisión no extensiva al caso de la primera demanda comentada, que por su presentación correcta tendrá que aceptarse.

Con base en las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Primero: Admitir la demanda de casación presentada a nombre de la acusada Martha Elena Riaño Márquez, disponiendo como consecuencia su traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal para lo de su cargo.

Segundo: Rechazar *in limine* la demanda de casación presentada en su propio nombre por el acusado Efraín Méndez Rodríguez.

Declarácase por lo tanto la deserción del recurso extraordinario por él mismo impetrado.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

*Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Culcote Rangel, Jorge Carreño
Lauengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Pérez Ven-
tandio, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Id.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CONFESION / PENA / REBAJA DE PENA

1. En el anterior estatuto no bastaba que el acusado durante su primera versión aceptara los hechos imputados e informara sobre sus pormenores. Además sus palabras debían ser el fundamento de la sentencia, entendiéndose a la hora de ahora que ésta es una reiteración innecesaria, pues es obvio que la admisión de los hechos debe tener la suficiente relevancia para el pronunciamiento judicial. Por esta razón se eliminó tal requisito en la codificación vigente al inferirse que dicha exigencia continuaba marcando la directriz de la figura. No hay razón, por tanto, para la aplicación del principio de favorabilidad al guardar las dos normas identidad conceptual y jurídica. En el nuevo compendio esta última exigencia desapareció, siendo suficiente que el actor admita el suceso criminoso para ser favorecido con la amonestante. Sin embargo, es de atender que se trata de la confesión simple y no de la calificada pues lo que premia el Estado es la contribución que se haga para el esclarecimiento del suceso prohibido y no una simple maniobra del interesado que busca su desfiguración, acogiendo en parte —pero siempre a su favor— la conducta endilgada. Con esta actitud, el panorama procesal se ve enterpecido, debiendo realizar los falladores un mismo esfuerzo para decantar las versiones.

/ 2. La individualización legal de la pena es la fijación taxativa de los mínimos y máximos por el legislador. Por ello antes de fijar la definitiva de acuerdo con los criterios del artículo 61 del C. P., el fallador ha de establecer los límites que le señala la ley para saber de dónde partir y hasta dónde llegar en el proceso de individualización judicial que le corresponde.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia M.

Aprobado Acta número 53.

Vistos:

Decide la Corte sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor de los encartados *Martin Alberto Vergara Osorio* y *Gamel José Flórez Obando*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga que confirmó en lo fundamental el fallo dictado por el Juzgado Segundo (2^o) Penal del Circuito de Sevilla (Valle), que condenó a los procesados como responsables de un delito de hurto calificado, rebajándole la pena impuesta a treinta y seis (36) meses de prisión y ordenando que el pago de perjuicios debía hacerse a favor de José Vacares y que debía procederse a la devolución de los bienes incautados a favor del mismo.

Corrido el traslado de ley, la Delegada solicita casar la sentencia impugnada.

Hechos:

La síntesis pertenece al Tribunal. Su identificación plena con lo ocurrido merece la cita correspondiente:

"Del almacén y compraventa 'Continela' situado en la calle 8^a números 15-55 y 15-57 de Caicedonia, elementos antisociales se hurtaron bienes consistentes en dineros, joyas, relojes y armas de fuego.

"Según la denuncia formulada por José Serafín Vacares, cuando llegó a su casa, donde funciona el almacén y compraventa a eso de las nueve y media de la noche del jueves veintiséis (26) de julio de mil novocientos noventa (1990), fue abordado ya en el interior, por dos sujetos, uno armado de revólver y otro con cuchillo. Que trató de defendérse y al tomar la hoja del cuchillo se cortó los dedos de su mano izquierda; ya sometido por los asaltantes fue obligado a abrir la caja fuerte de donde se sustrajeron los elementos, calculando su valor entre seis y siete millones de pesos".

Sinopsis procesal:

El compendio hecho por la Delegada es un relato fiel de los avatares del proceso. Escúchesele:

"Informado del hecho, el Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Caicedonia dispuso la práctica de diligencias preliminares en auto de veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa. Cerca de quince días después, el Jefe SubSIJIN Cuarto Distrito de la Policía Nacional puso a disposición del Juzgado Instructor a los señores Martin Alberto

Vergara Osorio y Gamel José Flórez Obando, Javier Aristizábal y José Líder Quintero Castaño personas éstas a las que se sindicó de ser los autores del delito investigado.

"Sobre esta base, se escuchó la versión jurada del agente de la Policía Nacional firmante del oficio, quien declaró que por solicitud del denunciante realizó algunas pesquisas en torno al hurto de la prendería y con base en la información que el perjudicado le suministrara logró la aprehensión de Martín Alberto Vergara Osorio, quien dejó a los demás participes del hecho y proporcionó informes fidedignos que condujeron a los investigadores a la incautación de una parte del botín y a la captura de los responsables.

"La investigación se abrió entonces con proveído del trece (13) de agosto de mil novecientos noventa (1990) y se dispuso escuchar la diligencia de indagatoria a Martín Alberto Vergara Osorio, a Gamel José Flórez Obando y a Javier Aristizábal Arias, en tanto que se ordenó la compulsación correspondiente para que se investigara, por otra parte de las autoridades judiciales de Pereira, la conducta del capturado José Líder Quintero Castaño, y por los Juzgados de Instrucción Criminal de Cúll, el presunto delito de recepción cometidos por la señora María Cristina Garcés, a quien se hizo tal sindicación en el informe policial del cual se hizo mención.

"Javier Aristizábal Arias fue escuchado en indagatoria y manifestó desconocer los hechos investigados, a los cuales dijo haber sido vinculado por el hecho de venderle una motocicleta de su propiedad al encartado Martín Alberto Vergara Osorio y haberle hecho el favor de transportar una bolsa plástica desde Caicedonia hasta Cali, a solicitud del mismo e ignorando su contenido.

"Gamel José Flórez Obando, por su parte, manifestó ser amigo de Martín Alberto Vergara Osorio quien le propuso, el día de los hechos, que lo acompañara a jugarle una broma a unos amigos, razón por la cual se trasladó con Vergara Osorio hasta el sitio de los hechos, penetraron por el techo de la casa y allí cumplió labores de vigilancia durante la permanencia de los procesados en el interior del inmueble, todo lo cual, insistió, realizó sin conciencia que se estuviera llevando a cabo un ilícito, mas si convencido de que todo se trataba de una broma.

"Martín Alberto Vergara Osorio en su indagatoria sostuvo que los hechos deben considerarse como auto-robo, pues el denunciante Serafín le propuso que en compañía de su compañero entrara subrepticiamente a su residencia a cambio de lo cual recibiría algunas prendas de oro, habiéndole

suministrado el mencionado Vacares todos los datos necesarios para llevar a cabo la penetración e incluso indicándole los medios de que debería disponer para ello. Sobre estas bases el imputado se decidió a actuar según lo acordado con el denunciante y así, en compañía de Gamel José Flórez Obando, entró a la casa de Vacares con el propósito de apoderarse de parte de los bienes de éste. Hacia las nueve y media de la noche, el presunto perjudicado llegó a su residencia a corroborar si los ficticios asaltantes habían entrado y al comprobarlo continuó con ellos dirigiendo las acciones.

"Con proveído del veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa (1990) el Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Caicedonia decretó la detención preventiva contra Javier Aristizábal Arias, Martín Alberto Vergara Osorio y Gamel José Flórez Obando, por los delitos de hurto calificado y agravado y lesiones personales, declaró que el procedimiento a seguir era el correspondiente al trámite abreviado y dispuso la expedición de copias para que por separado se investigara el presunto delito de porte ilegal de armas en que hubiera podido incurrir el sindicado Vergara Osorio, así como la conducta del denunciante José Serafín Vacares, como autor intelectual del ilícito a que se contrae esta actuación.

"El expediente pasó al conocimiento del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sevilla, que asumió la responsabilidad de la actuación en auto del siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa (1990). El día diez siguiente, sin embargo, el mismo despacho judicial declaró que el procedimiento aplicable en este asunto era el ordinario, no el abreviado que había determinado el funcionario de instrucción, y por tanto ordenó la devolución del expediente que fue aceptado sin discusión por el Juzgado Instructor.

"Con auto del veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa (1990) se declaró cerrada la investigación y se procedió a su calificación el veintiuno (21) de diciembre siguiente cuando se profirió resolución de acusación en contra de Martín Alberto Osorio y Gamel José Flórez Obando como presuntos autores del delito de hurto calificado agravado, y se favoreció con cesación de procedimiento al encartado Javier Aristizábal Arias. El proceso pasó luego al conocimiento del Juez Segundo Penal del Circuito de Sevilla quien agotada parte del procedimiento correspondiente a la etapa del juicio, decidió modificar la calificación provisional del hecho en auto del cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), aclarando que el delito de hurto calificado debe entenderse no solamente con la circunstancia 1º de calificación deducida en el pliego enjuiciatorio, sino también

con las previstas en los numerales 3º y 4º del artículo 350 del Código Penal a la par que la agravación se debe predicar también de las condiciones previstas en los numerales 4º, 9º y 10 del artículo 351 *ibidem*.

"Practicada la diligencia de audiencia pública se dictó la sentencia de primera instancia con los resultados conocidos y luego el Tribunal Superior de Buga confirmó la condena en las condiciones ya referidas en este concepto".

La demanda:

Con fundamento en la causal primera de casación, contemplada en el artículo 226 del C. de P. P. de 1987, el recurrente formula tres reproches contra la sentencia de segunda instancia:

Primer cargo:

Considera que la sentencia es "... violatoria de la ley sustancial..." pues, aunque el artículo 301 del C. de P. P. establece una reducción de pena por confesión, cuando ésta fuere el fundamento de la sentencia, tal hecho se desconoció pese a que el sindicado, al momento de rendir su injurada, dio todos los detalles de su acción, haciendo posible la recuperación de los objetos hurtados. A continuación, habla sobre el valor parcial que se le otorgó en la segunda instancia, siendo que, con sus versiones "... se estableció con claridad el camino seguido por mis defendidos para abandonar esa colaboración a su favor y a ello sumé la prueba espontánea en la audiencia cuando Gamel corrobora su estado de error de hecho al apreciar convivencia entre Martín y Serafín sin que previamente se hubiera puesto de acuerdo con Martín sobre la manera como se repartiría el botín. Por tanto la confesión de Gamel es válida".

Segundo cargo:

Señala que no se aplicó el artículo 68 del C. P., discrepando también "... por cuanto la interpretación jurídica del contenido, se le niega el valor que la ley le asigna, teniéndose en cuenta que se deben también valorar las circunstancias de mayor y menor peligrosidad...". Encuentra, entonces, que una determinación judicial ha de ser el producto de una exhaustiva evaluación de los hechos y las circunstancias procesales; por tanto, si se acepta "... que las gentes ignorantes no adquieren suficiente madurez para medir las consecuencias de sus actos y aceptarnos también que Gamel José Flórez Obando incurrió en error de hecho, no veo por qué haya de someterse a tratamiento penitenciario y Martín Alberto Vergara Osorio no registra antecedentes de condenas penales ni policivos".

Tercer cargo:

Plantea como hipótesis el conocimiento anterior del denunciante y su defendido Martín, por lo que deduce que "... si se presentó el acuerdo desvirtuándose de esta manera los agravantes que se les adjudicó con posterioridad a la resolución de acusación y si hubo acuerdo no es posible que se pueda considerar al propietario de la prendería como ofendido y dejar burlados los intereses de las personas que allí empeñaron sus objetos...". Descalifica, entonces, la cuantiosa indemnización que se decretó en favor de Serafín, por no habersele causado perjuicio alguno, así como tampoco acepta que se le devuelvan los bienes recuperados, dejando de lado los intereses de los centenares de reclamantes, a quienes pretende burlar, traspasando la prendería a sus hijos.

A continuación habla del interés ilegal que cobra Serafín, que excede el bancario existente, ante lo cual se tipifica la usura que contempla el artículo 235 del C. P., por lo que la indemnización corre por su cuenta, al tenor de lo dispuesto por el artículo 38 del C. de P. P. Más adelante habla del contrato celebrado entre los propietarios de los objetos y Serafín, advirtiendo que éste reconocía dominio ajeno, de donde concluye que el dinero pagado por éstos correspondía a intereses. Así las cosas, finaliza, los objetos recuperados no pertenecen a Serafín sino a los reclamantes, por lo cual solicita que ellos sean repartidos proporcionalmente entre todos éstos.

Termina solicitando dar aplicación al artículo 301 del C. de P. P., la suspensión de la ejecución de la sentencia y que se obligue solidariamente al denunciante a pagar los perjuicios ocasionados con la infracción.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Considera que la demanda exhibe notorias fallas técnicas en todos los reproches, presentando incluso contradicciones al interior de cada uno, pese a lo cual solicitará de la Sala la ruptura oficiosa del fallo por razones diversas a las expuestas en el libelo.

Respecto a la primera censura, advierte que el casacionista olvidó enunciar la vía y el sentido de la violación de los preceptos legales, amén de que en la medida que va desarrollando el cargo, escoge alternativamente las violaciones directa e indirecta, sin demostrar cuáles fueron los supuestos yerros del fallador y la trascendencia en el fallo.

Sobre la segunda censura señala que presenta similares vicios que su antecesora, pues no determina si las falencias puestas de presente violaron directa o indirectamente las normas sustanciales, sin que su argumentación haga la aclaración pertinente pues unas veces se dirige a demostrar la errónea interpretación del artículo 68 del C. P. y otras, la valoración que ha debido dársele a las palabras de José Gamel.

Cuanto a la tercera, la Delegada califica de "...más evidente la confusión del memorialista...". Invoca el artículo 38 del C. de P. P. y sin examinar si se trata de una disposición sustancial o meramente procesal, pasa a criticar el mérito de convicción que el Tribunal le otorga al denunciante, discutiendo su validez frente a hechos que simplemente enuncia y que no fueron aceptados en la sentencia. El desquiciamiento del fallo conduciría, razona la Delegada, no a favorecer a los procesados sino a vincular al quejoso al proceso y con ello condenarlo también al pago de los perjuicios, escrito que más parece de la parte civil que el correspondiente a un abogado defensor.

Finalmente aborda el tema de "la casación oficiosa", citando el artículo 228 del estatuto procedural, en lo atinente a la quiebra del fallo cuando atento contra las garantías fundamentales y el 299 *ibidem* en el que se regula la reducción de pena en caso de confesión, de manera más favorable que en el estatuto anterior ya que elimina la condición de que fuere el fundamento de la sentencia, aplicable en virtud del principio de favorabilidad. Los condenados aceptaron la realización de los hechos y por ello se hacen acreedores a dicha amnistia —es su conclusión— y por ello pide a la Sala su reconocimiento.

La Corte:

Cargo primero:

Temprano, desde los primeros renglones, la demanda exhibe su poquedad jurídica y argumental. Con un enunciado genérico: "La sentencia es violatoria de la ley sustancial", comienza el primer reproche, dando a entender que enmarca la censura en la causal primera de casación.

Se espera, entonces, que un avance en la lectura precise si la vulneración observada por el censor es directa o indirecta. No obstante, entra de lleno al tema advirtiendo que el artículo 301 del estatuto procedural derogado establecía una reducción de la sentencia cuando la confesión fuere fundamento de la misma.

Aparentemente se está refiriendo a una violación directa. Pero en qué sentido? Aquí cabrían tanto la exclusión evidente de la norma como una errónea interpretación. Pero el actor se muestra parco al respecto y dedica sus próximas frases a poner de relieve que la confesión (no aclara si la de un procesado en especial o la de los dos, en general) hizo posible la reaparición de lo hurtado. Sin embargo, en el párrafo siguiente, luego de transcribir un aparte de la providencia impugnada en la que se reconoce la aceptación que hicieran los procesados de su permanencia en el establecimiento del denunciante, señala que "...aquí se le confiere valor parcial a la confesión...", advirtiendo que ésta "...ha de tomarse como un todo y no hacer una disección de ella...".

¿Debo creerse, entonces, que no hubo un justiprecio real de la versión? Si es así, el error de derecho, por falso juicio de convicción, sería el alegado. ¿O esta queja sobre una presunta disecación ha de entenderse como una distorsión de su contenido, colocándose su tacha en el ámbito del error de hecho por falso juicio de identidad? Imposible saberlo pues a continuación aborda el tema desde una óptica distinta: La indagatoria de Gamel Flórez, intentando una interpretación exculpatoria. Plantea, por tanto, un "...error de hecho en la mente de Gamel...", por entender que el acto se reducía a "...jugar una broma a unos amigos, que era lo que había hecho creer Martín...". Con este enunciado que al parecer pretende enmarcar su conducta en una causal de inculpabilidad por error sobre el tipo, intenta llamar la atención sobre su no reconocimiento en las instancias? De nuevo el interrogante se queda sin respuesta ante la frugalidad del escrito.

Se complica la situación en el último párrafo, cuyo comienzo se lo dedica a la prueba indiciaria, mediante la cual "...se estableció con claridad el camino seguido por mis defendidos para abonar esa colaboración a su favor...". Con ello quiere decir que no se tuvo en cuenta este medio de prueba para aplicar el fenómeno en comento? Es decir, por ventura pretende alegar un error de hecho por falso juicio de existencia? El confuso pensamiento del demandante impide medir el alcance de la impugnación. A estas alturas sólo sobrevive su deseo de que se reconozca la confesión de Gamel como "válida", obrando en su favor la arminorante respectiva, permaneciendo inédito el marco jurídico del yerro judicial alegado.

Graves faltas a la técnica, sin duda. Carencias argumentales y lógicas. Planteamientos confusos y disimiles. En suma, dispersión de ideas. El rechazo al reproche, es la conclusión.

Cargo segundo:

No mejoran las cosas en esta censura. Aunque en su primera línea intenta precisar el asunto: "...la no aplicación del artículo 68 del C. P....", las siguientes, al referirse a la violación indirecta, siembran el desconcierto. Como se ve, pese a denunciar una violación directa, por exclusión evidente del artículo 68, a renglón seguido advierte que se "discrepa también por cuanto la interpretación jurídica del contenido se le niega el valor que la ley le asigna, teniéndose en cuenta que se debe también valorar las circunstancias de menor y mayor peligrosidad...".

Así las cosas, al lado de la falta de aplicación, alega el recurrente una interpretación equivocada de su espíritu, sumiéndole, además, un error de derecho por falso juicio de convicción. El galimatías es evidente. Sin el menor asomo de rubor y desconociendo la lógica y la razón, el demandante mezcla motivos y sentido, dando al traste con el principio de no contradicción y de paso, impidiendo que la Sala conozca el verdadero alcance de su queja.

Obsérvese que en primer término critica el que no se hubiere tenido en cuenta el artículo 68 del C. P. para luego quejarse de que se le interpretó erradamente, lo que presupone que si se le aplicó pero hubo un equivocado desentrañamiento de su espíritu. Así las cosas, se le tuvo y no se le tuvo en cuenta. Pero la dilogía no se queda allí pues, a seguida, se traslada a la violación indirecta, criticando el nulo justiprecio dado a las circunstancias "de mayor y menor peligrosidad", hoy de agravación y atenuación punitivas. Olvida la perseverante lección que en tal aspecto ha hecho la jurisprudencia y la doctrina. Requisito esencial para enarbolar la violación directa de aceptar los hechos tal y como los tuvo en cuenta el fallador, por lo que rechaza la menor alusión al tema probatorio.

No empece, en el párrafo siguiente agrega nuevos ingredientes a la jeringonza, al tratar de probar que Garnel se encuentra incursa en una causal de inculpabilidad, para lo cual cita el interrogatorio al que se sometió en la audiencia. Es evidente que, en este pasaje, la intención del actor es demostrar una indebida interpretación de las palabras del procesado, con lo que se traslada abruptamente al error de hecho, por falso juicio de identidad.

Como el anterior, el fracaso de este reproche es ostensible y así ha de reconocerlo la Sala.

