REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXXVII

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993
PRIMERA PARTE

SALA DE CASACION PENAL

SANTAFE DE BOGOTA, D. C., COLOMBIA — IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA — 1996

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993 (PRIMERA PARTE)

SALA PLENA

Doctores: MANUEL ENRIQUE DAZA ALVAREZ - Presidente
EDGAR SAAVEDRA ROJAS - Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria General

SALA CIVIL

Doctores: RAFAEL ROMERO SIERRA - Presidente
Rafael Rodríguez Melo - Secretario

MAGISTRADOS
Doctores: Eduardo García Sarmiento
Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra



SALA LABORAL

Doctores: JORGE IVAN PALACIO PALACIO - Presidente
Javier Antonio Fernández Sierra - Secretario

MAGISTRADOS

Doctores: Manuel Enrique Daza Alvarez
Ernesto Jiménez Díaz
Rafael Méndez Arango
Jorge Iván Palacio Palacio
Ramón Zúñiga Valverde
Hugo Suescún Pujols

SALA PENAL

Doctores: JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA - Presidente
Rafael Cortés Garnica
Carlos A. Gordillo Lombana - Secretarios

MAGISTRADOS

Doctores: Ricardo Calvete Rangel
Edgar Saavedra Rojas
Juan Manuel Torres Fresneda
Dídimo Páez Velandia
Jorge Carreno Luengas
Gustavo Gómez Velásquez
Jorge Enrique Valencia Martínez
Guillermo Duque Ruiz

RELATORAS

SALA LABORAL

Doctora: Esperanza Inés Márquez Ortiz

SALA CIVIL

Doctoras: Myriam Forero de Pardo
Liliana Polanía Alvarez

SALA PENAL

Doctora: Ayda Lucy López de Giraldo

TUTELAS

Doctora: Piedad Arcila Espinosa

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORAS SALA CIVIL	Dras. Myriam Forero de Pardo Liliana Polanía Alvarez
RELATORA SALA LABORAL	Dra. Esperanza Inés Marquez Ortiz
RELATORA SALA PENAL	Dra. Aydu Lucy Lopez de Giraldo
RELATORA TUTELAS	Dra. Piedad Arcila Espinosa

TOMO CCXXVI - Santafé de Bogotá, D.C., Colombia - Julio a Septiembre de 1993 - Número 2466

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / EXCARCELACION / AUDIENCIA

No toda irregularidad en la actuación redunda para afectar el debido proceso o el derecho de defensa, siendo indispensable para su reconocimiento la demostración de que se atentó en forma ostensible contra ellos. / Conviene resaltar que al juzgado le asistió todo fundamento al negar la excarcelación por el transcurso de seis meses en privación efectiva de libertad, pues si la audiencia no logró realizarse en la fecha dispuesta por el juzgado, la única causa acreditada era atribuible a la defensa que en lugar de atender la convocatoria del Despacho interpuso a ese auto un recurso de reposición que difirió la fecha señalada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7788.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado por Acta número 059.

Santafé de Bogotá, D. C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Alberto Augusto Gantiva, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca de mayo 21 de 1992, mediante la cual le impartió confirmación a la de condena que por el delito de homicidio emitiera en primera instancia el Juzgado Único Superior de Gachetá imponiéndole al acusado la pena de 10 años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, y el pago de la suma equivalente a 1.500 gramos oro en razón de los perjuicios tanto materiales como los morales, revocando únicamente lo relacionado con la suspensión de la patria potestad.

Hechos y Actuacion Procesal

1. El 24 de junio de 1990, el Registrador del Estado Civil de Gachata señor Pedro Fernández Rodríguez, entró a departir con algunos vecinos en un conocido establecimiento del sector urbano de esa población, dedicándose al consumo de aguardiente. Ya de salida a pedido del dueño del local para que abandonaran su negocio, se encontró el funcionario con Alberto Augusto Gantiva quien armado de revólver profirió amenazas en su contra y de Isidro Antonio Rojas y Luis Enrique Ramírez, para proceder a disparar repetidamente en contra de Fernández Rodríguez a quien ocasionó la muerte.

Con base en las diligencias adelantadas por el Noveno Distrito del Departamento de Policía de esa población que motivaron la aprehensión del imputado, y la incautación del revólver Smith Wesson, el Juzgado 37 de Instrucción Criminal de Gachetá inició la correspondiente instrucción, vinculando mediante indagatoria al procesado a quien le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención, al tiempo que ordenó compulsar copias para investigar por separado el posible porte ilegal de armas.