Cargo tercero:

Tampoco es afortunado el casacionista en este ataque. Sus primeras líneas las dedica al artículo 38 del estatuto procedural, pero cuando se espera que precise la impugnación, alinderando los argumentos dentro de una causal y un sentido determinados, pasa de largo introduciéndose en el análisis de lo dicho por el denunciante, proponiendo a la Sala su personal interpretación. Queda así introducido el alegato en el ámbito de la violación indirecta, aunque no se sabe con claridad, si lo que pretende demostrar es una distorsión del dicho de Serafín o, simplemente una valoración extraña a su esencia. Aunque luego, parece más bien que su intención es mostrar una connivencia del denunciante con Vergara, con lo que, es evidente, habría de participar también del reproche judicial. Incluso, ya más allá, cuando advierte sobre la posible defraudación de los intereses de quienes empeñaron en su prendería objetos de su propiedad, por parte de Serafín, cargos que, a su juicio, merecen la investigación de las autoridades competentes.

Esta confusión de ideas lo lleva a polemizar sobre la calidad del perjudicado que le asiste al denunciante y para ello muestra la comisión de un posible delito de usura, todo con el fin de disminuir la condena que por perjuicios se hiciera a sus defendidos. Además, pretende convencer a la Sala de que únicamente los propietarios de los objetos hurtados sufren perjuicios, olvidando la calidad de tenedor que le asiste al denunciante quien, por tal motivo, debe responder ante

ellos, lo que al final de cuentas, en el evento de no tenerlos en su poder, por cualquier motivo, afecta su patrimonio. La razón de ser de la indemnización no es materia de discusión, aparte de que el censor apenas plantea el tema sin detenerse en él, uniendo al caos de las ideas expuestas, la orfandad argumental.

La improsperidad del ataque es evidente.

Casación oficiosa:

En lo que se refiere a los argumentos expresados por el Ministerio Público para reconocer en favor de los acusados la atemperante proveniente de la confesión de su conducta criminosa, guardan interés respecto de Vergara Osorio frente a la realidad inocultable de haberse quebrantado la preceptiva del artículo 31 de la Carta, con el fallo de segunda instancia, toda vez que a este procesado se le revocó dicha diminutiva pose a habersele reconocido por el *a quo*, con lo cual el Tribunal agravó la pena impuesta.

Por consiguiente, la Sala ha de reparar el agravio decretando la casación parcial del fallo en comento, disminuyendo en una tercera parte la sanción impuesta, resultando, al final, veinticuatro (24) meses que es la pena que le corresponde purgar a Vergara Osorio, suma que resulta de restarle la tercera parte que manda la ley a los treinta y seis (36) meses que fijó la Colegiatura.

Ahora bien, como quiera que una respuesta favorable a las inquietudes de la Delegada afectaría de suyo la situación de Flórez Obando, la Sala crece conveniente hacer algunas precisiones al respecto. Es cierto —como se predica en el pedimento— que en el anterior estatuto no bastaba que el acusado durante su primera versión aceptara los hechos imputados e informara sobre sus pormenores. Además, sus palabras debían ser el fundamento de la sentencia, entendiéndose a la hora de ahora que ésta era una reiteración innecesaria, pues es obvio que la admisión de los hechos debe tener la suficiente relevancia para el pronunciamiento judicial. Por esta razón se eliminó tal requisito en la codificación vigente al inferirse que dicha exigencia continuaba marcando la directriz de la figura. No hay razón, por tanto, para la aplicación del principio de favorabilidad al guardar las dos normas idéntidad conceptual y jurídica. En el nuevo compendio —se reitera— esta última exigencia desapareció, siendo suficiente que el actor admita el suceso criminoso para ser favorecido con la amiorante. Sin embargo, es de entender que se trata de la confesión simple y no de la calificada pues lo que premia el Estado es la contribución que se haga para el esclarecimiento del suceso prohibido y no una simple maniobra del interesado que busca su desfiguración, aceptando en parte —pero siempre a su favor— la conducta andulgada. Con esta actitud, el panorama procesal se ve enforpecido, dejando realizar los falladores un mayor esfuerzo para decantar las versiones.

En el asunto de ahora, Gamel José Flórez alega que participó creyendo que todo se trataba de una broma que Vergara lo pretendía jugar a sus amigos y su abogado, naturalmente, trata de borrar el carácter delictivo de su conducta a través del reconocimiento de una causal de inculpabilidad. Como bien se observa su confesión judicial es calificada, la cual excluye —por lo general— el beneficio impetrado por el Ministerio Público al no constituir una colaboración con la justicia en el esclarecimiento de los hechos.

Por último, la Sala quiere llamar la atención sobre el tema de la dosimetría penal tratado por el Tribunal de acuerdo con su Colaborador Fiscal. Según su pensamiento, la tasación de la pena fue indebidamente efectuada por el *a quo*, pues, se partió de la pena mínima señalada para el hurto calificado y se incrementó en doce (12) meses más por las modalidades consagradas en la misma norma. Una violación al principio del *non bis in idem* es la consecuencia según sus apreciaciones.

La crítica es equívoca por lo cual caben las siguientes precisiones: La individualización legal de la pena es la fijación taxativa de los mínimos y máximos por el legislador. Por ello antes de fijar la definitiva de acuerdo con los criterios del artículo 61 del C. P., el fallador ha de establecer los límites que le señala la ley para saber de dónde partir y hasta dónde llegar en el proceso de individualización judicial que le corresponde.

Teniéndose en cuenta que el cuso de la especie versa sobre el delito-tipo de hurto calificado, ante la realidad normativa de las circunstancias de agravación del artículo 351 y frente a la circunstancia genérica de agravación perfeccionada en el ordinal 1º del artículo 372, debieron realizarse los aumentos previstos en estos dispositivos para imponer en definitiva la sanción corporal pertinente. Es de recordar fronte al criterio del Tribunal al tasar la pena que la Corte ha dicho que: "... *No cabe duda que la lógica de funcionamiento del sistema es la de que el incremento establecido por esta disposición, se aplique, de manera independiente, sobre la pena prevista para el hurto simple, hurto calificado, abuso de confianza, estafa, o cualquier otro atentado contra el patrimonio económico, pero, en ningún caso, como lo entendió el Tribunal sobre un cómputo establecido, fruto de la conjugación de diferentes factores*" (*Casación de febrero 20 de 1991, Magistrado ponente doctor Didimo Pérez Velandia*).

Débese poner en relieve el error del Tribunal cuando acomete el tema de la individualización judicial pues la confunde con la legal. En efecto, deduce que si luego de hacer el aumento taxativamente señalado por la norma, se realiza un nuevo incremento con fundamento en el criterio del juez, de acuerdo con los lineamientos del artículo 61, se atropella el principio atrás mencionado. El desacuerdo es mayúsculo pues, como ya se vio, unos son los mínimos que obligatoriamente señala la ley y otros los incrementos que les permite la normatividad a

los falladores para ajustar la pena al caso concreto. Si se siguiera la tesis del Tribunal en todos los casos habría de imponerse el mínimo legal so pena de incurrir en un desconocimiento de la garantía señalada. Así las cosas, sólo la unión de ambos procesos de individualización permiten establecer la justa pena que merece el infractor.

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:

Casar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de reconocer en favor de Martín Alberto Vergara Osorio, la rebaja de pena por confesión en razón de haber sido impuesta en la primera instancia y no poder ser desconocida por el Tribunal, de acuerdo con el mandato del artículo 31 de la Carta. En consecuencia, la pena definitiva que habrá de purgar será la de veinticuatro (24) meses de prisión, quedando por el mismo lapso la interdicción de derechos y funciones públicas. En todo lo demás, el fallo permanece incólume al desecharse la infirmación materia del libelo casacional, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cumplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Freyre, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, con salvamento de voto; Bidimio Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Gurnica, Secretario.

**CONFESION (SALVAMENTO DE VOTO)
/ PENA (SALVAMENTO DE VOTO)
/ REBAJA DE PENA (SALVAMENTO DE VOTO)**

Sintéticamente expreso los dos motivos de fundamental disenso con el fallo adoptado en casación:

1. La interpretación del artículo 31 de la Constitución Política, me parece que excede la pretensión de este precepto pues entendido éste como un límite superior que no puede desbordarse, permite al fallador de la instancia superior (Círculo, Tribunal, Corte) moverse justificadamente en la graduación de la pena y determinar esta en su dimensión exacta. Pero, la sentencia estima que lo reconocido en la primera instancia, de manera favorable al procesado apelante, debe respotarse y mantenerse, al punto que factores de dosificación (v.gr. art. 64, C. Penal, o una diminuente específica, como la confesión, la grave e injusta provocación, etc.) a los cuales debe recurrir el fallador para emitir un pronunciamiento equilibrado y sensato, se le presentan como intocables. Esto constituirá la labor de componer el fallo de sustitución en empresa difícil, compleja y hasta irrealizable, pues será necesario calibrar toda expresión o línea de pensamiento del apelante de la sentencia impugnada para localizar el espacio dentro del cual el juzgador deba y pueda moverse. Creo que la pena es una y a esto es que ha mirado la garantía de la Carta, sin entrar en sus pormenores. Lo que se espera es que este sumum no pueda ser sobrepasado y se preserve.

2. Ciertamente que la motivación de la dosificación de la pena, cumplida por el Tribunal, no la pude entender, por más que la ley y hasta me fuera explicada. Y hoy, cosa natural de la maceración del entendimiento, sigo en el mismo limbo. Una redacción tan intrincada, verdadero piélagos sembrado de sirtes, más conduce al encallamiento que a la fácil navegación del raciocinio. Con decir que para poderlo esclarecer, al menos en quienes realizaron esta tarea y la encontraron exitosa, debieron no orientarse por lo que dijo el Tribunal, sino por lo que escribió al respecto el colaborador de esa Corporación en su concepto. Considero conveniente ilustrar esta anotación con el párrafo que me suministró en incertidumbres y que por la gravedad del asunto (fijar la sanción, poder atacarla y corregirla) merecía y exigía una relativa claridad: "En lo correspondiente a la dosificación de la pena, el *a quo* se excedió en ella, como lo anota la defensa y acertadamente

lo trae consigando (sic) el señor Fiscal en esta instancia, y por cuando (sic) no debió, bajo ningún punto de vista, tomado (sic) como base el mínimo del artículo 350 del C. Penal, hacer el aumento determinado en el fallo (?) y menos tomar los aumentos a que se remiten los artículos 351 y 372 del mínimo (?), más los intensificativos de pena (?); por lo que realizados ahora los cómputos debidos (????), la cantidad de pena para cada uno de los encartados debe ser de 36 meses de prisión" —lo escrito entre paréntesis, fuera de original—.

Por esto último propugnó por la conveniencia de casar la sentencia, atinente a la pena, para procurar que el Tribunal enmendase tan caótica situación.

Con todo respeto y atención,

Gustavo Gómez Velásquez.

IMPEDIMENTO / NULIDAD

El artículo 106 del nuevo Código de Procedimiento Penal al contemplar lo atinente al impedimento de magistrado, dice, que aceptado éste "se completará la Sala con quien le siga en turno y, si hubiere necesidad, se sorteará un conjuez".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santaé de Bogotá, D. C., veintinueve de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 58.

Por vía de apelación, corresponde a la Sala revisar la sentencia de "31 de marzo de 1992" (debe entenderse 1993), por medio de la cual el Tribunal Nacional condenó al doctor *Orlando Arias Lima*, Exjuez Primero del Orden Público de Pereira, a dos (2) años de prisión por el delito de concusión.

Se considera:

1. Al sustentar en esta segunda instancia el recurso de apelación (fls. 2 y ss. del cuaderno de la Corte), el defensor del citado procesado sostiene: "Antes de adentrarnos en el contenido propio de la sentencia recurrida, queremos poner de presente nuestra inconformidad con la decisión del Tribunal Nacional, sobre la sustitución, por impedimento, de uno de los Magistrados de la Sala de Decisión, acudiendo a la figura del conjuez, sin dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, lo que en nuestro sentir invalida el fallo, por la causal primera del artículo 304 *ibidem*. Sin embargo, como esta apreciación conlleva únicamente la posibilidad procesal de retrotraer la actuación hasta el punto de nuevo pronunciamiento definitivo de la sentencia, nos vemos en la obligación de referirnos suscintamente (sic) a su contenido...".

2. Observa la Corte que la Sala de Decisión de ese Tribunal, integrada por los Magistrados Gilberto Cortés Nomeling, Nubia Herrera Ariza y Alvaro Luna Conde, se declaró impedida para continuar cono-

ciendo de este proceso, alegando haber conocido igualmente del proceso disciplinario contra el mismo exjuez Arias Lima, que terminó con sanción de destitución (fls. 481 y ss.2).

La Sala de Decisión que le seguía en turno, compuesta por los Magistrados Alfredo del Toro Núñez, Flor Palacios Rodríguez y Jorge Quintero Milanés, aceptó ese impedimento y continuó con el conocimiento del proceso (fls. 426 y ss.).

Posteriormente, el Magistrado Quintero Milanés, alegando la misma causal de impedimento (art. 103-4 C. P.), solicitó su separación del proceso, aduciendo que como integrante de la Sala Plena del Tribunal Nacional, le correspondió ser ponente en la revisión pedida por Arias Lima del fallo disciplinario.

Los dos restantes Magistrados de la referida Sala de Decisión del Tribunal, mediante auto de 14 de enero, aceptaron el impedimento y ordenaron sortear conjuez, siendo escogido el doctor Raúl Trujillo Cortés (fl. 659), quien en dicha calidad suscribe la sentencia impugnada, junto con los doctores Alfredo del Toro Núñez y Flor Palacio Rodríguez (fl. 746-2).

3. El artículo 106 del nuevo Código de Procedimiento Penal (aplicable a este caso por mandato del artículo transitorio 13), al contemplar lo atinente al impedimento de Magistrado, dice que aceptado éste "se completará la Sala con quien le siga en turno y, si hubiere necesidad, se sorteará un conjuez".

En el presente caso no se escuchó esa indicación legal, ya que aceptado el impedimento del Magistrado Quintero Milanés, se dispuso la escogencia del conjuez, pretermitiéndose el paso anterior: La complementación de la Sala con el Magistrado que le sigue en turno. Esto, porque los Magistrados miembros del Tribunal Nacional son 12, de donde se sigue que, no obstante los impedimentos manifestados, aún quedaban nombres con los cuales podía integrarse la Sala de Decisión, sin tener que acudir, como lo hizo el Tribunal Nacional, al sorteo de un conjuez.

En rigor, entonces, tiene razón el recurrente cuando advierte una falta de competencia, pues en las anotadas circunstancias el conjuez doctor Raúl Trujillo Cortés no tenía por qué suscribir la sentencia apelada.

En tales condiciones, habrá de decretarse la nulidad del referido fallo, de conformidad con el artículo 304-1 del Código de Procedimiento Penal, a fin de que se emita de nuevo, previa la debida integración de la Sala de Decisión.

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

Resuelve:

Declarar la nulidad de la sentencia impugnada, a fin de que se proceda de conformidad con lo dicho en la parte considerativa.

Cópíese, notifíquese y cumplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Suárez Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO / OPINION SOBRE EL CASO

Si el último párrafo del artículo 90 del C. de P. P. mantiene la competencia en los casos de ruptura de la unidad procesal en el mismo funcionario que la ordena, para el juzgamiento, y es norma especial para tales casos, es porque el legislador elimina como prejuzgamiento todo pronunciamiento de fondo de ese funcionario en ambas instancias, que pudiera tocar de alguna manera la situación jurídico-probatoria del sujeto respecto del cual se declaró la nulidad, y enerva la causal de impedimento del numeral 4º del artículo 103 del C. de P. P., aún en los procesos que se separan. / Lo que pretende la ley con prescripción tal, en la que da por sentada la imparcialidad del funcionario empapado del asunto para continuar su conocimiento aún en proceso separado, es imprimir agilidad a la administración de justicia, que se vería notablemente afectada en este sentido con el reparto del nuevo proceso que surja a raíz de la ruptura de la unidad del proceso, a un nuevo funcionario, en la etapa del juzgamiento, para quien todo en tal asunto es desconocido.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 057, junio 24 de 1993.

Vistos:

Conoce la Corte del impedimento manifestado por el Magistrado de una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, doctor Alvaro Cuevara Sandoval para conocer de este proceso, e inaceptado por sus compañeros de colegiatura.

Los antecedentes:

Los hechos que originaron la presente investigación aparecen resumidos así:

1. "Ante los rumores de posibles irregularidades en la Caja Popular Cooperativa Sucursal Briceño (Boyacá) —cuentan los autos— los directivos de la entidad ordenaron la práctica de una visita fiscal a las oficinas ya dichas, comisionando para tales efectos a los señores Italo Julio Rozo Orjuela, José Agustín Bernal Martínez, Fabio Edilberto Ricaurte, Hernán Núñez Isaza y Gonzalo Fuerte Bolívar, quienes pudieron establecer cómo en la oficina visitada a cargo de los señores José María Sarmiento Galindo (Director) y Luis Enrique Cañón Moreno (Revisor Fiscal y Tesorero) se venían ejecutando una serie de operaciones extrañas desde todo punto de vista y contrarias a sanas normas contables.

"En el curso de la investigación se estableció que desde tiempo atrás venían presentándose fallantes de dinero en la sucursal de la Caja Popular Cooperativa de Briceño (Boyacá) y para cubrir contablemente tales desfases los señores Sarmiento Galindo y Cañón Moreno acudieron al ingenioso sistema de hacer figurar en los libros de contabilidad como si el monto de éstos hubiere sido remesado a la oficina de Chiquinquirá; empero, como allí no era recibido, ingresaba nuevamente a la contabilidad de la agencia de Briceño, como remesas expedidas por la sucursal de Chiquinquirá con destino a la agencia de Briceño.

"Como las sustracciones de dinero de la oficina aumentaban cada día, las ficticias remesas de que se viene hablando ascendían en cuantía, hasta llegar al mes de septiembre de 1984, cuando se hicieron figurar remesas con destino a la oficina de Chiquinquirá, por la cantidad de treinta y ocho millones (\$ 38.000.000.00) que desde luego, ni ingresaron a la oficina destinataria ni tampoco fueron reembolsados a la agencia de Briceño.

"Además de lo anterior, se evidenció que los señores Sarmiento Galindo y Cañón Moreno, manejaban la cuenta de ahorros número 11081108 abierta en la misma oficina de Briceño a nombre de la Cooperativa de Caficultores de Occidente, cuenta para cuya apertura se emplearon documentos falsos, pues realmente nunca la Cooperativa de Caficultores del Occidente constituyó allí depósito alguno, ni consumó transacción bancaria a través de ella.

"Sin embargo, los ya citados Sarmiento Galindo y Cañón Moreno usando tal cuenta creaban instrumentos negociables que operaban a la manera de cheques de gerencia, pues expedidos en Briceño eran cobrados en las oficinas de la Caja Popular Cooperativa de Chiquinquirá, a través de las ficticias remesas descritas atrás" (fls. 31-32, cuaderno número 8).

2. El mérito sumarial fue calificado el 28 de mayo de 1987 por el Juzgado Quinto Superior de Tunja, con auto de proceder por los delitos de falsedad en documento privado y estafa, para el coprocesado José María Sarmiento Galindo, con sobreseimiento temporal

para el coprocesado Luis Enrique Cañón Moreno por los mismos delitos y con sobreseimientos temporales y definitivos por uno u otros delitos de los mencionados, para los demás ciudadanos sindicados (fis. 1321 a 1358, cuaderno principal 2) y la investigación fue reabierta por el término de seis (6) meses por efecto de los sobreseimientos temporales.

3. Así la situación, el proceso continuó sin tropiezos para el encausado Sarmiento Galindo con la etapa del juicio a la cual se puso término con la sentencia de primera instancia del 4 de agosto de 1988, en la que el mismo Juzgado Superior absolvió al mencionado y ordenó cesar procedimiento en favor de Cañón Moreno y los demás implicados (fis. 1439 a 1453, cuaderno principal 1); pero esta decisión fue recurrida en apelación por la parte civil y el Ministerio Público, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial revocó la absolución impartida y en su lugar condenó a Sarmiento Galindo a seis años de prisión por falsedad en documento privado y estafa y declaró la nulidad de las órdenes de cesación de procedimiento expedidas por el *a quo* en favor de Luis Enrique Cañón Moreno (fis. 1668-1694, cuaderno 5), con ponencia del Magistrado Alvaro Guevara Sandoval como integrante de la correspondiente Sala de Decisión Penal, siendo este mismo Magistrado el que en calidad de ponente había confirmado en segunda instancia el auto de detención contra el mismo individuo (fis. 1329-1329, cuaderno 4) y los sobreseimientos definitivos en favor de los demás coprocesados distintos de éste y de Sarmiento Galindo (fis. 1637-1642, cuaderno 5).

4. Para reponer la actuación anulada por el Tribunal en relación con Cañón Moreno, el Juzgado Superior calificó el sumario respecto de este sindicado el 16 de noviembre de 1990, fecha para la cual el fallo respecto de Sarmiento Galindo había quedado ejecutoriado, incluso en casación —19 de abril de 1990— (fis. 1475-1486, cuaderno principal 2 y 31 y ss. cuaderno 8) y le dictó resolución acusatoria por los delitos de falsedad en documento privado y estafa, hechos punibles estos por los cuales también profirió en su contra sentencia condenatoria el Juzgado ahora competente —el 1º Penal del Circuito de Tunja—, el 19 de marzo de 1993 (fis. 1554 y ss., cuaderno principal 2).

5. La defensa impugnó en apelación el susodicho fallo, y el proceso nuevamente le fue entregado al Magistrado Guevara Sandoval como ponente, pero el funcionario, por auto del 5 de mayo próximo pasado se declaró impedido con fundamento legal en el numeral 4º del artículo 103 del actual C. de P. P. para intervenir en el proceso, sin que sus compañeros de Sala compartieran sus razones, según lo advirtieron en el auto del 28 de mayo último, en el que dispusieron el envío del asunto a la Corte.

6. Para declinar su intervención el Magistrado Guevara Sandoval enfatiza, a manera de introito de su discurso, que conforme a la interpretación que él ha dado al motivo del numeral 6º del artículo 103

precitado, estaría impedido por haber intervenido en la etapa de la investigación en este proceso "de manera tan determinante" como le correspondió hacerlo, pues con la concepción del nuevo estatuto procesal ese período instructivo es el de la acusación que hoy adelanta la Fiscalía, y ello le vedaría intervenir como juez (Magistrado) en la misma actuación para fallarlo "en definitiva". Pero, añade, no se apoya en este argumento pese a considerarlo válido, porque reiteradamente sus compañeros de Sala en otros casos en que él ha declinado el conocimiento lo han desechado, y aún la misma Corte "en más de un proceso".

Y ya centrándose en las razones para el impedimento en estudio, luego de una breve y sustancial reseña procesal advierte que aunque el fallo de las instancias respecto de Sarmiento Galindo:

"Solamente vino a resolver la situación de Sarmiento..., dada la realidad del hecho investigado, dada la hipótesis manejada dentro del proceso implicaba una actuación a veces simultánea, de pronto conjunta, en todo caso compartida o por lo menos conocida de los dos personajes, el análisis que se hizo dentro de la providencia, el estudio de la prueba no podía desvincular la suerte de ninguno de ellos de manera absoluta y más bien, por el contrario, aquello que de alguna manera se afirmó del condenado (Sarmiento) tocaba la suerte de Cañón" (fl. 11, cuaderno 6).

A continuación y siempre en referencia con ese pronunciamiento, recuerda que al definir el punto de la responsabilidad se tuvo muy en cuenta la actuación de Cañón con reflexiones que "de alguna manera tocaban" su suerte.

Agrega que aunque la opinión que en ese proveído expresara él como ponente, fue a propósito de su función oficial, debe atenderse a que la unidad procesal se había quebrado con el calificadorio y a que "las opiniones, los criterios sobre la situación se dicron en una providencia que implicaba el análisis integral del material probatorio" como lo fue la sentencia.

7. Por su parte los restantes Magistrados de la Sala de Decisión consideran, con apoyo en la actuación procesal, que aunque si se presentó "una especie de ruptura de la unidad procesal cuando fue preciso adelantar el juzgamiento de uno de los procesados mientras se sobreseía temporalmente en favor de otras personas", el proceso en verdad es uno solo "que cobijó a los dos encartados, así como a otros más" ya que la investigación "se inició por idénticas causas y ante una comunidad probatoria incontrovertible que nos permite precisar que estamos en presencia de un mismo proceso en el cual las situaciones jurídicas de los involucrados han sido decididas en etapas diferentes", de tal manera que la opinión que el funcionario que se manifiesta impedido no tuvo el carácter de extraprocesal, que es la que se ha

calificado impediente de conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte, a la cual se remite con citas varias.

Consideraciones de la Corte:

Loable pero no compatible criterio es el del señor Magistrado que declina el conocimiento aduciendo haber dado su opinión sobre el asunto materia del proceso (causal 4^a, art. 103 del C. de P. P.), frente al cual asume caracteres de acierto el rechazo que a su manifestación impediente formula los restantes miembros de la Sala de Decisión provocando así la intervención decisoria de la Corte, en efecto:

Aduce el funcionario que la unidad procesal se había roto desde el auto calificatorio del sumario cuando —en vigencia del C. de P. P. de 1971, pues el proveído se dictó el 28 de mayo de 1987— el Juzgado Quinto Superior de Tunja enjuició a Sarmiento Galindo y sobreseyó temporalmente por primera vez a Cañón Moreno, ambos por los mismos delitos de falsedad en documento privado y estafa, y que habiéndose fallado el proceso contra el encausado mediante sentencia condenatoria en la que él intervino como Magistrado ponente antes de que se fallara respecto del individuo coprocesado beneficiado con el sobreseimiento temporal mencionado que ahora ha sido también condenado en primera instancia en sentencia que también le ha sido remitida como ponente para su conocimiento, se encuentra comprometida su imparcialidad al haber opinado sobre el asunto materia del proceso en el que se demostró la coparticipación del enjuiciado y del sobreseido temporalmente porque la comunidad de prueba involucró a ambos y obligó a referencias conjuntas sobre la conducta de cada uno. Y persiste en su posición, pese a reconocer que esa opinión previa de que habla fue emitida por él a propósito de su función oficial.

El rechazo del impedimento por sus compañeros de Sala parte del supuesto de que lo que hubo fue "una especie de ruptura de la unidad procesal" pero que objetivamente se trató de un solo proceso en que la situación jurídica definitiva de cada implicado se resolvió por separado, y en consecuencia, la opinión adelantada al conocer de la sentencia primeramente expedida no lo fue extraprocesalmente es decir que, no se presentó la condición que consistentemente la jurisprudencia ha señalado para la causal de impedimento alegada.

Pues bien: El proceso fue iniciado y adelantado hasta su calificación como una unidad, tal como lo preveía el artículo 167 del C. de P. P. de 1971, bajo el cual se efectuó ésta: Ocurrió sin embargo, que la calificación para los dos procesados más claramente implicados no fue uniforme: Mientras uno —Sarmiento Galindo— fue vocado a juicio, el otro —Cañón Moreno— fue sobreseido temporalmente, de suerte que se presentó una auténtica ruptura jurídica de la unidad del proceso, en desarrollo de la cual el juicio continuó para el encausado; y como improcedentemente el Juzgado de la primera instancia

en el mismo fallo en que absolvía a Sarmiento Galindo cesaba el procedimiento para Cañón Moreno, el Tribunal —con ponencia del Magistrado que se declara impedido— anuló esa terminación anormal del proceso para Cañón a la vez que revocó la absolución para Sarmiento convirtiéndola en condenación y la actuación continuó para aquél hasta la sentencia también condenatoria de primer grado respecto de la cual el conocimiento de segunda instancia se halla en discusión.

La audiencia pública para el juzgamiento de Cañón se celebró en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal —17 de febrero de 1983—, lo que equivale a decir que es éste el Estatuto aplicable al caso, y esta normatividad estatuye en el numeral 2º de su artículo 90 que existe ruptura de la unidad procesal “cuando la resolución de acusación no comprende todos los hechos punibles o a todos los copartícipes”, y en el 3º, “cuando se decrete la nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los sindicados o de los hechos punibles”, pero advierte en su párrafo final que “si la ruptura de la unidad no genera cambio de competencia, el funcionario que la ordenó, continuará conociendo por separado el juzgamiento”.

Por cuanto hace a la ruptura desde el calificadorio, que con razón afirma el Magistrado que se declara impedido, no hay duda, ni en la legislación actual, ni en aquella bajo cuyo imperio ocurrió (art. 482, C. de P. P. de 1971), aunque ella no fue decretada por la Sala en la cual fue él ponente; pero con mayor razón toda duda sobre esa ruptura se esfuma frente al numeral 3º del artículo 90 transcritó: Se declaró la nulidad parcial de la actuación la cual debía reponerse en relación con uno de los sindicados, y esa declaratoria provino del juez colegiado que él mismo integraba. Más como esa ruptura no generaba cambio de competencia, ésta debía mantenerse en el funcionario que la ordenó, para el juzgamiento, que era la misma Sala de Decisión, aunque en proceso separado.

Y no puede decirse que en el caso de autos ya no existiera proceso separado, pues la sentencia contra Sarmiento Galindo, en la que también se anuló la cesación en favor de Cañón por el Tribunal rompiéndose la unidad procesal fue dictada el 25 de abril de 1989 (cuaderno 5) y la resolución acusatoria contra Cañón apenas se dictó el 16 de noviembre de 1990. No hubo, es lo cierto, expresa manifestación judicial sobre el rompimiento de esa unidad, pero ello no obsta frente a la realidad objetiva que expone cómo la suerte de uno de los coacusados había sido ya definida.

Si el último párrafo del artículo 90 del C. de P. P. mantiene la competencia en los casos de ruptura de la unidad procesal en el mismo funcionario que la ordena, para el juzgamiento, y es norma especial para tales casos, es porque el legislador elimina como prejuicamiento todo pronunciamiento de fondo de ese funcionario en ambas instancias, que pudiera tocar de alguna manera la situación jurídico-prueba-

toria del sujeto respecto del cual se declaró la nulidad, y enerva la causal de impedimento del numeral 4º del artículo 103 del C. de P. P., aún en los procesos que se separan.

Lo que pretende la ley con prescripción tal, en la que da por sentada la imparcialidad del funcionario empapado del asunto para continuar su conocimiento aún en proceso separado, es imprimir agilidad a la administración de justicia, que se vería notablemente afectada en este sentido con el reparto del nuevo proceso que surja a raíz de la ruptura de la unidad del proceso, a un nuevo funcionario, en la etapa del juzgamiento, para quien todo en tal asunto es desconocido.

La clara prescripción en comontario, elimina pues, el temor del señor Magistrado que se declara impedido a transgredir el régimen de los impedimentos, y concede la razón a los funcionarios colegiados que lo rechazan. No se da pues, el impedimento aducido.

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

Resuelve:

Declarar infundado el impedimento aducido por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, doctor Alvaro Guevara Sandoval para conocer de este proceso. En firme devuélvase la actuación a la oficina de origen para lo de su competencia.

Cópiese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Pérez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

RECUSACION / NULIDAD / FAVORABILIDAD / REFORMATIO IN PEJUS / UNIDAD PROCESAL

La regulación prevista en el estatuto procesal penal no tiene ninguna dificultad para su comprensión, pues dentro del marco del sentido común, de la lógica, allí se establece que desde que se presente la recusación, o lo que es lo mismo, desde que el funcionario sepa que ha sido recusado, o desde cuando él manifieste el impedimento se suspende el proceso. / La única circunstancia que permitiría calificar de irregular la actuación, y podría llevar a una invalidación, sería que el juez o magistrado, sabiendo que está recusado, decidiera continuar con el proceso desconociendo la orden de suspenderlo que contiene el artículo 111. De manera que lo que realice sin estar enterado de la recusación, así ésta se haya entregado en la Secretaría no constituye ninguna irregularidad, ni se está con ella infringiendo ninguna prohibición, luego es absurdo pretender una invalidación retroactiva a una parte del proceso o a una decisión que el funcionario o la Corporación en ese momento podían tomar, ya que no había ningún motivo que impidiera hacerlo. / No es cierto que con el rompimiento de la unidad procesal (como consecuencia de la nulidad parcial decretada), se afecte el principio de favorabilidad y el de la reformatio in pejus, pues como es elemental saberlo, el primero obra cuando hay sucesión de leyes en el tiempo y existen dos o más que resultan aplicables a un caso concreto. El segundo, de acuerdo con la voluntad manifestada por el implicado a renunciar a la prescripción, se debe proceder a dictar la sentencia que corresponda, lo cual, si fuere condenatoria, no podría ser mayor a la que se hubiere dictado manteniendo la unidad de procesos, en virtud de la norma que regula la acumulación jurídica de penas.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel.

Aprobado Acta número 058.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el procesado *Julio Alberto Sánchez Vega*, Exjuez Veinte Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, contra la providencia mediante la cual se decretó la nulidad de la cesación de procedimiento dictada por prescripción de la acción penal, y se declaró la ruptura de la unidad procesal.

Providencia impugnada:

En decisión de abril 29 del presente año, esta Corporación negó la petición de nulidad formulada por el doctor Sánchez Vega, argumentando que se debía invalidar lo actuado a partir del momento en que entregó en la Secretaría de la Sala un memorial recusando a todos los Magistrados.

Se dijo en esa oportunidad, que: "Es verdad que el artículo 111 del estatuto procesal penal dice que: 'Desde cuando se presente la recusación, o se manifieste el impedimento, hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso', pero el entendimiento de la norma no es desde el momento en que el memorial se entregue en la Secretaría del Juzgado o Corporación que tenga a su cargo las diligencias, sino desde cuando se pone en conocimiento del funcionario recusado, esto es, cuando pasa al Despacho.

"Una interpretación diferente llevaría al absurdo de pretender que el juzgador suspendiera la actuación sin estar enterado de la recusación, o que en todos los casos fuera obligatorio invalidar lo realizado en el periodo comprendido entre la entrega del memorial recusatorio en la Secretaría y su traslado al Despacho.

"En el presente asunto el expediente ingresó para sentencia el 26 de octubre; el proyecto se registró el 5 de noviembre, y la Sala lo aprobó el 24 del mismo mes, trámite dentro del cual no se conoció por el Magistrado sustanciador recusación alguna, de manera que el motivo de nulidad alegado no existió".

En el mismo proveído, obrando de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del estatuto procesal, se aceptó la renuncia a la prescripción de la acción que había operado en una de las causas acumuladas, y en consecuencia se declaró la nulidad de la cesación del procedimiento que respecto de ese delito se había decretado y el consiguiente rompimiento de la unidad procesal.

Sustentación de la impugnación:

El recurrente apoya su inconformidad en los siguientes argumentos;

a) Considera inexacta la interpretación que hace la Sala del artículo 111 del Código de Procedimiento Penal, y para respaldar su afirmación transcribe el artículo 21 *ibidem*, que consagra el principio de la integración.

Estima que no es utópico pregonar que el artículo 111 ya citado resulta oscuro frente a la meridiana claridad del artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el momento en que se suspende el proceso en virtud de la recusación, motivo por el cual se pregunta, ¿si lo anterior es cierto, por qué no darle aplicación al artículo 30 del C. C., inciso segundo?, que dice, "los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". También copia el artículo 31 *ibidem*.

b) Admito que es absurdo pretender que el funcionario suspenda la actuación antes de estar enterado de la recusación, pero cree que el legislador le dio solución "al considerar viciado de nulidad lo actuado con posterioridad a la presentación del memorial de recusación en la Secretaría del Juzgado o Corporación respectiva".

c) Dice que si la ley procesal en materia civil dispone que el proceso se suspenda desde la presentación del memorial de recusación en la Secretaría, no concibe cómo en el procedimiento penal no tenga aplicación dicha norma. Agrega que con la interpretación dada se desconoce el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal, que preceptúa que los funcionarios judiciales sólo están sometidos a la Constitución y la ley.

d) Como en el procedimiento penal no hay norma expresa sobre presentación y trámite de memoriales, debe acudirse necesariamente al artículo 107 del Código de Procedimiento Civil, y la suspensión del proceso surge desde el instante en que el secretario deja constancia de la entrega del escrito de recusación.

La petición es que se revoque la providencia recurrida dado que con ella se le están causando irreparables perjuicios en sus derechos sustanciales y procesales.

Consideraciones de la Sala:

1º La observación del trámite que ha tenido el proceso ante la Corte, muestra que el interés que ha movido al doctor Sánchez a intervenir se refiere a estos aspectos: a) Que la Sala, antes de fallar el asunto relacionado con la declaración de los bienes mostrenos, se pronuncie sobre la recusación; y, b) Que esa investigación no termine por prescripción sino que respecto de ella se dicte un fallo de fondo.

En el auto impugnado se aceptó la renuncia a la prescripción presentada por el acusado, y expresamente se dijo que antes de cualquier otro pronunciamiento la Sala entraría a ocuparse de la recusación. Con

esa decisión es evidente que los dos puntos que preocupaban al exjuez han sido atendidos, lo que indica que el recurso interpuesto no es razonable, a menos que su verdadero interés no sea el que ha aparentado tener.

En este mismo orden de ideas, carece de todo fundamento su afirmación de que la providencia recurrida le está causando irreparables perjuicios en sus derechos sustanciales y procesales, pues como ya se dijo, con ella no se ha hecho cosa distinta que acceder a sus pretensiones, para lo cual no se requería decretar la nulidad total de la sentencia, sino la parcial como se hizo.

2º Entrando a la consideración de los argumentos de la impugnación, lo que en ellos expresa el doctor Sánchez es que no comparte la interpretación que le ha dado la Sala al artículo 111 del Código de Procedimiento Penal, y reitera que debe declarar la nulidad de la actuación cumplida a partir de la entrega del memorial de recusación en la Secretaría de la Corporación.

La norma citada dice: "Desde cuando se presente la recusación, o se manifieste el impedimento, hasta que se resuelva definitivamente se suspenderá el proceso".

Para su interpretación no es necesario acudir a ningún otro ordenamiento jurídico, ni tampoco se puede reemplazar esta disposición, como pretendo el actor, por el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, so pretexto de que esta última es más clara.

La regulación prevista en el estatuto procesal penal no tiene ninguna dificultad para su comprensión, pues dentro del marco del sentido común, de la lógica, allí se establece que desde que se presente la recusación, o lo que es lo mismo, desde que el funcionario sepa que ha sido recusado, o desde cuando él manifieste el impedimento se suspende el proceso.

Tan claro es esto, que el recurrente, aún teniendo el propósito de hacerlo ver oscuro, lo acepta, pero le agrega una consecuencia inexplicable. Textualmente anota:

"5. Estoy convencido de que ciertamente resulta absurdo que el funcionario recusado suspenda la actuación sin estar enterado de la misma, lo que si no es absurdo es la solución que el legislador le dio al considerar viciado de nulidad lo actuado con posterioridad a la presentación del memorial de recusación en la Secretaría del Juzgado o Corporación respectiva".

La única circunstancia que permitiría calificar de irregular la actuación, y podría llevar a su invalidación, sería que el juez o Magistrado, sabiendo que está recusado, decidiera continuar con el proceso desconociendo la orden de suspenderlo que contiene el artículo 111. De manera que lo que realice sin estar enterado de la recusación, así ésta se haya entregado en la Secretaría, no constituye ninguna irregulari-

dad, ni se está con ello infringiendo ninguna prohibición, luego es absurdo pretender una invalidación retroactiva a una parte del proceso o a una decisión que el funcionario o la Corporación en ese momento podían tomar, ya que no había ningún motivo que impidiera hacerlo.

De lo anterior no puede concluirse que la suspensión del proceso queda al arbitrio del secretario, pues salvo las peticiones de libertad que tienen trámite especial, en los demás casos debe pasar los memoriales al Despacho al día siguiente de su recibo, aplicando el Código de Procedimiento Civil, aquí sí, por integración, de modo que su incumplimiento podría acarrearle consecuencias disciplinarias e incluso penales según el caso.

La inaceptable interpretación del imputado lleva a la creación de una causal de nulidad que no obedece a irregularidad alguna, y que podría ser manejada a su antojo por los sujetos procesales como eficaz mecanismo para entorpecer los procesos e impedir que la administración de justicia cumpla con sus fines.

De otra parte, no es cierto que con el rompimiento de la unidad procesal (como consecuencia de la nulidad parcial decretada), se afecte el principio de favorabilidad y el de la *reformatio in pejus*, pues como es elemental saberlo, el primero obra cuando hay sucesión de leyes en el tiempo y existen dos o más que resultan aplicables a un caso concreto, hipótesis que no se da en este asunto; y el segundo es completamente ajeno a este caso, porque simplemente, de acuerdo con la voluntad manifestada por el implicado al renunciar a la prescripción, se debe proceder a dictar la sentencia que corresponda, lo cual, si fuere condenatoria, no podría ser mayor a la que se hubiera dictado manteniendo la unidad de procesos, en virtud de la norma que regula la acumulación jurídica de penas.

Lo dicho es suficiente para mantener la decisión tomada en oportunidad anterior.

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

Resuelve:

No reponer la providencia recurrida por el procesado Julio Alberto Sánchez Vega.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimio Pérez Velandia, Edgar Suárez Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael J. Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE REVISION / AUTO INHIBITORIO

Sólo a partir del C. de P. P. de 1991, la acción de revisión se hizo extensiva a dos autos interlocutorios: El que decreta la cesación de procedimiento y el de preclusión de la investigación. Pero en relación con esta clase de providencias sólo es viable la acción por las causales contempladas en los numerales 4º y 5º del artículo 232 del citado estatuto. Ninguna otra clase de providencias es susceptible de la acción de revisión. / Contra la resolución inhibitoria no puede interponerse acción de revisión primordialmente porque la ley no la incluye dentro de las providencias revisables, y además porque es una decisión que no adquiere el carácter de res judicata ya que puede ser revocada de oficio o a petición de parte, por el funcionario que la proferió, "...siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla..." (art. 323 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta de junio de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 58, junio 29 de 1993.

El abogado César Túlio Rebellón Reyes, interpone ante esta Corporación "acción de revisión" contra el auto de segunda instancia emanado de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual, al resolver un recurso de apelación confirmó en su integridad la resolución inhibitoria, dictada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, a favor de la doctora Ana Luz Escobar, dentro de la investigación previa adelantada por denuncia instaurada por el ahora accionante.

Desatinada e improcedente es a todas luces la acción incoada, hasta el extremo que lleva a la Corte a decretar su rechazo *in limine.*

En primer lugar, el peticionario no es titular de la acción de revisión. Esta sólo puede ser promovida, "...por el defensor, por los titulares de la acción civil dentro del proceso penal, por el Ministerio Público y el Fiscal...", según lo preceptuado por el artículo 232 del

C. de P. P. Ninguna de estas calidades puede pregonarse del actor, quien tan sólo figuró como denunciante en las diligencias de indagación preliminar que culminaron con la resolución inhibitoria.

En segundo lugar, porque en contra de lo que afirma el peticionario, el C. de P. P. de 1991, en su artículo 232, si señala las providencias contra las cuales taxativamente procede la acción de revisión.

Enseña la norma en cita que "...la acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas", es decir, contra las sentencias proferidas dentro de los procesos penales, que por estar materialmente ejecutoriadas han adquirido el carácter de cosa juzgada.

Como excepción a este principio general y sólo a partir del C. de P. P. de 1991, la acción de revisión se hizo extensiva a dos autos interlocutorios: El que decreta la cesación de procedimiento y el de preclusión de la investigación. Pero en relación con esta clase de providencias sólo es viable la acción por las causales contempladas en los numerales 4º y 5º del artículo 232 del citado estatuto. Ninguna otra clase de providencias es susceptible de la acción de revisión.

Conforme a lo anterior, forzoso es concluir que contra la resolución inhibitoria no puede interponerse acción de revisión, primordialmente porque la ley no la incluye dentro de las providencias revisables, y además porque es una decisión que no adquiere el carácter de *res judicata* ya que puede ser revocada de oficio o a petición de parte, por el funcionario que la profirió, "...siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla..." (art. 320 del C. de P. P.).

Lo anterior, es suficiente para poner en evidencia la improcedencia de la demanda, que en consecuencia debe ser rechazada *in limine*.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, rechaza *in limine* por ser improcedente la acción de revisión interpuesta contra la resolución inhibitoria, dictada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, a favor de la doctora Ana Luz Escobar dentro de la investigación previa adelantada contra la misma.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Enríz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páes Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

INDICES

INDICE CRONOLOGICO DE SENTENCIAS PUBLICADAS

PRIMER SEMESTRE DE 1993

Pág.

PRESCRIPCION / RECUSACION / IMPEDIMENTO / APELACION

1. Es verdad que el artículo 111 del estatuto procesal penal dice que, "desde cuando se presente la recusación, o se manifieste el impedimento, hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso", pero el entendimiento de la norma no es desde el momento en que el memorial se entregue en la Secretaría del Juzgado o Corporación que tenga a su cargo las diligencias, sino cuando se pone en conocimiento del funcionario recusado, esto es, cuando pasa al Despacho.
- / 2. Las sentencias de segunda instancia en materia penal no tienen ejecutoria inmediata. / 3. Cuando en segunda instancia se decreta la prescripción de la acción o de la pena, o se dicta o sustituye una medida de aseguramiento, la providencia es notificable, aspectos estos para cuya claridad hasta leer el inciso 2º del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal y 1º del artículo 214 *ibidem*. / 4. Con la renuncia a la prescripción oportunamente expresada por el acriminado, se recupera la competencia para resolver el recurso de apelación respecto del delito que dio lugar a la acción declarada prescrita, lo que impone decretar la nulidad parcial del proveído, limitándola a la cesación del procedimiento y dejando en firme la parte correspondiente a la confirmación de la sentencia dictada por los delitos investigados en el proceso acumulado. / En este caso como es obvio, conlleva la ruptura de la unidad procesal, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, en donde expresamente se advierte que dicha unidad no se conservará "cuando se declare la nulidad con relación a uno de los sindicados o de los hechos punibles". Con la oportunidad fijada legalmente para renunciar a la prescripción de la acción penal, se crea una razón sobreviniente que obliga a la invalidación de una decisión anterior, única manera de poder continuar con la actuación, pues mantener la vigencia de la cesación del procedimiento sería violatorio del debido proceso. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de segunda instancia. Fecha: ABRIL 29 DE 1993. Decisión: Decreta nulidad. Declara rupt. U.P. Acción: Julio Alberto Sánchez Vega. Fuente formal: Decreto 100 de 1980, artículo 80; Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 11º, artículo 197 inciso 2º y artículo 214 inciso 1º. Radicación número 7917. 777

DEMANDA DE CASACION / JUEZ

1. Tratándose como en efecto lo es la demanda de casación, de un juicio técnico-jurídico a la sentencia susceptible a ese medio impugnatorio, el escrito debe reunir exigencias de lógica y de contenido tercierentes a la demostración de la causal alegada, expresadas en forma assertiva y concisa que pongan en evidencia el error del fallador, es decir, descubriendo los acontecimientos procesales equivocados si de errores de procedimiento se trata, o los errores conceptuales si los vicios advertidos son los llamados errores *in iudicando*; sin dejar el arbitrio del juez de la casación la escogencia de cualquiera de las alternativas planteadas, porque para éste rige el principio de limitación; que no sólo le impone supeditarse a la o las causas o causas aducidas, sino al contenido mismo de la alegación, porque se trata de hacer pronunciamientos claros y coherentes en el contenido de administrar justicia. / 2. "No toda negativa del funcionario judicial en relación con las peticiones de las partes puede ser considerada como lesiva a los intereses de las partes, porque entonces perdería el juez su función de director del proceso y pasaría a ser simplemente un sujeto encargado de convalidar las actuaciones de los trabajados en el conflicto, sin que tuviese oportunidad de controlar su actividad o estudiar, de acuerdo con las circunstancias procesales mismas, cada una de las peticiones para determinar así su procedencia o improcedencia". Magistrado ponente doctor Dídimo Pérez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: ABRIL 29 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá. Acción: Arturo J. Ortiz Umaña. Delito: Abuso de confianza. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 220. Radicación número 7295.

782

SENTENCIA / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

1. Los fallos de primer y segundo grados se integran, es decir que jurídicamente forman un solo cuerpo, siempre y cuando, claro está, la segunda instancia no se aparte o disienta de la sentencia que revisa, al compartir en un todo el Tribunal las penas que el Juzgado dispuso. / 2. La indemnización del daño privado que se origina con la delincuencia, no es una pena accesoria, sino un tema aparte, de diferente naturaleza y origen. No la consagra la ley como pena accesoria. Magistrado ponente Doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: ABRIL 29 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Fredy Alberto Lessnes. Delito: Acceso carnal abusivo en menor de 14 años. Radicación número 7316.

790

INCOLPABILIDAD / ERROR DE JUSTIFICACION

Para que el error de prohibición causal de inculpabilidad, tenga fundamento, se regulen que la víctima realice un comportamiento que, razonablemente, conduzca al procesado al convencimiento de que se encuentra frente a la necesidad de defendérse de una agresión injusta, resulta incuestionable entonces que el error parte de una objetividad, que no de poca magnitud, como que ha de llevar al acusado a con-

Pág.

vencerte (he ahí su idoneidad) de que obra en defensa justa. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: ABRIL 29 DE 1993. Decisión: No casar. Procedencia: Tribunal Superior de Antioquia. Acción: Mario Alfonso Roldán Marín. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto 100 de 1980, artículo 403. Radicación número 7180. 795

COHECHO IMPROPPIO

En el cohecho impropio el dinero se recibe o se acepta el ofrecimiento, por un acto que el funcionario debe efectuar en el desempeño de sus funciones, pero que debía realizar gratuitamente y sin embargo recibe por él una gratificación a todas lunes indebidamente. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de segunda instancia. Fecha: ABRIL 29 DE 1993. Decisión: Confirma la sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. Acción: Jaime de Jesús Duque Arboleda, exjuez. Delito: Cohecho impropio. Fuente formal: Decreto 100 de 1980, artículo 143. Radicación número 7973. 811

REO AUSENTE / DERECHO DE DEFENSA / NULIDAD

1. Tratándose de sindicados que deben ser citados para ser escuchados en Indagatoria, es necesario esperar los informes que se indiquen que ha sido imposible su ubicación, para entonces en tales circunstancias si proceder a ordenar al respectivo emplazamiento y posterior declaratoria de ausencia; por tanto, primero se deben agotar todos los esfuerzos necesarios para localizar al sindicado, pues proceder de manera distinta sería vulnerante del derecho de defensa. / 2. No debe olvidarse uno de los principios que regulan la declaratoria de las nulidades, denominado de protección, según el cual la parte que con su negligencia, torpeza o su propio querer ha dado lugar a la irregularidad procesal no puede alegarla en su favor para pretender beneficiarse de ella, pretendiendo se declare una nulidad. / 3. El Estado garantiza el derecho de contradicción y de defensa, pero si el interesado es reacio a ejercerlo, no se podría posteriormente imputar como falta o defecto del Estado el que no lo hubiere ejercido. Magistrados ponentes doctores Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas. Aclaración de voto del doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: ABRIL 30 DE 1993. Decisión: No casar. Procedencia: Tribunal Superior de Medellín. Acción: Argomiro Marín F. Delito: Homicidio. Radicación número 6693. 820

DERECHO DE DEFENSA (ACLARACION DE VOTO)

La exigencia constitucional no puede tomarse en el sentido de que la falta de defensor —(por muerte del abogado o renuncia al poder etc.)— durante un tiempo en el cual no se realiza ninguna actuación, genera automáticamente nulidad; y si en ese lapso se practican diligencias, es necesario evaluar la trascendencia de las mismas con relación al respeto debido al derecho de defensa. Magistrados ponentes doctores Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Acla-

Págs.

ración de voto del doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: ABRIL 30 DE 1993. Radicación número 6993. 833

CALIFICACION (SALVAMENTO DE VOTO) / DERIBO PROCESO (SALVAMENTO DE VOTO) / NULIDAD (SALVAMENTO DE VOTO)

Considero la calificación del proceso como una de las etapas determinantes, por ser allí donde se decide si se formulan o no cargos; es el momento en el cual las argumentaciones planteadas por los sujetos procesales pueden resultar trascendentales para determinar el criterio del juzgador. / El derecho de defensa es una de aquellas garantías que no puede ser convalidada, ni siquiera por el consentimiento del propio interesado, puesto que se trata de un derecho que ha de garantizarse aún contra la propia voluntad del procesado. / El numeral primero del artículo 303 del C. de P. P., viene a consagrarnos otro de los presupuestos que regulan la declaratoria de las nulidades, el denominado principio de la instrumentalidad de las formas que dispone: "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", según el cual es dable concluir que así el acto hubiese cumplido la finalidad para la cual fue creado por el legislador, será impotente la declaratoria de nulidad. / La ausencia del defensor en la etapa de la calificación del sumario resulta definitorio del tema relativo a la defensa técnica del procesado, como que si bien se ha dicho que la defensa debe ser integral. Magistrados ponentes doctores Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: ABRIL 30 DE 1993. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 303. C. N., artículo 29. Radicación número 6993. 834

DEMANDA DE CASACION / FLAGRANCIA / POLICIA JUDICIAL / VERSION LIBRE

Tratándose del error de derecho por falso juicio de legalidad, es necesario citar las normas procesales presuntamente infringidas, indicando en forma clara y precisa en qué consistió la violación. / El numeral 7º del artículo 334 del Decreto 050 de 1987, autorizaba a la Policía para recibirle versión libre y espontánea, sin el apremio del juramento, a los presuntos autores o partícipes de un hecho, capturados en flagrancia. / El artículo 338 del decreto mencionado, ordenaba que las diligencias practicadas por la Policía Judicial fueran apreciadas de acuerdo con el sistema establecido para su aducción y crítica. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 3 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: Orlando Riveros G. Delito: Hurto calificado y agravado. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 220; Decreto 050 de 1987, artículos 334, 338. Radicación número 7310. 837

DERECHO DE DEFENSA / DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / TESTIMONIO

1. Los abogados pueden cometer errores e incurrir en omisiones que afecten los intereses de sus poderdantes, sin que por ello pueda afirmarse válidamente que se ha violado algún derecho procesal. / Tampoco es un argumento válido para fundamentar la ausencia absoluta de defensa técnica la no interposición de recursos en el trámite de las instancias, ya que esa es una opción que queda a juicio de la parte afectada por la decisión, quien según el análisis que haga resolverá si recurre o no, siendo precisamente esta determinación ejecución de la estrategia defensiva. / 2. Sobre la simple hipótesis que no consultan la realidad procesal, no puede edificarse eficazmente un motivo de casación. / 3. La sentencia de segunda instancia aunque no esté ejecutoriada tiene carácter definitivo y está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, que sólo puede quebrarse con la demostración de un error *in iudicando* o *in procedendo*. / 4. Reconocerle entidad de prueba a lo que jurídicamente no la tiene por vicios en su recaudación o aducción evidentemente constituye un error de derecho por falso juicio de legalidad. / Las dos formas del error de derecho (falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción), son excluyentes, no pueden ser planteadas simultáneamente respecto de una misma prueba. Si se parte del supuesto de que la prueba es inexistente porque se recauda sin los requisitos señalados por la ley, mal puede plantearse con respecto a la misma un falso juicio de convicción a causa de su indebida valoración. / 5. El alian defensivo no puede llevar al abogado al terreno de la inversión de los valores, ni al plantamiento de tesis que dejan mucho que desear sobre su verdadera competencia y la capacidad para captar la realidad y valoración jurídica. / 6. Resulta desatinado atacar la prueba testimonial que tuvo en cuenta el fallador para proferir la sentencia de condena, pretendiendo demostrar ilegalidades en su aducción porque ello implica según la formulación y desarrollo del cargo que a estos medios probatorios totalmente diferentes al reconocimiento en fila de personas se les está exigiendo los mismos ritos que la ley exige para este último medio probatorio. Magistrado ponente doctor Ricardo Culvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 4 DE 1993. Decisión: No cas. Procedencia: Tribunal Superior de Medellín. Acción: Luis Fernando Rodríguez. Delito: Homicidio y otros. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 220. Radicación número 6952.

844

TERMINO

Los términos no son simples mejones que se colocan en el proceso para diferenciar momentos de importancia para la cuestión que se decide. Ellos constituyen una garantía eficaz para los sujetos procesales en la medida que lo permiten a cada cual un lapso determinado para conocer las decisiones judiciales y poder interponer los recursos necesarios en salvaguarda de sus intereses. Son, por tanto, una herramienta indispensable para resguardar los derechos fundamentales, alma y nervio del proceso mismo. / No es justo que al recurrente se le des-

Pág.

cuenten cuatro (4) días, de los treinta (30) que la ley le asigna, pues ello indica que su tiempo para estudiar el proceso y elaborar el escrito para fundamentar su recurso, queda reducido a veintiséis días. / Si un tropiezo como es el negarle al recurrente la oportunidad de tener en su poder el proceso, durante todo el tiempo preceptuado por la normatividad, no avala la ampliación de un término, tampoco puede servir para restringirlo. / Si al expediente se le negó el acceso por unos días, el término no podía empezar a correr, pues se estaría desconociendo el derecho de defensa. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 5 DE 1993. Decisión: No decreta la nulidad. Procedencia: Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá. Acción: Ramiro Vergara y Stella Melo. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 170. Radicación número 8149. 874

DEMANDA DE CASACION / CASACION OFICIOSA / NULIDAD

Es verdad que el nuevo Código de Procedimiento Penal permite la formulación de cargos escalonados, pero cuando esto se hace 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 tener la necesaria claridad y precisión sobre la verdadera inconformidad del recurrente. / La mescla en el mismo cargo de las dos modalidades de violación —directa e indirecta— y la conclusión en la nulidad imputada, impiden un pronunciamiento de fondo, porque la Sala no tiene facultades para seleccionar entre diversos reproches contradictorios alegados en forma conjunta, ni para corregir la demanda. / El estudio oficioso de la nulidad únicamente procede cuando para la Sala sea ostensible que se ha incurrido en una irregularidad. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 5 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá. Acción: Edgar Eberto Camelo Segura. Delito: Tentativa de homicidio y porte ilegal de armas. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 220. Radicación número 7074. 878

DEMANDA DE CASACION

Dispone el artículo 225 del nuevo Código de Procedimiento Penal que la demanda de casación deberá contener: "La causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas". Ese texto es reproducción exacta del artículo 224-3 del anterior Código de Procedimiento Penal. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de casación. Fecha: MAYO 5 DE 1993. Decisión: Inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior de Santa Marta. Acción: Alejo Orlando Solano. Delito: Falsedad ideológica, peculado, celebración indebida. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 225. Radicación número 8287. 889

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Ante la desaparición de las normas procesales que señalaban determinado valor probatorio a algunos medios de prueba (sistema de tarifa legal), hoy no es posible aducir errores de derecho provenientes de un falso juicio de convicción sino en el improbable caso de que el juzgador le diera a la prueba un valor que el legislador no le asignó. / Lo que es dable es aducir error de hecho en la apreciación de la prueba, bien porque se inventó o supuso algo, bien porque se ignoró total o parcialmente un medio de convicción, ora porque se tergiversó su sentido objetivo, haciéndole decir a la prueba lo que ésta no dice, o demostrar que el juzgador se apartó de las normas de la sana crítica. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 5 D.E 1993. Decisión: No casar. Procedencia: Tribunal Superior de Ibagué. Acción: Alvaro Gálvez Puerta. Delito: Homicidio. Fuenre formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 320. Radicación número 7523.

893

PRUEBA / SENTENCIA CONDENATORIA / SANA CRITICA / INHABILIDAD / PREVARICATO

1. En los términos del artículo 247 del C. de P. P., son dos los extremos probatorios en que se funda un fallo de condena: Certeza sobre el hecho punible y sobre la responsabilidad del sindicado. La certeza es el conocimiento seguro y claro de alguna cosa o como dice la Real Academia de la Lengua "Firme adhesión de la mente a algo conocible sin temor a errar". / 2. Si bien es cierto que el artículo 106 del Decreto 1360 de 1970, establece como prueba del estado civil de las personas el registro civil correspondiente, también lo es en materia penal, si reconocerse la libertad probatoria para la demostración de los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad de los imputados y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, el legislador ha querido en forma relativa y subsidiaria permitir que la verdad histórica pueda ser demostrada por cualquiera de los medios probatorios señalados en el código de la materia, por ser esa verdad la prevalente en el proceso penal. / Esto explica la existencia del artículo 254 de dicho estatuto que impone al juez el deber de apreciar las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. / 3. No existe duda acerca del carácter de documentos públicos que tienen las nóminas donde se certifica la asistencia regular de los empleados y la ausencia de inhabilidad alguna en los términos referidos por la Ley 12 de 1945 y el Decreto 1680 de 1978, artículos 1º y 9º respectivamente. / 4. De ordinario, si bien no existe un trato afectuoso y ni siquiera amistoso con todos los integrantes de una familia, y a pesar de que unos y otros vivan en diferentes lugares, si se tiene conocimiento de quienes la conforman, sobre todo con respecto de aquellas personas con vínculos más cercanos; como sucede con los abuelos, tíos, hermanos, primos, sobrinos. Esto permite afirmar que, por lo general, un individuo sabe quienes son los parientes más cercanos. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Salvamento de voto de los doctores Jorge Carreño Luengas, Dídimio Pérez

260

Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia. Fecha: MAYO 5 DE 1993. Decisión: Modifica la sentencia. Procedencia: Tribunal Superior de Neiva. Acción: Guillermo Polanía Zamora. Delito: Falsedad ideológica. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 247, artículo 253, artículo 254. Radicación número 8143. 903

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO) / PARENTESCO (SALVAMENTO DE VOTO)

Al Estado le corresponde infirmar lo dicho (por el funcionario con relación al parentesco con su empleado), pero no con presunciones de responsabilidad, sino con prueba demostrativa de su inexactitud. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Salvamento de voto de los doctores Jorge Enrique Valencia Martínez, Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Llerengas. Sentencia de segunda instancia. Fecha: MAYO 6 DE 1998. Radicación número 8143. 913

ALLANAMIENTO / FLAGRANCIA / DEBIDO PROCESO

1. Como diligencia que es y consultando sus anotados fines, el allanamiento permite su verificación bien dentro del proceso o previa su iniciación, y dentro de su curso se comprenderán tanto la verificación de hechos como la práctica de pruebas e inclusive la toma de decisiones cuando éstas tengan relación con la realización misma de la diligencia. / 2. La sola vigencia de la nueva Carta Constitucional no implicó de plano ni la invalidación de toda la legislación que precedía, ni la de aquéllas actuaciones judiciales cumplidas dentro de la legalidad prevista a la fecha de su realización por la Constitución y leyes de entonces. / 3. Más allá de precisar ahora que la orden de registro de morada debe emanar de una "autoridad judicial competente" (art. 23) y no ya "cualquier autoridad competente" como advertía el anterior artículo 23 superior, pues la disposición que daba la facultad para que cualquier persona aprehendiera y concujera si "delincuente cogido in flagrante", y a la autoridad que lo persiguiese la posibilidad de penetrar aún a su propio domicilio sin previa orden de allanar (art. 24 anterior), se reprodujo ahora en el artículo 32 de la Constitución vigente, de donde deba colegirse que sigue siendo uno mismo el fundamento constitucional. / 4. Siendo el artículo 29 constitucional en su parte final el que fija las consecuencias que acarrean los vicios sustanciales en el recaudo de los medios demostrativos, al preceptuar que: "Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", claramente y por mandato superior se entiende que esos efectos se restringen a la sola invalidez del medio probatorio, sin llegar a impregnar la actuación dentro de la cual aquella evidencia se pretendiera hacer valer, ni autorizar, por lo mismo, ese retrámite del trámite procesal a las instancias. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 6 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Orlando Vargas Muriel. Delito: Porte ilegal de armas de uso privativo. Fuente formal: Decreto-ley 2703 de 1991, artículo 343. C. N., artículos 32 y 29. Radicación número 6184.

CONSULTA

Para el caso en que el contenido de la sentencia que se impugna hubiese sido exclusivamente de condena, ninguna duda cabe en cuanto a la inoperancia del grado jurisdiccional de la consulta, excluida por voluntad expresa de la ley, pues no solamente como normas procesales los Decretos 2790 de 1990 y 009 de 1991 tenían aplicación prioritaria y cumplimiento inmediato frente a las normas que sustituyeron, sin que ante los posibles alcances gravosos que la revisión por consulta pudieran entrañar para el procesado, los efectos de esa nueva preceptiva debían también privar por su naturaleza de norma posterior y favorable, según consecuencias que fija el artículo 29 constitucional, inhibiendo aquella posibilidad por la cual optaría el *ad quem* al revisar, para agravarla, la situación del condenado. / Siendo individual la responsabilidad penal del procesado, la autorización otorgada por el legislador para la revisión de la situación de uno solo de varios enjuiciados, no podría extenderse para comprender también la situación de otro u otros acusados, pues de haber sido tal el interés legislativo, no cabe duda que así habría tenido que indicarse, pues las normas sobre competencia no facultan su cumplimiento por vía interpretativa, y si en cambio es la situación de cada imputado a tal punto individual e independiente, que la misma ley autoriza que por separado se investiguen y fallen bajo distinta cuerda las conductas de los diferentes participes de una misma infracción, cuando bajo las diversas circunstancias la unidad de procedimiento se dificulta o rompe. / Admitiendo por vía de discusión como posible que la extensión de la competencia en caso de la consulta autorizara tocar la situación de otro procesado, el argumento de la coherencia del fallo invitaría a equiparar las penas de quienes responden dentro de unas mismas circunstancias por idéntica infracción tampoco podría autorizar la desmejora de la situación del condenado cuyo fallo no sea susceptible de consulta o no hubiese sido apelado por parte de quien tuviese un legítimo interés, pues esa posibilidad contraria en el tránsito de normas el principio de favorabilidad, además de merecer ahora el repudio expreso del artículo 217 del Decreto 2700 de 1991 en su parte final, regla que a su vez emana del mandato constitucional del artículo 31 superior. / A diferencia de la intervención en las instancias donde la competencia del superior es plena, exige el recurso de casación, que el actor delante la acusación y concreta, cuando a él recurre, el error de hecho o de derecho cometido. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación Fecha: MAYO 6 DE 1993. Decisión: Casa parcial a uno y no casa a otro. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Alcides y Libardo Ardila. Delito: Infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 206. Decreto 050 de 1987, artículos 229 y 210. Radicación Número 6718. ... 035

REFORMATIO IN PEJUS / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

La norma superior vedó con exclusividad la modificación gravosa de la pena, pero no hace extensiva esa prohibición a otras decisiones, ni podría entenderse por extensión que aquello sea así tratándose del restablecimiento del derecho o del resarcimiento de perjuicios, por ser

Pág.

de la misma Constitución de la cual emana el mandato para que las autoridades protejan a los ciudadanos en sus derechos —art. 20—, principio del cual debe comprenderse obviamente la situación de la víctima de un delito, y que correlativamente impone y debe hacer efectivas las consecuencias que en ese ámbito incumben a quien desatiende el deber también constitucional —art. 93— de "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios". Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de Casación. Fecha: MAYO 6 DE 1993. Decisión: No cassa. Procedencia: Tribunal Superior de Bogotá. Acción: Víctor Manuel Delgado. Delito: Receptación. Fuente formal: C. N., artículo 31. Radicación número 7521. 943

DEMANDA DE CASACION / HOMICIDIO / HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

1. Mezclar falso juicio de identidad con falta de apreciación de una prueba e incorrecta valoración de la misma es buen ejemplo de una de las faltas que no se debe cometer en casación. / 2. Para la doctrina y la jurisprudencia es muy claro desde antiguo, que el considerar un homicidio como preterintencional en lugar de simplemente voluntario no entraña error en la denominación jurídica, por lo tanto no existe ningún motivo para acudir a la causal de nulidad. / Ante una acusación por homicidio simple, el juez en el fallo puede llegar a la conclusión de que es preterintencional o culposo, según los elementos de juicio con que cuente, pues esa determinación favorece al acusado, y si dentro de las facultades está absolverlo, con mayor razón puede reconocerle una circunstancia diminuente de la pena. Lo que no podría hacer, así no varie la calificación, es agravar la situación del encasillado desbordando el límite marcado en el pliego de cargos, pues además de sorprender a la defensa, sería una sentencia inconsultante con la resolución de acusación. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 11 DE 1993. Decisión: No cassa. Procedencia: Tribunal Superior de Medellín. Acción: Ricardo Muñoz Giraldo. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-Ley 2700 de 1991, artículo 220. Decreto 100 de 1980, artículos 323 y 325. Radicación número 7301. 958

JUEZ / TESTIMONIO

El juez puede autenticar o dar fe de lo ocurrido en el despacho a su cargo; en ese sentido su función certificadora no resiste objeción ninguna. Es por mero motivo organizacional que en determinadas disposiciones se le atribuye la actividad autenticadora al secretario del Juzgado, pero sin excluir la igual facultad que tiene el juez. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Rula. Sentencia de cassación. Fecha: MAYO 11 DE 1993. Decisión: No cassa. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: María Enelia Márquez. Delito: Falsedad en documento privado y otros. Radicación número 7340. 966

CASACION DISCRETIONAL / TERMINO

La excepcionalidad y discrecionalidad para la aceptación del recurso de casación de que trata el artículo 218 del C. de P. P. en su inciso

Págs.

Último, no excluyen en forma total los presupuestos tradicionales de procedibilidad, sino que, los amplian cuando determinadas circunstancias aconsejan la concesión de la impugnación a casos que lo ameritan. / Así las sentencias recurridas, deberán ser siempre de segunda instancia y podrán provenir de Tribunales o de Juzgados; el recurso deberá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de conformidad con el artículo 223 del C. de P. P., para este caso, en armonía con el 214 del mismo Estatuto. / La Corte no puede conceder un recurso extraordinario excepcional sin elementos serios y por lo menos sumarios de juicio que indique su viabilidad, estando sujeta esa concesión, como así es, a precisas exigencias adicionales que el censor debe llenar. Magistrado ponente doctor Dídimio Páez Velandia. Auto de casación. Fecha: MAYO 11 DE 1993. Decisión: Admite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior de Tunja. Acción: Rosa E. Quijano de Pérez y otro. Delito: Invasión de tierras. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículos 218, 223 y 214. Radicación número 0334.

975

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

La identificación del error probatorio (de hecho o de derecho) desapareció como exigencia de la causal primera de casación conforme a las previsiones del Estatuto Procedimental Penal vigente; pero ello no releva al recurrente de la obligación de precisar o concretar las normas sustanciales que estime infringidas pues dicha inobservancia que tiene que ver con la violación misma de la ley, impide que la impugnación fructifique. / El scogimiento de la violación indirecta de la ley por yerros de apreciación probatoria no autoriza al recurrente para discutir sin ninguna lógica dejando de lado la comprobación del error mismo y su incontrastable incidencia en las conclusiones de la sentencia atacada. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 11 DE 1993. Decisión: No cas. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Ubáner Ramírez F. Delito: Peculado por apropiación. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 220. Radicación número 7528.

982

REDENCION DE PENA POR ENSEÑANZA

Los reclusos que acrediten la calidad para ser educador o instructor, podrán desempeñarse en dicha labor dentro del horario fijado pero sin exceder de cuatro (4) horas diarias, que constituyen el máximo autorizado por el Código de Procedimiento Penal para ser contabilizadas como un (1) día de trabajo. Cualquier exceso diario no será tenido en cuenta para la redención de pena a que se refiere el artículo 531 del citado estatuto. Magistrado ponente doctor Dídimio Páez Velandia. Auto de casación. Fecha: MAYO 18 DE 1993. Decisión: No responde. Procedencia: Tribunal Superior de Ibagué. Acción: Alexander Cetina Valderrama. Delito: Falsedad material de particular en documento público. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 531. Radicación número 8128.

988

CAMBIO DE RADICACION

La finalidad del cambio de radicación no es otra que el aseguramiento de la imparcialidad en la dirección del sumo así como la efectiva protección de las garantías fundamentales inherentes al debido proceso. No cualquiera irregularidad en una actuación procesal ni el simple capricho de las partes ameritan un cambio de radicación. Es menester que existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del procesado o su integridad personal. / Grave para la administración de justicia sería el aceptar que cada vez que los funcionarios no accedan a las pretensiones de las partes, haya necesidad de cambiar a los jueces naturales so pretexto de no ofrecer estos garantía de imparcialidad. Magistrado ponente doctor Dídimio Pérez Velandia. Cambio de radicación. Fecha: MAYO 18 DE 1993. Decisión: No accede al cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva. Acción: Humberto Palomar A. Delito: Feculado. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 83. Radicación número 8398.

992

CONEXIDAD / RESOLUCION DE ACUSACION / CALIFICACION / COMPETENCIA / DEMANDA DE CASACION

1. Aunque lo ideal es cumplir el mandato legal de que los delitos conexos deben investigarse y fallarse en un mismo proceso, su desobedecimiento no implica de por si la nulidad de la actuación salvo que como ahora lo dispone expresamente el legislador esa ruptura de la unidad procesal afecte los intereses jurídicos del sujeto en cuyo favor se invoca. / 2. La calificación incorrecta que invalida la actuación es únicamente la que se hace en la resolución de acusación. / 3. Ya la variación de la calificación jurídica no está supeditada exclusivamente al resultado de nuevas pruebas, sino que ella puede hacerse también cuando la misma "no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario", en criterio del juez del conocimiento. Es claro que esta modificación no puede depender del capricho del juzgador. / 4. El hecho de que al juez que le correspondió actuar como juez permanente posteriormente avocara el conocimiento de ese mismo proceso, como no formuló la acusación, mal puede pensarse que estuviera comprometido con ella y que por ende careciera de la imparcialidad necesaria para desempeñarse como juez de conocimiento. / 5. Todas las modificaciones (ampliación de la cobertura del recurso, incremento de las facultades oficiales de la Corte y la posibilidad de formular cargos excluyentes) que ha tenido la regulación del recurso extraordinario de casación, de ninguna manera lo han desnaturalizado, pues éste sigue siendo lo que tradicionalmente ha sido: Un recurso extraordinario, que requiere de una especial técnica para su fundamentación y decisión, y que está regido por los principios de la taxatividad, de la limitación y de la prioridad. / Afecta el principio de no contradicción plantear simultáneamente la responsabilidad y la no responsabilidad de un mismo procesado y frente a una misma imputación. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Rulz. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 18 DE 1993. Decisión: No casar. Procedencia: Tribunal Superior

167

de Neiva. Acción: José Hernán Marín. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 88. Decreto 050 de 1987, artículo 14. Radicación número 7286. 997

DERECHO DE DEFENSA / DEFENSORE

1. Es incomprendible que en un proceso el defensor opte por no solicitar pruebas, o resuelva no participar en la práctica de diligencias que no exigen su presencia, pero para que esa actitud pueda ser calificada como una estrategia defensiva, deben existir elementos de juicio que permitan esa inferencia. Es verdad que hay abogados mucho más diligentes y de mayor intensidad que otros; también es cierto que existen diversas maneras de orientar la estrategia defensiva, así como en algunos casos los profesionales incurron en errores tácticos que afectan los intereses de sus clientes, eventualidades éstas que no tienen por qué conducir a la nulidad del proceso. / 2. El principio consistente en que no puede invocar la nulidad quien haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular no tiene efecto cuando se trata de la falta de defensa técnica. / 3. La violación de una garantía constitucional tan importante como el derecho de defensa, cuyo respeto y preservación debe ser una preocupación permanente de los jueces en bien del estado de derecho, no puede ser admitida so pretexto de lograr mantener incólume un determinado proceso. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 18 DE 1993. Decisión: Declara la nulidad. Procedencia: Tribunal Superior de Antioquia. Acción: Alfonso García Arango. Delito: Homicidio y lesiones personales. Radicación número 7184. 1018

**NOTIFICACION (SALVAMIENTO DE VOTO) / DERECHO DE DEFENSA
(SALVAMIENTO DE VOTO)**

Forma agudo contrasie el que cada dia la legislación procedural deje librada a la responsabilidad del abogado su gestión y de ahí que no sea necesario notificársela personalmente preveidos de vital importancia, con la práctica jurisprudencial que afina anulaciones en el hecho de no haber acreditado, no haber estado presente, no haber alegado, no haber solicitado pruebas, no haber recurrido, etc. Prefiero entonces, en circunstancias tales respetar lo hecho, o lo no hecho, por el profesional escogido, y mirar lo actuado como respuesta adecuada a las garantías de defensa que dispensa el procedimiento penal. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 18 DE 1933. Radicación número 7124. 1029

DE DERECHO DE DEFENSA / DEMANDA DE CASACION / INDEMNIZACION

1. Es verdad que la Constitución Nacional y la ley procesal garantizan el pleno ejercicio de la defensa material y técnica de los acusados en las dos etapas del proceso y de manera especial en el juicio, prohibiendo que un solo defensor asuma la representación de personas con intereses encontrados, porque forzosamente alguna de ellas quedaría

abandonada y sin la asistencia técnica debida, quebrantándose en esta forma el derecho a su defensa. / 2. La impugnación, como viene observándose con preocupación en las demandas introducidas últimamente, se limita a una apreciación personal del impugnante respecto a la forma como debieran ser valorados determinados medios de persuasión, enfrentada a la valoración crítica y razonada realizada por el Tribunal Superior, sin que de tal confrontación se evidencie la existencia de manifiestos u ostensibles errores de apreciación probatoria de naturaleza trascendente. / 3. El juzgador en ningún caso podrá sustraerse al deber legal de señalar el monte de los perjuicios individuales o colectivos ocasionados por el hecho punible, cuando declare la responsabilidad penal del procesado. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 19 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Cundinamarca. Acción: José Mesías Cifuentes O. Delito: Homicidio. Fuente formal: C. N., artículo 29; Decreto-ley 2700 de 1991, artículos 220 y 56. Radicación número 7400. 1034

DEMANDA DE CASACION / PROVIDENCIA

1. Habrá lugar al recurso de casación, en el primer caso, cuando se aplique indebidamente la norma por una equivocada selección, y en el segundo cuando aplicando la que se adecúa al caso motivo de juzgamiento se vulnera por la existencia de errores de hecho o de derecho de contenido probatorio. El segundo motivo de casación se da cuando la sentencia se dicta en discrepancia con los cargos que fueron formulados en la resolución de acusación; sobre todo si se hace en detrimento de los intereses de los procesados. El tercer motivo de casación surge cuando se ha incurrido en una irregularidad constitutiva de nulidad, que se da de manera irregular por la inobservancia de las formas propias de cada juicio. / 2. La resolución judicial es una unidad integrada por una parte motiva y otra resolutiva, en los cuales aquella contiene los argumentos dialécticos que han de dar fundamento a ésta, es decir en la primera se dan las explicaciones justificativas de la decisión final que se concreta en la parte resolutiva. Pero aún tratándose de dos partes de la misma unidad, siendo la motiva un proceso de raciocinio lógico, es apernas natural y obvio que deba analizarse la providencia en su integridad y no en uno de sus apartes, porque al separarla de su contexto es probable que se le haga decir lo que en realidad no se dice. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 19 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: Gerardo Quiniana Hernández. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 220. Radicación número 7554. 1042

PACULADO CULPOSO / LEGALIDAD DE LA PRUEBA / COMPETENCIA / DETENCION / PROHIBICION DEL EJERCICIO DE UNA INDUSTRIA, ARTE, PROFESION U OFICIO

1. La inspección judicial a los libros radicadores del Juzgado, a fin de precisar la fecha en que se dio origen a la radicación de expedien-

tes, no tiene ninguna incidencia en la responsabilidad del juez, pues la radicación de los procesos no es función de éste y no se le puede acusar del incumplimiento de ella. / 2. La previsibilidad constituye el límite más allá del cual no existe la culpa. / Si el plazo para poner el arma a disposición de las autoridades militares pudiera llegar hasta el momento en que se termine la investigación, ello no implica que el juez durante el período que considere necesario mantener el arma en su despacho pueda descuidar sus funciones de tenerla bajo su custodia y él vera en últimas bajo qué condiciones debe responder por su seguridad. / 3. En el trámite de la segunda instancia no hay término probatorio, y por ello no son procedentes las pruebas allegadas por el defensor en la audiencia sustancial o del recurso. / 4. La prohibición del artículo 31 de la Constitución, reproducida por el artículo 217 del estatuto procesal, no impide, cuando el sentenciador ha violado el principio de igualdad de la pena, norma también de rango máximo, que el superior proceda a hacer el ajuste que corresponda, así la corrección implique un incremento punitivo. / 5. El artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que los funcionarios de la Rama Jurisdiccional serán tenidos en establecimientos especiales, distintos a los ordinarios de reclusión, se extiende a los exfuncionarios. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de segunda instancia. Fecha: MAYO 20 DE 1993. Decisión: Revoca, adiciona, modifica, confirma. Procedencia: Tribunal Superior de Barranquilla. Acción: Cristóbal Lozano Rómulo. Delito: Falsedad y otro. Fuente formal: Decreto 180 de 1980, artículos 137 y 58; C. N., artículo 31; Decreto-Ley 2700 de 1991, artículos 217 y 403. Radicación número 8092. 1055

DICTAMEN PERICIAL / INIMPUTABILIDAD

El dictamen pericial no constituye por si solo plena prueba, ni es elemento de convicción exclusivo, ni concluyente de inimputabilidad. El dictamen debe apreciarse libremente por el juez teniendo en cuenta la firma, precisión y calidad de sus fundámenlos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 20 DE 1993. Decisión: No casar. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Elkin Ortega Rosero. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículos 264 y 273. Radicación número 7087. 1033

COMPETENCIA / CASACION DISCRETIONAL

La competencia que otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal para que "quien haya proferido la sentencia" decida si concede o no el recurso extraordinario de casación, se halla referida con exclusividad a aquellos casos en que la impugnación extraordinaria se sujeta a los solos requisitos legales previstos en el inciso primero del artículo 218 del citado estatuto. Cuando aquellas exigencias relacionadas con el órgano que produjo el fallo de segunda instancia o la gravedad de la pena no se cumplen, la decisión sobre la admisibilidad queda deferida de manera excepcional a la Sala de Casación Penal por expresa previsión del inciso tercero del citado artículo 218,

Págs.

siendo la discrecionalidad de la Corte y no la de otro funcionario la que allí se invoca, como su propia jurisprudencia, o la de hacer efectivo algún derecho fundamental. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de casación. Fecha: MAYO 20 DE 1993. Decisión: Decreta nulidad y concede casación. Procedencia: Tribunal Superior de Armenia. Acción: Oscar Armeid Muriel Z. Delito: Porte ilegal de armas de defensa personal. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículos 224 y 218 inciso 3º. Radicación número 8377. 1090

USO DE DOCUMENTO PUBLICO FALSO / CONFESION

1. El delito de falsedad consiste en tener pleno consentimiento de que se afirma una falsedad, y hacerlo voluntariamente. / 2. Aunque en forma expresa no exija la norma vigente que la confesión haya sido fundamento de la condena, así es necesario interpretarla, porque de lo contrario se estaría premiando por una colaboración con la justicia a un procesado que nada colaboró con ella, toda vez que la confesión no sirvió al juzgador para sustentar la condena, pues fuera de este elemento de convicción en el proceso obraban otros suficientes para fundamentar la sentencia condenatoria. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de segunda instancia. Fecha: MAYO 20 DE 1993. Decisión: Confirma la sentencia. Procedencia: Tribunal Superior de Cartagena. Acción: Juan Gustavo Cidaro Gómez. Delito: Falsedad. Fuente formal: Decreto 100 de 1980, artículo 222 inciso 2º; Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 296. Radicación número 8035. 1095

ACCION DE REVISION

La revisión es una acción especialísima que busca remediar un error judicial a través del desquiciamiento de un fallo que hace tránsito a cosa juzgada. Explicable resulta, por tanto, que los fundamentos de su alegación han de poder mostrar, con un vigor a toda prueba, la injusticia de la determinación judicial. Para ello, la ley ha dispuesto una serie de causales que permitan al accionante, mediante su ejercicio, demostrar sus afirmaciones. Todas ellas, a no dudarlo, exigen no sólo el rigor jurídico y conceptual que es de esperarse, sino una demostración palpable del tropiezo judicial, sin que haya lugar a dudas, ambigüedades, incertidumbre, o poquerad probatoria. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Acción de revisión. Fecha: MAYO 20 DE 1993. Decisión: Declara que no es procedente. Procedencia: Tribunal Superior de Cartagena. Acción: Elda Recuero de Zetien. Delito: Violación a la Ley 39 de 1986. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 232. Radicación número 6761. 1103

JURADO DE CONCIENCIA

Tanto la actuación con jurado como la realizada con la exclusiva intervención del juez de derecho, ostentan igual virtud. De no ser esto cierto, tendría que aceptarse como tesis valedera algo imposible de atender como tal por una manifiesta ilegicidad, o sea, que los sometidos a los falladores de derecho, reciban una administración de justicia viñada y ajena a todo signo de equidad. La realidad jurídica

se muestra ajena a ese despropósito, máxime cuando el sistema judicial imperante en nuestro medio procura hacerse a togados independientes, versados, sometidos a toda clase de controles, etc. / La Constitución Nacional vigente, su artículo 116, prohibió, salvedad hecha de los árbitros y conciliadores, el que particulares pudieran administrar justicia, precepto que llevó al Consejo Superior de la Judicatura, organismo encargado de elaborar las listas de jurados —art. 74 del Código de Procedimiento Penal—, indispensables a la forma de juzgamiento prevista en los artículos 458 y siguientes *ibidem*, a abstenerse de cumplir con ese cometido, para no contrariar la normatividad constitucional ya mencionada. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 21 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Acción: Scráfin Sánchez. Delito: Homicidio agravado y hurto calificado. Fuente formal: Decreto 050 de 1987, artículo 505. Radicación número 7037. 1113

MINISTERIO PÚBLICO / IMPEDIMENTO

Se entiende que bajo el régimen del anterior Código de Procedimiento Penal (art. 115), como el que ahora rige (art. 112), se prevé la posibilidad de que tanto el Procurador General de la Nación como sus agentes y delegados puedan declarar sus impedimentos cuando en ellosobre alguna de las causales legales establecidas al efecto, o en caso de guardar silencio sobre esa excusa, puedan ser recusados en las mismas condiciones en que pudieran serlo los funcionarios judiciales. / Cuando por cualquier circunstancia uno de tales funcionarios no participa en una porción procesal, ello no quiere decir necesaria o fatalmente que el Ministerio Público como tal no se encuentre presente en la actuación. Por consiguiente, ha de examinarse, no la ausencia en sí del agente, sino las consecuencias que se desprenden de ella. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 21 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Cali. Acción: Carlos Arturo Aza Bolaños. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 131. Radicación número 7170. 1123

PARTES EN EL PROCESO (SALVAMENTO DE VOTO) / AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO (SALVAMENTO DE VOTO)

No puedo acoger las afirmaciones del Tribunal ni compartir las de la mayoría de la Sala en cuanto insinúan contingente la intervención de la Procuraduría, porque del hecho de no ser su concepto obligatorio no puedo colegir que su intervención resulte inútila, cuando es la propia Constitución la que le fija precisos e importantes fines a su participación procesal. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento de voto del doctor Juan Manuel

Page 29

Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 21 DE 1993.
Radicación número 5129 1130

**MINISTERIO PUBLICO (ACLARACION DE VOTO) / IMPEDIMENTO
(ACLARACION DE VOTO)**

Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 21 DE 1993. Radicación número 7170-1134.

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL / LIBERTAD CONDICIONAL

La naturaleza y modalidades del hecho punible, deben ser considerados por el juez al momento de dictar sentencia para determinar la procedencia o no del subrogado de la condena de ejecución condicional a que alude el artículo 68 del Código Penal y con fundamento en ello, deducir una personalidad que amerita el tratamiento penitenciario del condenado. En cambio para establecer si el procesado es actuador al beneficio previsto en el artículo 72 *ibidem*, debe mirarse su conducta anterior reflejada en sus antecedentes penales y contravencionales (art. 218, C. N.), la observada en el establecimiento carcelario durante el tiempo en reclusión y las actividades desarrolladas en el mismo lapso, para así concluir inequivocadamente, si el recluso ha demostrado su deseo de rehabilitarse socialmente y en efecto hallarse apto para reincorporarse al seno familiar y social. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de casación. Fecha: MAYO 25 DE 1993. Decisión: Concede libertad. Procedencia: Tribunal Superior de Cartagena. Acción: Fabio Augusto Pastrana Hoyos. Delito: Falsedad en documento público y prevaricato por omisión. Fuente formal: Decreto 100 de 1988 artículos 68 y 72. Edicación número 8424.

PROCESO / CONDENAS / SANA CRITICA

1. No se puede examinar un proceso tomando cada una o varias partes para examinarias insularmente. Hacerlo de esta manera distorsiona la visión del acontecer procesal pues éste sólo se puede entender con una mirada de conjunto. / 2. Los artículos 247 y 28 del estatuto procesamental tratan temas excluyentes pues aquél versa sobre la certeza que se requiere para condenar, mientras que en éste debe comprobarse que la duda predicada por el Tribunal no tenía razón de ser. Citarlos simultáneamente conforma una dilogía imposible de superar. / 3. La tafia legal fue abolida desde que entró en vigencia el anterior estatuto procesamental. Por ello cuando el juzgador se enfrenta a una determinada prueba, su evaluación no la hace en forma solitaria sino en conjunto con las restantes. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 25 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: Blanca Issaza y otros. Delito: Falso testimonio y fraude.

四百八

procesal. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículos 247 y 248. Radicación número 7179. 1144

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / CONFESION

1. El principio de limitación según el cual la Corte "no podrá tener en cuenta causas de casación distintas de aquellas que han sido expresamente alegadas por las partes" —según texto del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal anterior—, fija la imposibilidad para que de oficio pueda proceder la Sala —excepto el caso de nulidad— a diferencia de los recursos ordinarios, a ocuparse de temas o situaciones distintos de aquellos que se indican dentro de la demanda, pues dado el carácter extraordinario de esta impugnación, son las partes las que discrecionalmente fijan la extensión que quieran darle a su recurso, lo cual inhibe además la posibilidad de entrar a suplir las omisiones o a remediar las deficiencias o defectos que contenga la demanda. / 2. Cuando el juzgador omite la aplicación de un precepto porque lo ignora o se niega a reconocer su existencia para la solución de un caso determinado, la violación de la norma se da por exclusión evidente, demarcable por la vía de la violación directa de la ley. / 3. La aplicación del artículo 301 del C. de P. P. anterior (rebaja por confesión) es consecuencia de un arrepentimiento y una colaboración con el buen éxito de la investigación. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 26 DE 1993. Decisión: No casar. Procedencia: Tribunal Superior de Tunja. Acción: Jerónimas Simijaca Brito. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto 059 de 1987, artículos 227 y 301. Radicación número: 7306.

DEMANDA DE CASACION / TESTIMONIO / CONFESION / SANA CRITICA / IBA E INTENSO DOLOR

1. La identificación del error probatorio endilgado al juzgador bajo las denominaciones de hecho o de derecho, si bien dejó de ser requisito formal de la causal primera de casación, en manera alguna se exonera al recurrente del deber de comprobar el error mismo por omisión, suposición o tergiversación de las pruebas o de los hechos por ellas revelados; o por haber sido apreciadas sin las formalidades exigidas para su producción, cumplido lo cual deberá igualmente demostrar la incidencia incontrastable del error en las conclusiones de la sentencia impugnada. / La ley de procedimiento penal no asigna un valor específico a la confesión y el testimonio, sino que le señala al juez ciertos criterios para determinar su mérito probatorio, entre las causales las reglas de la sana crítica. / 2. La ira o el intenso dolor son atenuantes subjetivos y personales que sólo favorecen al sindicado que obra en uno cualquiera de tales estados, y por ello la reacción que emerge de los mismos debe dirigirse hacia la persona que realizó el comportamiento grave e injusto y no contra otra diferente. / Si la conducta del recurrente reviste los caracteres de una venganza, la diminuta punitiva por ira o intenso dolor resulta inaceptable. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luenga. Schlencia de casación.

Pág.

Fecha: MAYO 27 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Cundinamarca. Acción: Pablo Emilio Chávez Monroy. Delito: Homicidio agravado. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículos 220, 294 y 228; Decreto 100 de 1980, artículo 60. Radicación número 7555. 1165

APELACION / REFORMATIO IN PEJUS / CASACION OFICIOSA

1. El recurso de apelación, tanto en la legislación procesal derogada (art. 538) como en la actual (art. 217), permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, con la única salvaguardia de no hacer más gravosa la situación del procesado, si éste es recurrente exclusivo. / 2. El trámite de una decisión absolutaria por una condenatoria, siendo única parte recurrente la acusada, se hace imperativo efectivizar el mandato mediante la oficiosa casación parcial de la sentencia impugnada, al tenor de los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P.; y esto porque si bien la norma constitucional prohíbe agravar la pena impuesta en la primera instancia, la benigna interpretación de su sentido y alcance, hace posible y lógico el voto al fallador *ad quem* también para cambiar el sentido absolutorio o menos gravoso de un pronunciamiento de primera instancia, por uno condenatorio o más afflictivo, quedándole como única posibilidad mantener la absolución primigeniamente impartida. Magistrado ponente doctor Dídimo Pérez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: MAYO 27 DE 1993. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior de Cali. Acción: Arturo Restrepo O. Delito: Acceso carnal violento. Fuente formal: Decreto 050 de 1987, artículo 538; Decreto-ley 2700 de 1991, artículos 217, 228 y 229; C. N., artículo 31. Radicación número 7894. 1173

LIBERTAD CONDICIONAL / REBAJA DE PENA / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

La Corte ha perdido la competencia para pronunciarse sobre redención de pena por trabajo y estudio y decidir respecto del subrogado de la libertad condicional previsto en el artículo 72 del Código Penal pues, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 510 y 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, corresponde al juez de primera instancia decidir ambos aspectos. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de casación. Fecha: MAYO 27 DE 1993. Decisión: No responde. Acción: Edgar Alberto Camelo Segura. Delito: Tentativa de homicidio y porte ilegal de armas. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículos 510 y 15 transitorio; Decreto 100 de 1980, artículo 72. Radicación número 7074. 1182

ACCION DE REVISION / LIBERTAD PROVISIONAL

Únicamente el fallo que decide la acción, es decir que disponga la revisión de la causa, tiene la virtud de afirmar en principio, la existencia de indicios indicativos de la inocencia del condenado, precisamente con base en las pruebas recaudadas durante el trámite de la acción extraordinaria, y esa la razón para que se imponga la liberación provisional de quien purga una pena. Magistrado ponente doctor

१८३

Dídimio Páez Velandia. Auto de casación. Fecha: MAYO 27 DE 1993. Decisión: No responde. Acción: Jorge Francisco Muñoz M. Delito: Falsedad personal. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 392. Radicación número 7997. 1185

COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / NARCOTRAFICO / FAVORABILIDAD

Según principio general, las leyes sobre jurisdicción y competencia o que determinan lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, son de aplicación inmediata, empiezan a regir desde su vigencia, aplicándose a los procesos en curso, salvo que el nuevo sistema procedural pugne con el principio constitucional de la ley más favorable, cuando la nueva ley lesione derechos o garantías sustanciales reconocidos en la ley anterior, vigente para la época de los hechos. Siguiendo este principio es forzoso aceptar, que la competencia para conocer y juzgar los delitos de narcotráfico está atribuida a los jueces de circuito o a los jueces regionales, teniendo en cuenta la cantidad de las plantas, droga o sustancias estupefacientes decomisadas. / En la hipótesis de que el proceso culmine con sentencia condenatoria y en supuesto de que la pena privativa de la libertad contemplada para el comportamiento punible en el Decreto 1188 de 1974, fuere más benigna que la señalada en la Ley 30 de 1986, el juez llegado el momento, aplicará la ley más favorable, sin que por esto tenga que asestararse las normas que regulan la jurisdicción y competencia. Magistrado ponente doctor Jorge Cárreño Luengas. Auto de colisión de competencias. Fecha: MAYO 27 D.F. 1993. Decisión: Diríme colisión. Procedencia: Juzgado Regional de Cali. Acción: Nelson Cuero Micolta. Delito: Tráfico de estupefacientes. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 7º. Radicación número 8425.

CASACION DISCRETIONAL

En los casos excepcionales la competencia para la concesión del recurso extraordinario siempre recae en la Corte, que puede ejercitlar su discrecionalidad para aceptar el recurso siempre y cuando considere que se da una o varias condicionantes: La necesidad de su intervención para el desarrollo de la jurisprudencia y/o la garantía de los derechos fundamentales, aunque la sentencia acusada —que indefectiblemente ha de ser de segundo grado e impugnada oportunamente— provenga de Juzgado de Circuito, y aunque el delito por el que se procedió tenga señalada pena no privativa de la libertad, o el límite de la privativa sea inferior a los cinco años. Magistrado ponente doctor Didirio Pérez Velandia. Auto de casación. Fecha: MAYO 31 DE 1993. Decisión: No admite el recurso. Procedencia: Tribunal Superior de Quibdó. Acción: Martín Hernestrosa C. Delito: Corrupción de menores. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 218, inciso 1-3. Radicación número 8333.

LIBERTAD / RETENCIÓN

El artículo 188 del Código de Procedimiento Penal, enseña que: "Las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenan me-

Págs.

didas preventivas, se cumplirán de inmediato", es decir, que las órdenes de captura libradas como consecuencia de las providencias que resolvieron la situación jurídica de los procesados, resolución de acusación y reativa a modificar la calificación, en cuanto a la denominación jurídica de la infracción no pueden ser canceladas sino en virtud de fallo posterior que así lo determine. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de casación. Fecha: JUNIO 19 DE 1993. Decisión: Niega cancelación de orden de captura. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: José Agustín Durán Bolívar. Delito: Fueulado por apropiación. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 193. Radicación número 8043. 1198

DEMANDA DE CASACION / CASACION OFICIOSA

Muy a pesar de la amplitud con que la nueva codificación procesal regula la impugnación extraordinaria, de manera expresa todavía en ella se exige que la demanda cumpla con aquellos requisitos de forma que en el artículo 225 se precisan, cuya omisión se sanciona con el rechazo *in limine* del informe escrito, sin que de otro modo pudiera ser ello admisible; exigencias que guardan una estrecha relación con el principio de limitación previsto en el artículo 228 *ibidem*, que restringe la intervención de la Corte al estudio y decisión exclusivos de las causales de casación alegadas por el recurrente, sin que asista la posibilidad de extender a la consideración de causales diferentes, como tampoco la de complementar demandas deficientes o corregirlas en sus erradas proposiciones, limitación que apenas deja a salvo la oficiosidad cuando una vez abierto el camino para el pronunciamiento de fondo, se avisa la ocurrencia de una nulidad o la de una ostensible violación de derechos fundamentales. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de casación. Fecha: JUNIO 8 DE 1993. Decisión: Rechaza *in limine*. Procedencia: Tribunal Superior de Villavicencio. Acción: Arialdo Arias. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículos 225 y 228. Radicación número 8433. 1200

DEMANDA DE CASACION / COMPETENCIA / JUSTICIA PENAL MILITAR

1. Una de las principales exigencias del recurso extraordinario de casación es que quien formula un reproche tenga interés jurídico para hacerlo, es decir que el presunto error invocado afecte de cualquier manera el derecho material o las garantías constitucionales o legales de esa parte. / 2. El Decreto reglamentario 1562 de julio 16 de 1990, artículo 23 numeral 8 determina que el Comando General de las Fuerzas Militares tendrá la atribución de designar Juez Único cuando se presente concurrencia de jueces de conocimiento en razón de los factores en que estriba la competencia en la Justicia Penal Militar. / Cuando existen vacíos respecto de la competencia en los casos de concurrencia de jueces, éstos pueden ser resueltos acudiendo a las normas rectoras de la ley procesal, a condición de que no se contrarien los derechos fundamentales del rango. / Pretender que todo acto que esté por fuera de la obligación de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, ninguna relación tiene con el servicio; que el celebrar transacciones con la delincuencia, son acciones que no son propias de

la investidura que ostentan, y que por tanto su juzgamiento no corresponde a la Justicia Penal Militar, no es otra cosa que un sofisma, pues de esa manera se acabaría con el fuero constitucional, ya que es imposible que los militares y policiales que obran en estricto cumplimiento de su deber o de su investidura, incurran en esa razón de delitos. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 8 DE 1983. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Julio César Aldana y otro. Delito: Violación a la Ley 30 de 1986. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 220; Decreto reglamentario 1562 de 1990, artículo 23, numeral 8º. Radicación número 6365. 1204

ACCION DE REVISION / CULPABILIDAD / EXTINCIÓN DE LA PENA / EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN

1. La acción de revisión no es una simple reapertura del debate probatorio, instituida para repetir tesis, hipótesis y argumentos, reflejo de la inconformidad de los sujetos procesales con la decisión judicial. / 2. La causal de inculpabilidad impide que el delito se estructure al carecer de uno de sus elementos fundamentales. El hecho punible, por tanto, no surgió a la vida jurídica y por ello, el Estado debe cesar su procedimiento en contra del imputado. / 3. La extinción de la acción o de la pena se produce en presencia de un hecho punible, cuya tipicidad, antijuricidad y culpabilidad han sido demostradas. Sin embargo, las razones de política criminal (matrimonio en los delitos contra la libertad y el pudor sexuales o la retractación en los delitos contra la integridad moral), de orden público (amnistías e indultos), temporales (prescripción), o por la imposibilidad misma de proseguir con el proceso (muerte del procesado), etc., hacen aconsejable el frenamiento de la potestad estatal. / Las distinciones son claras, pues la extinción de la acción y de la pena se produce por causas externas a un hecho punible estructurado, mientras que las causales de inculpabilidad (también las de antijuricidad) versan sobre un comportamiento que jamás llegó a constituirse en ilícito. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Acción de revisión. Fecha: JUNIO 8 DE 1983. Decisión: No admite la demanda de revisión. Acción: Edgar Díaz Galván. Delito: Homicidio agravado. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 233; Decreto 100 de 1980, artículo 40. Radicación número 8370. 1220

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / ACCION DISCIPLINARIA / COMPETENCIA

El artículo 68.3 del Código de Procedimiento Penal le atribuye a la Corte Suprema de Justicia la facultad de resolver "los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria...", por lo que naturalmente están excluidos los conflictos que surgen en el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria. / La Sala de Casación Penal de la Corte, evidentemente es superior funcional de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Bogotá y Cundinamarca, en sus Salas Penal, Civil y Laboral, mas no en la Disciplinaria, pues la segunda Instancia, en ese campo de la Jurisdicción actualmente está atribuida al Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrado ponente doctor Edgardo Suárez Rojas. Auto de nulidad de competencias. Fecha: JUNIO 8 DE 1993. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior de Bogotá y Cundinamarca. Acción: Carlos Ernesto González Corredor y otro. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 68.5. Radicación número 8460. 1234

**DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO
CASACION OFICIOSA**

1. Las inferencias probatorias del fallo logradas con arreglo a la sana crítica por observancia de la lógica, las reglas de la experiencia y el global estudio del material de prueba, no son discutibles en casación porque el recurso se halla instaurado para la reparación de los errores de hecho o de derecho, demostrados, que confluyan a una decisión equivocada. / 2. La extralimitación de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas agrava el estado de punición del afectado al privarlo de esos derechos y funciones por un tiempo superior al autorizado, ya de por sí notablemente afflictivo, en cuanto esa interdicción se cumple de hecho mientras dura la pena privativa de la libertad pero sólo comienza su efectividad a partir del cumplimiento de ésta, como lo dispone el artículo 55 id... Por lo tanto la Corte habrá de casar en forma parcial y oficiosa la sentencia en guarda del principio de legalidad del proceso. Magistrado ponente doctor Dídimo Pérez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 8 DE 1993. Decisión: Caso parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá. Acción: José J. Núñez o Silvio Salazar y otro. Delito: Homicidio y hurto agravados. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículos 220, 328 y 229. Radicación número 7506. 1237

AUDIENCIA PUBLICA / PARTES / FISCALIA

Fue voluntad expresa del legislador —plasmada en el artículo 13 transitorio del nuevo compendio procedimental— que los procesos en que se hubiere dado comienzo a la audiencia pública continuaran bajo el régimen ritual anterior, entendiéndose por tal no la simple fijación de la fecha, sino el comienzo real de la diligencia. La explicación es clara. Con el nuevo procedimiento se creaba otro sujeto procesal, el fiscal declarándose obligatoria su presencia. No resultaría lógico que, luego de avanzado el debate público irrumpiera sorpresivamente una nueva parte, lo que obligaría a retrotraer la diligencia hasta sus inicios, con el consiguiente perjuicio para los intervenientes. Se determinó, por tanto, que si ya había comenzado la audiencia, continuara el proceso bajo las antiguas reglas. Pero si esto no había sucedido no existía dificultad alguna para que en la controversia ocupara su lugar el delegado de la Fiscalía General de la Nación, en su papel de acusador. Hoy con la introducción de un sistema acusatorio adecuado a las condiciones históricas del país, se creó la Fiscalía con el fin de reprimir el delito y obtener el castigo de los responsables, ejerciendo una función instructora y acusadora dentro de la Rama Jurisdiccional a la cual pertenece, quedando en cabeza del Ministerio Público la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos

Págs.

y garantías fundamentales. Cada cual, por consiguiente, tiene una competencia diferente por lo que la presencia del uno no puede suplir la ausencia del otro. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia. Fecha: JUNIO 8 DE 1993. Decisión: Decreta la nulidad de lo actuado. Procedencia: Tribunal Superior de Ibagué. Acción: José A. Hernández Vargas. Delito: Prevaricato por acción. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 13 transitorio. Radicación número 7050. 1244

UNIDAD PROCESAL / NULIDAD / AUTOR / DETERMINADOR

1. La jurisprudencia de los últimos tiempos siempre enfatizó en desconocer el aspecto (romplimiento de la unidad procesal) como incidente en un fenómeno de nulidad, pues la irregularidad bien podría superarse con la expedición de copias, de no haberse ordenado la investigación de algún delito o de algún delincuente, o con el eventual suceso jurídico de acumulación de causas o con la traslación de diligencias, etc. Hoy en día la cuestión todavía es más evidente cuanto tal sesgo interpretativo lo ha recogido expresamente la legislación para restarle esa connotación (art. 88, segundo inciso) y se prevé (art. 505, C. de P. P.) una expresa solución a la eventual acumulación jurídica de penas, en procesos que debiéndose huber fallado en una misma sentencia, lo fueran en providencias separadas. / 2. Sin dejar de reconocer la diferencia específica que existe entre autor material o directo de la conducta delictuosa ("el que realice el hecho punible" —art. 23, C. Penal—) y determinador de la misma hace que otro lo realice o determine a otro a realizarlo —art. 23 *ibidem*—, no es menos evidente que las dos señaladas formas de coparticipación criminal reciben un mismo tratamiento penal (incurron en la misma pena prevista para la infracción —art. 23 *eiusdem*—). Este especial miramiento legislativo, que corresponde a corrientes del derecho penal muy en boga para la época de la composición del C. Penal, implica obligadamente que cuando se trata de deducir agravantes, en las cuales se dio una conjugación o unidad de conocimiento y voluntad, las consecuencias de las mismas deben cargarse por igual tanto al autor como al determinador. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Adición de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Salvamento de voto del doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 10 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: Alfonso González Copete. Delito: Falsedad en documento público y estafa. Radicación número 7669. 1253

DETERMINADOR / ACLARACION DE VOTO)

El determinador sólo responde hasta donde el hecho realizado coincide con su influencia súquica, o por mejor decir, con su dolo. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 10 DE 1993. Radicación número 7669. 1255

Págs.

USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSIFICADO (ADICIÓN DE VOTO) / DETERMINADOR (ADICIÓN DE VOTO)

Cuando el artículo 222, inciso segundo, señala: "Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará...", está refiriéndose con el término falsificar no a una actividad material sino a todo el que tiene que ver con la realización de una conducta de esta naturaleza. / Toda consecuencia penal (v.gr., agravantes) que tenga que ver con el autor, a lo largo del Derecho Penal Colombiano, se tiene que entender como inferida al autor material y a lo que sea dable comprender en la amplia noción de "determinador". Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Adición de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 10 DE 1993. Radicación número 7669.

1267

AUTOR (SALVAMENTO DE VOTO) / DETERMINADOR (SALVAMENTO DE VOTO)

Asimilar sustancialmente los conceptos de autor y determinador, es confundir dos categorías distintas ontológicamente, sólo porque el legislador los equipara en su punibilidad, pero nada más. Sostener que el determinador es autor, conduciría a admitir que aquél también tiene conocimiento del hecho, y ello no es cierto. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Salvamento de voto del doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 10 DE 1993. Radicación número 7669.

1275

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA / FRAUDE PROCESAL

1. El suponer una prueba es una de las modalidades del falso juicio de existencia, y su alegación obliga a que se precise el medio de convicción que sin obrar en el expediente fue apreciado por el juez, así como, a que se demuestre la trascendencia del mismo en el fallo impugnado. / 2. Para la Sala no hay ninguna duda de que la mentira puede ser el medio fraudulento que induzca en error al empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. Lo que es necesario es que ella tenga capacidad para inducir en error, para convencer y determinar al funcionario a una decisión ilegal. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 10 DE 1993. Decisión: No cas. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: Reyes Murillo Sánchez. Delito: Fraude procesal. Fuente formal: Decreto Ley 2700 de 1991, artículo 220; Decreto 100 de 1980, artículo 122. Radicación número 7255.

1280

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / ERROR DE HECHO / DOLO / TESTIMONIO

1. El error de hecho sólo adquiere relieve cuando el fallador ignora la prueba que obra en el proceso, tinge o supone prueba inexistente o

le da a ésta un alcance o contenido que no tiene. / 2. La ley no le asigna determinado valor probatorio a la prueba testimonial y es al juez a quien corresponde decidir con apoyo a la lógica, la experiencia y los demás elementos de prueba y dentro del sistema de la sana crítica, el valor que le merece y lo otorga. / 3. Siendo el dolo un fenómeno psicológico que escapa directamente a la percepción de los sentidos su presencia debe desentrañarse de la suma de circunstancias que rodearon el hecho. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luegas. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 11 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Neiva. Acción: Efraín Botero Rendón. Delito: Estafa. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 220; Decreto 100 de 1980, artículo 38. Radicación número 7182. 1292

PRUEBA / DERECHO DE DEFENSA

Es una facultad del investigador, que utiliza atendiendo a los elementos de juicio que le reporta el proceso, cuya valoración le permite que no tenga que desviar su atención hacia esquartadas o personas imaginarias que con mucha frecuencia son utilizadas por los procesados para descargar en ellas la autoría de los hechos, buscando ocultar así su propia responsabilidad. Es verdad que el funcionario debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, pero ello no constituye una labor puramente mecánica que lo obligue a practicar diligencias tendientes a verificar hechos que de antemano él advierte que son absurdos o inverosímiles. El deber de verificar las citas del fudagado existen en cuanto ellas sean conducentes e importantes para los fines del proceso, y como es obvio, en cuanto sean constatables de acuerdo con los datos que aporta el interesado y los elementos con que cuenta el investigador. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 15 DE 1993. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Alberto y Armando González Pinzón. Delito: Homicidio agravado. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 248. Radicación número 7174. 1303

COMPLICIDAD / CASACION OFICIOSA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Recuérdese que en nuestro sistema penal la complicidad asume un lugar accesorio que se manifiesta a través de las diversas formas de auxiliación de los tipos penales delictivos, y afecta individualmente a quienes la realizan, según su naturaleza, grado, eficacia, y las circunstancias materiales y personales presentes en cada caso y para cada uno de los sujetos comprometidos; de esta suerte, puede perfectamente tener supervivencia una participación complicitaria con sus consecuencias punitivas, sin que, incluso, llegue a identificarse al autor de la conducta favorecida con la participación accesoria. Lo importante es que el delito haya existido y el procesado sea cómplice de él. / 2. La legalidad de la pena —y en este concepto se encuentra toda sanción accesoria prevista en nuestra legislación— es uno de los requisitos de la legalidad del proceso, garantía fundamental de nues-

tra Carta Política y expresión del Estado de Derecho, por lo cual debe volar la Corte en cumplimiento del mandato 228 del C. de P. P. mediante la oficiosa casación parcial de la sentencia impugnada. Magistrado ponente doctor Didimo Pérez Velardis. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 15 DE 1993. Decisión: Casa parcialmente Procedencia: Tribunal Superior de Cali. Acción: Jorge Echeverry Arango. Delito: Peculado. Radicación número 7607. 1312

IMPEDIMENTO

La lógica jurídica indica que el funcionario que revise la decisión no debe ser el mismo que la ha proferido, a fin de que pueda actuar con absoluta independencia, libre de vinculaciones con el tema, y así logre con total autonomía corregir los posibles desaciertos en que haya podido incurir el funcionario de la primera instancia. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luranga. Auto de impedimento. Fecha: JUNIO 16 DE 1993. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior de Popayán. Acción: Parmenides Tagala Muñoz. Delito: Homicidio. Radicación número 8400. 1319

DEBIDO PROCESO / PRUEBA / INTERDICCIÓN DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Cuando no se cita a los testigos presentados como prueba de descargo presentada por el sindicado, o se decretan las pruebas solicitadas por él o por el defensor, se afecta el derecho de contradicción y consecuentemente el de defensa y en última instancia el del debido proceso; pero ello ocurre siempre y cuando los testigos aparezcan claramente identificados o por lo menos individualizados y que se hayan dado elementos racionales de su posible localización, para hacer factible su comparecencia al despacho del investigador; o cuando se trata de pruebas pertinentes y conducentes, cuya práctica a criterio del investigador, sea necesaria para el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos que son motivo de investigación; porque el instructor no está en la obligación de ordenar la recepción de pruebas impertinentes o inconducentes, evidentemente nada tienen que ver con los sucesos que se investigan, su negativa surge de bulto; al igual que cuando los medios de convicción solicitados a simple vista son intrascendentes o de imposible práctica. / Cuando la justicia por medio de sus funcionarios de instrucción ha hecho esfuerzos razonables para practicar una prueba determinada, pero finalmente, por diversas circunstancias, no ha sido posible su reconocimiento, es evidente que la inexistencia de tal medio de convicción no puede convertirse en una censura y menos en un cargo que pudiera llevar a casar un fallo determinado. / 2. La interdicción de derechos y funciones públicas no debe exceder de 10 años. Si esto sucede se está violando el principio constitucional de la *reformatio in peccatis* (art. 31) y también el principio de legalidad de la pena, puesto que se está imponiendo una sanción que excede al máximo legalmente previsto para ella. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 16 DE 1993. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior de Medellín. Acción: Aristides de J. Cano Cano y

Victor M. Hernández Londono. Delito: Homicidio agravado y hurto calificado. Fuente formal: C. N., artículos 29 y 31. Radicación número 7245. 1322

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA

De nada sirve acreditar en debida forma el falso juicio de existencia frente a alguno de esos pilares fácticos (elementos de convicción), si los restantes o igualmente contundentes continúan en pie; el ataque a través del error de hecho impone su extensión a todas las pruebas comprometidas con el falso, sea para invertir su sentido, ora para menguar sus consecuencias, si lo que se persigue es el reconocimiento de atenuantes contemplados en la ley. Magistrado ponente doctor Didiero Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 17 DE 1993. Decisión: No casar. Procedencia: Tribunal Superior de Cúcuta. Acción: Nicolás Romero Ospina. Delito: Estafa. Radicación número 7513. 1340

NARCOTRAFICO / IN DUBIO PRO REO / PREVARICATO / JUEZ / EMBOLLEADO OFICIAL / NON BIS IN IDEM

1. La claridad y precisión de los términos en que aparecen redactados las disposiciones legales (art. 4º del Decreto 1203 de 1987; 1º y 8º del Decreto 2047 de 1990) impiden concluir que los procesados y condenados por narcotráfico sean acreedores del sustituto penal. Por el contrario, de su contexto sólo puede colgirse que los mismos se encuentran expresamente excluidos de dicho beneficio. / 2. El beneficio de la duda (*in dubio pro reo*) sólo podría apoyarse en la incertidumbre insuperable que emerja de las pruebas del proceso en cuanto a la responsabilidad o inocencia del procesado. / 3. Nada impide considerar la calidad de funcionario público como elemento integrante del tipo penal de prevaricato y apreciarla además como circunstancia genérica de agravación punitiva, si ello conlleva quebranto alguno del principio universal del derecho *non bis in idem*. / 4. Cuando el juez traiciona sus deberes oficiales haciendo de la ley no un instrumento eficaz para proteger a la sociedad sino para desquiciarla, forzosamente se hace acreedor a tratamiento penitenciario, y en tales condiciones debe cumplir en detención la totalidad de la pena impuesta. Magistrado ponente doctor Jorge Carrero Luengas. Notas: Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia. Fecha: JUNIO 17 DE 1993. Decisión: Confirma la sentencia. Procedencia: Tribunal Superior de Manizales. Acción: Arístides Betancur G. Delito: Prevaricato. Radicación número 8381. 1348

NON BIS IN IDEM (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

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 apredia coctáneamente como agravante en la sentencia, debe descartarse la corrección de la circunstancia que contenga esa misma condición. Pienso que esto es así. Magistrado ponente doctor Jorge Carrero Luengas. Notas: Salvamento parcial de voto del doctor

Pág.

Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia.
 Fecha: JUNIO 17 DE 1993. Radicación número 8381. 1364

EXTRADICION

La Constitución prohíbe la extradición de colombianos por nacimiento (art. 35), en el claro entendimiento de proteger el derecho fundamental de la nacionalidad por ser personalísimo. Luego la prohibición no está protegiendo escuetamente a quien haya nacido en Colombia —el *ius soli* es apenas un factor determinante de la nacionalidad..., sino a quien sea "nacional colombiano por nacimiento" y obviamente, quien renunció o renuncie a la nacionalidad no tiene esa calidad. Tan clara es esta afirmación que, como se vio, la propia Carta y la ley son las que permiten recuperar la nacionalidad cuando se haya renunciado a ella — y recuperar es volver a poseer lo que se tenía—. Magistrado ponente doctor Dídimo Pérez Velandia. Extradición. Fecha: JUNIO 17 DE 1993. Decisión: Conceptuar favorablemente. Procedencia: Embajada de los Estados Unidos de Norte América. Acción: Juan Francisco López. Delito: Narcotráfico. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 555. Radicación número 8190. 1366

CASACION DISCRETIONAL / ACCION CIVIL / INDEMNIZACION

1. Tratándose de la impugnación interpuesta en casos como éste (casación discrecional), es potestativo de la Corte darle viabilidad o negarla, dados los presupuestos de la disposición que la prové. / 2. El delito es una fuente de obligaciones en materia civil —artículo 1491, C. C.— por tanto, los perjuicios no son una sanción penal y ello explica que la acción civil derivada del hecho punible pueda ejercitarse dentro del proceso penal, o fuera de él con base en la sentencia condenatoria. Siendo así, el incremento que pueda sufrir la liquidación de los perjuicios en el fallo de segunda instancia con relación al de la primera, aún siendo único apelante el procesado, nada tiene que ver con la prohibición de reforma en perjuicio que hace el artículo 31 de la Carta, de donde resulta que para poder alegar el solicitante, si de objetar el aumento del monto indemnizatorio en la sentencia recurrida habla, con fundamento en el artículo 221 del C. de P. P.: "Cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretada...", jamás puede calificar de sanción penal esta obligación, porque entonces tampoco podrá "tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil". Magistrado ponente doctor Dídimo Pérez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 18 DE 1993. Decisión: Decreta nulidad y no admite recurso. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: José Manuel Jaimes E. Delito: Fraude a resolución judicial. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 218. Radicación número 8418. 1373

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA / SANA CRITICA

1. La labor del juez al evaluar el caudal probatorio consiste precisamente en definir a qué elementos de juicio les reconoce credibilidad

y a cuáles no. / 2. Es indudable que las condiciones personales de un denunciante, en lo cual está incluido su pasado, deben ser tenidas en cuenta para darle o no credibilidad a su relato, y si en su ayer se encuentran sindicaciones por el mismo delito del cual trata de excusarse, el sentenciador tiene que poner especial atención en esa circunstancia, con mayor razón cuando el fundamento de la condena es la flagrancia. / 3. Cuando el error que se plantea consiste en que el juzgador supuso la existencia de una prueba, en la demostración del cargo se debe indicar con precisión cuál fue y qué trascendencia tuvo en la decisión, de lo contrario la acusación queda incompleta y la falla en virtud del principio de limitación es insubsanable. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 22 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Pasto. Acción: Josefina Santa Cruz. Delito: Conservación ilegal de estupefacientes. Radicación número 7259. 1379

INJURIA / CALUMNIA / COMPETENCIA

Si bien la injuria y la calumnia son delitos de conducta y no de resultado, los dos requieren que las imputaciones calumniosas o injuriosas se den efectivamente a conocer. / 2. Para aquellos casos en que "el hecho punible se haya realizado en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero" ha previsto el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que debe conocer del respectivo asunto "el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho del territorio del cual se haya formulado primero la denuncia, o donde se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción". Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresnedo. Auto de colisión de competencias. Fecha: JUNIO 23 DE 1993. Decisión: Dirime colisión. Procedencia: Juzgado 53 Penal Municipal de Bogotá. Acción: Alberto L. Martínez. Delito: Injuria. Fuente formal: Decreto 100 de 1980, artículo 313; Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 80. Radicación número 8488. 1388

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS / TESTIMONIO / INDICIO

El reconocimiento en fila de personas es diligencia que encuentra justificación en la necesidad de que todo aquel que incrimine a una persona determinada debe reconocerla cuando ello sea necesario para que no pueda dudarse sobre su veracidad identidad, por lo que debe tenerse no como "prueba" independiente sino como complemento o parte integral del testimonio iniciador. / La prueba testimonial o la indicaria no deben ser objeto de fácil reproche en casación, porque en el plantamiento y fundamentación de la acusación se corre el riesgo de anteponer a la apreciación del Tribunal Superior la personal y subjetiva estimación del impugnador. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 23 DE 1993. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: John Jairo Martínez Quintero. Delito: Homicidio y hurto. Radicación número 7608. 1388

1408

**REFORMATIO IN PEJUS / LEGALIDAD DE LA PENA / CONSULTA /
ACCION CIVIL**

1. En aquellos procesos fallados con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución que se ejecutoriaron durante la misma o que sean fallados con posterioridad a la fecha en que entró a regir, será imposible que la segunda instancia agrave la pena impuesta por el *a quo*, ni cualitativa ni cuantitativamente. / Ha considerado la Sala que la segunda instancia no podría sustituir una sentencia absolutoria por una condenatoria porque de la misma manera se estaría vulnerando el principio constitucional de la *reformatio in pejus*. / Cuando el juez de primera instancia vulnera el principio de legalidad de las penas al imponer una de ellas por debajo del límite mínimo o por encima del máximo, la segunda instancia puede hacer la tasación punitiva en correspondencia exacta con el principio de legalidad y que, si para adecuar la pena ilegalmente impuesta es necesario agravar la sanción ilegalmente prevista, se puede hacer sin que en este caso exista violación al principio constitucional de la *reformatio in pejus*. / 2. Al tratarándose de apelante único, si se procede por delitos que por ley tienen el grado jurisdiccional de consulta, la segunda instancia puede agravar la pena. / 3. La corporación ha fijado su criterio en cuanto a la expresión apelante único y ha entendido que tal exigencia se cumple así sea un número plural de apelantes, pero todos dentro de la misma órbita, es decir, procesados y defensores. / 4. En cuanto al aumento de la cuantía de los perjuicios estos. Corporación ha considerado que ellos no hacen parte de la pena sino que se trata de simples consecuencias civiles del delito y que por tanto no se encuentra dentro de la prohibición constitucional que en relación con ellos se pretende violada. / Una es la vulneración del bien jurídico tutelado, hecho del que surge como consecuencia la sanción penal; y otro el perjuicio sobreviniente al desconocimiento del bien jurídico tutelado, éste ya de carácter patrimonial y por ello de naturaleza eminentemente civil. / La acción civil, puede ser ejercida paralelamente a la penal, situación que la convierte en accesoria, cuya justificación política es la búsqueda de la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito; por ello, su trámite debe ajustarse a las previsiones del C. de P. P., y en los aspectos que éste no regule, se integran las disposiciones del C. de P. C. / Pero uno y otro tema están específicamente delimitados por la ley y es imperativo para el juez someterse a sus precisiones; por ello, cuando se desbordan los límites establecidos por la norma legal para los perjuicios morales es obvio concluir que se viola el principio constitucional de la legalidad y se incurro en un quebrantamiento directo de la ley sustancial. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 25 DE 1993. Decisión: Cusa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior de Cali. Acción: Gustavo Sosa Salas. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 48; C. N., artículo 31. Radicación número 8831.

1401

DEMANDA DE CASACION / CASACION DISCRECIONAL / CASACION OFICIOSA

La nueva ley de procedimiento penal ha regulado el recurso de casación con evidente amplitud dentro de la cual son rasgos característicos el

de admitirla para los delitos conexos que no reúnen con el principal las exigencias de gravedad de pena, autorizarla excepcionalmente para toda sentencia de segunda instancia cuando del desarrollo de la jurisprudencia o la salvaguarda de las garantías fundamentales lo aconsejen, autorizar la formulación de cargos entre sí excluyentes a condición de su presentación separada y subsidiaria, la ampliación de la oficiosidad de la Corte a los casos de violación de garantías fundamentales, facilitando inclusive la presentación y trámite de la demanda en la propia sede del Tribunal de origen. / Si dentro del principio de limitación que rige el recurso extraordinario (art. 228 del C. de P. P.), la Corte está inhibida para considerar causales de casación que el censor no haya propuesto, será evidente que al abstenerse de invocarlos, el memorialista ha dejado a la Sala la imposibilidad de darle una respuesta de fondo, y afrontada al rechazo *in limine* de su informal escrito, como a la deserción de su recurso. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de casación. Fecha: JUNIO 28 DE 1993. Decisión: Admitir la demanda. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: Martha Elena Riaño y otro. Delito: Falsedad. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 220. Radicación número 8493. 1440

CONFESIÓN / PENA / REBAJA DE PENA

1. En el anterior estatuto no bastaba que el acusado durante su primera versión aceptara los hechos imputados e informara sobre sus pormenores. Además sus palabras debían ser el fundamento de la sentencia, entendiéndose a la hora de ahora que ésta es una referación innecesaria, pues es obvio que la admisión de los hechos debe tener la suficiente relevancia para el pronunciamiento judicial. Por esta razón se eliminó tal requisito en la codificación vigente al inferirse que dicha exigencia continuaba marcando la directriz de la figura. No hay razón, por tanto, para la aplicación del principio de favorabilidad al guardar las dos normas identidad conceptual y jurídica. En el nuevo compendio esta última exigencia desapareció, siendo suficiente que el actor admita el suceso criminoso para ser favorecido con la amiriorante. Sin embargo, es de entender que se trata de la confesión simple y no de la calificada pues lo que premia el Estado es la contribución que se haga para el esclarecimiento del suceso prohibido y no una simple maniobra del interesado que busca su desfiguración, aceptando en parte —pero siempre a su favor— la conducta endilgada. Con esta actitud, el panorama procesal se ve entorpecido, debiendo realizar los falladores un mismo esfuerzo para decantar las versiones. / 2. La individualización legal de la pena es la fijación taxativa de los mínimos y máximos por el legislador. Por ello antes de fijar la definitiva de acuerdo con los criterios del artículo 61 del C. P., el fallador ha de establecer los límites que le señala la ley para saber de dónde partir y hasta dónde llegar en el proceso de individualización judicial que le corresponde. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvarmento de voto del doctor Gustavo Gómez Vélásquez. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 28 DE 1993. Decisión: Caso parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior de Buga. Acción:

Página.

Martín Alberto Vergara Osorio y Gámez José Flórez Obando. Delito: Hurto calificado. Radicación número 7127. 1445

CONFESION / SALVAMENTO DE VOTO / PENA / SALVAMENTO DE VOTO / REBAJA DE PENA / SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: JUNIO 23 DE 1993. Radicación número 7127. 1457

IMPEDIMENTO / NULIDAD

El artículo 106 del nuevo Código de Procedimiento Penal al contemplar lo atinente al impedimento de Magistrado, dice, que aceptado ésto "se completará la Sala con quien lo siga en turno y, si hubiere necesidad, se sorteará un conjuuez". Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de segunda instancia. Fecha: JUNIO 23 DE 1993. Decisión: Declara nulidad. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Doctor Orlando Arias Itma. Delito: Concusión. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 106. Radicación número 8448. 1459

IMPEDIMENTO / OPINION SOBRE EL CASO

Si el último párrafo del artículo 90 del C. de P. P. mantiene la competencia en los casos de ruptura de la unidad procesal en el mismo funcionario que la ordena, para el juzgamiento, y es norma especial para tales casos, es porque el legislador elimina como prejuzgamiento todo pronunciamiento de fondo de ese funcionario en ambas instancias, que pudiera tocar de alguna manera la situación jurídico-probatoria del sujeto respecto del cual se declaró la nulidad, y enerva la causal de impedimento del numeral 4º del artículo 103 del C. de P. P., aún en los procesos que se separan. Lo que pretende la ley con prescripción tal, en la que da por sentada la imparcialidad del funcionario empañado del asunto para continuar su conocimiento aún en proceso separado, es imprimir agilidad a la administración de justicia, que se vería notablemente afectada en este sentido con el reparto del nuevo proceso que surja a raíz de la ruptura de la unidad del proceso, a un nuevo funcionario, en la etapa del juzgamiento, para quien todo en tal asunto es desconocido. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de impedimento. Fecha: JUNIO 29 DE 1993. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior de Tunja. Acción: Luis Enrique Cañón y otro. Delito: Falsedad y estafa. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 90. Radicación número 8529. 1462

RECUSACION / NULIDAD / FAVORABILIDAD / REFORMATIO IN PEJUS / UNIDAD PROCESAL

La regulación prevista en el estatuto procesal penal no tiene ninguna dificultad para su comprensión, pues dentro del marco del sentido común, de la lógica, allí se establece que desde que se presente la

recusación, o lo que es lo mismo, desde que el funcionario sepa que ha sido recusado, o desde cuando él manifieste el impedimento se suspende el proceso. / La única circunstancia que permitiría calificar de irregular la actuación, y podría llevar a una invalidación, sería que el juez o Magistrado, sabiendo que está recusado, decidiera continuar con el proceso desconociendo la orden de suspenderlo que contiene el artículo 111. De manera que lo que realice sin estar enterado de la recusación, así ésta se haya entregado en la Secretaría no constituye ninguna irregularidad, ni se está con ella infringiendo ninguna prohibición, luego es absurdo preferir una invalidación retroactiva a una parte del proceso o a una decisión que el funcionario o la Corporación en ese momento podrían tomar, ya que no había ningún motivo que impidiera hacerlo. / No es cierto que con el rompimiento de la unidad procesal (como consecuencia de la nulidad parcial decretada), se afecta el principio de favorabilidad y el de la *reformatio in pejus*, pues como es elemental saberlo, el primero obra cuando hay sucesión de leyes en el tiempo y existen dos o más que resultan aplicables a un caso concreto. El segundo, de acuerdo con la voluntad manifestada por el implicado a renunciar a la prescripción, se debe proceder a dictar la sentencia que corresponda, lo cual, si fuere condenatoria, no podría ser mayor a la que se hubiere dictado manteniendo la unidad de procesos, en virtud de la norma que regula la acumulación jurídica de penas. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de segunda instancia. Fecha: JUNIO 29 DE 1993. Decisión: No repone.
 - Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Julio Alberto Sánchez Vega. Radicación número 7917. 1469

ACCION DE REVISION / ACTO INHIBITORIO

Sólo a partir del C. de P. P. de 1991, la acción de revisión se hizo extensiva a dos autos interlocutorios: El que decreta la cesación de procedimiento y el de preclusión de la investigación. Pero en relación con esta clase de providencias sólo es viable la acción por las causales contempladas en los numerales 4º y 5º del artículo 232 del citado estatuto. Ninguna otra clase de providencias es susceptible de la acción de revisión. / Contra la resolución inhibitoria no puede interponerse acción de revisión primordialmente porque la ley no la incluye dentro de las providencias revisables, y además porque es una decisión que no adquiere el carácter de *res judicata* ya que puede ser revocada de oficio o a petición de parte, por el funcionario que la profirió. "...siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla..." (art. 328 del C. de P. P.). Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Acción de revisión. Fecha: JUNIO 30 DE 1993. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior de Cali. Fuente formal: Decreto-ley 2700 de 1991, artículo 328. Radicación número 8625. 1474

INDICE ALFABETICO DE SENTENCIAS PUBLICADAS
PRIMER SEMESTRE DE 1993

A

TEMA	Página.
ACCION CIVIL	1373, 1401
ACCION DE REVISION	1103, 1185, 1229, 1474
ACCION DISCIPLINARIA	1234
AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO (SALVAMENTO DE VOTO)	1138
AIJANAMIENTO	917
APELACION	777, 1173
AUDIENCIA PUBLICA	1244
AUTO INHIBITORIO	1474
AUTOR	1253
AUTOR (SALVAMENTO DE VOTO)	1275

C

CALIFICACION	997
CALIFICACION (SALVAMENTO DE VOTO)	834
CALUMNIA	1388
CAMBIO DE RADICACION	992
CASACION DISCRECIONAL	975, 1090, 1192, 1373, 1440
CASACION OFICIOSA	878, 1173, 1200, 1237, 1312, 1440
COHECHO IMPROPIC	811
COMPETENCIA	997, 1055, 1090, 1188, 1204, 1234, 1388
COMPLICIDAD	1312

TEMA	Pág.
CONDENA	1144
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL	1125
CONEXIDAD	997
CONFESION	1095, 1157, 1165, 1445
CONFESION (SALVAMENTO DE VOTO)	1457
CONSULTA	835, 1401
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	1234
CULPABILIDAD	1229

D

DEBIDO PROCESO	817, 1822
DEBIDO PROCESO (SALVAMENTO DE VOTO)	834
DEFENSOR	1016
DEMANDA DE CASACION	782, 837, 844, 878, 889, 893, 958, 982, 987, 1034, 1042, 1157, 1163, 1200, 1204, 1237, 1440
DERECHO DE DEFENSA	820, 844, 1016, 1034, 1308
DERECHO DE DEFENSA (ACLARACION DE VOTO)	833
DERECHO DE DEFENSA (SALVAMENTO DE VOTO)	1029
DETENCION	1055, 1198
DETERMINADOR	1253
DETERMINADOR (ACLARACION DE VOTO)	1265
DETERMINADOR (ADICION DE VOTO)	1267
DETERMINADOR (SALVAMENTO DE VOTO)	1275
DICTAMEN PERICIAL	1083
DOLO	1292

E

EMPLEADO OFICIAL	1348
ERROD DE DERECHO	844, 982, 1237
ERROR DE HECHIO	982, 1237, 1292, 1340, 1379
ERROR DE JUSTIFICACION	795

TUMA	Pág.
ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION	958
EXTINCION DE LA ACCION	1229
EXTINCION DE LA PENA	1229
EXTRADICION	1366

F

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA	1280, 1340, 1379
FALSO JUICIO DE LEGALIDAD	844
FAVORABILIDAD	1188, 1469
FISCALIA	1244
FLAGRANCIA	837, 917
FRAUDE PROCESAL	1280

H

HOMICIDIO	958
HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL	958

I

IMPEDIMENTO	777, 1123, 1319, 1459, 1462
IMPEDIMENTO (ACLARACION DE VOTO)	1134
IN DUBIO PRO REO	1348
INCOLUPABILIDAD	795
INDEMNAZION	1034, 1373
INDEMNAZION DE PERJUICIOS	790, 948
INDICIO	1393
INHABILIDAD	903
INIMPUTABILIDAD	1083
INJURIA	1388
INTERDICCCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS	1322
IRA E INTENSO DOLOR	1165

TEMA	Pág.
------	------

J

JUEZ	782, 966, 1348
JUEZ DE EJECUCION DE PENAS	1182
JUEZ REGIONAL	1188
JURADO DE CONCIDENCIA	1113
JUSTICIA PENAL MILITAR	1204

L

LEGALIDAD DE LA PENA	1401
LIBERTAD	1193
LIBERTAD CONDICIONAL	1135, 1182
LIBERTAD PROVISIONAL	1185

M

MINISTERIO PUBLICO	1123
MINISTERIO PUBLICO (ACLARACION DE VOTO)	1134

N

NARCOTRAFICO	1188, 1348
NON BIS IN IDEM	1348
NON BIS IN IDEM (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)	1364
NOTIFICACION (SALVAMENTO DE VOTO) . .	1029
NULIDAD	820, 878, 1253, 1459, 1459
NULIDAD (SALVAMENTO DE VOTO)	834

O

OPINION SOBRE EL CASO	1482
---------------------------------	------

P

PARENTESCO (SALVAMENTO DE VOTO) . . .	913
PARTES	1244

TEMA	Págs.
PARTES EN EL PROCESO (SALVAMENTO DE VOTO)	1130
PECULADO CULPOSO	1055
PENA	1445
PENA (SALVAMIENTO DE VOTO)	1457
POLICIA JUDICIAL	837
PRESCRIPCION	777
PREVARICATO	903, 1348
PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO)	913
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	1312, 1322
PROCESO	1144
PROHIBICION DEL EJERCICIO DE UNA INDUSTRIA, ARTE, PROFESION U OFICIO	1055
PROVIDENCIA	1042
PRUEBA	903, 1303, 1322

R

REBAJA DE PENA	1182, 1445
REBAJA DE PENA (SALVAMENTO DE VOTO)	1457
RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS	1393
RECUSACION	777, 1469
REDENCION DE PENA POR ENSEÑANZA	988
REFORMATIO IN PEJUS	949, 1055, 1173, 1401, 1469
REO AUSENTE	820
RESOLUCION DE ACUSACION	997

S

SANA CRITICA	893, 903, 1144, 1165, 1379
SENTENCIA	790
SENTENCIA CONDENATORIA	903

TEMA

Pág.

T

TERMINO	874, 975
TESTIMONIO	844, 966, 1165, 1292, 1393

U

UNIDAD PROCESAL	1253, 1469
USO DE DOCUMENTO PUBLICO FALSIFICADO (ADICION DE VOTO)	1207
USO DE DOCUMENTO PUBLICO FALSO	1096

V

VERSION LIBRE	837
VIOACION DIRECTA DE LA LEY	1157
VIOACION INDIRECTA DE LA LEY	844, 893, 982, 1280, 1292

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO
Y CARCELARIO "INPEC"

Esta obra se encargó de imprimir en el
taller de Artes Gráficas de la Peniten-
ciaria Central de Colombia, en el mes
de febrero de 1965.

Santafé de Bogotá, D. C.