Mediante proveído de octubre 8 de 1990 se declaró cerrada la investigación, decisión recurrida en reposición por el abogado de la defensa para que previamente a la calificatorio se decretara la acumulación de las investigaciones del homicidio y el porte ilegal de armas. Aunque el despacho reconoció la conexidad de los delitos mencionados denegó el recurso, pues a su juicio la ruptura de la unidad procesal no generaba nulidad, ni era ese el momento procesal viable para la acumulación solicitada.

En noviembre 13 de 1990 el Juzgado Instructor despachó favorablemente la solicitud de libertad formulada por el defensor habida cuenta del tiempo transcurrido sin calificación del mérito sumarial, fijando como caución el equivalente a 20 salarios mínimos legales, auto que únicamente alcanzó a notificar al procesado. El día 19 del mismo mes y año se profirió resolución de acusación en contra de Gantiva por el punible de homicidio, y como consecuencia se revocó la libertad concedida, decisión recurrida en apelación.

Al desatar el recurso interpuesto en contra del auto anterior, el Tribunal Superior de Cundinamarca le impartió confirmación, analizando y rechazando expresamente las nulidades alegadas por la ruptura de la unidad procesal y la falta de notificación al Ministerio Público y por estado del auto interlocutorio que concedió la excarcelación.

La audiencia pública se fijó para el 21 de agosto de 1991 sin que se llegara a realizar por la interposición contra el auto que la convocó de un recurso de reposición, al cual siguió nueva solicitud de libertad, peticiones despachadas negativamente.

Al término del debate oral, el Juzgado Unico Superior de Gachetá profirió el fallo de condena de contenido previamente enunciado, cuya confirmación por parte del Tribunal Superior ha suscitado la presente impugnación extraordinaria.

La Demanda

Al amparo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos le formula el recurrente a la sentencia, subdividiendo el primero dentro de un planteamiento de nulidad, en la proposición de una violación al derecho de defensa por ruptura de la unidad procesal, la invalidación de lo actuado a partir de la notificación del auto que concedió excarcelación en el sumario, y la derogación de la libertad en la etapa de la causa sin que mediara razón legal que la vedara. El segundo cargo se presenta por violación indirecta de la ley sustancial, fundamentado en un error de hecho por falso juicio de identidad.

En el primer cargo la nulidad planteada tendría asidero en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal por violación del debido proceso y del derecho de defensa, según así se exterioriza:

a) Al acusado se le inició investigación por el delito de homicidio en la persona de Pedro Fernández mediante utilización de un arma de fuego sin salvoconducto, pero pese a la conexidad de los dos hechos, jamás fueron juzgados en un solo proceso como lo prevé el artículo 4º del Decreto 1861 de 1989, ya que el funcionario de Instrucción ordenó compulsar copias para investigar por separado la violación al Decreto 3664 de 1986, proceso que culminó en el Juzgado 2o. Penal del Circuito de Gachetá.

"El artículo 14 del Decreto 050 de 1987 exceptúa la nulidad con la ruptura de la unidad procesal siempre que no se vea afectado el derecho de defensa.

La unidad procesal se rompió y el derecho de defensa del procesado Alberto Cantiva se afectó puesto que tuvo que responder en dos procesos y ante jueces diferentes lo que dificultó su defensa. En virtud de la sentencia condenatoria que se dio en ambos procesos, según las normas vigentes al momento de los fallos, se presenta una suma aritmética de penas, todo lo cual lleva a la conclusión que la ruptura de la unidad procesal afectó el debido proceso y violó el derecho de defensa del procesado. Se da la causal de nulidad consagrada en los numerales 2º y 3º del artículo 305 del Decreto 050 de 1987, derogado, pero reproducido en los numerales 2º y 3º del artículo 304 del C. de P. P.".

Por lo anterior se solicita de la Corte decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto del 25 de julio de 1990 que ordenó compulsar copias para investigar por separado los delitos conexos.

b) Falta de notificación de la providencia de fecha noviembre 13 de 1990 que concedió la excarcelación al procesado. Con esta omisión se vulneraron el artículo 9º del Decreto 1861 de 1989 y el artículo 174 del Decreto 050 de 1987, "por el afán de calificar el mérito del sumario para evitar que se hiciera efectivo el derecho sustancial a la libertad que tenía el sindicado".

"Con tal proceder el funcionario violó las disposiciones relacionadas y se afectó el debido proceso y el derecho a la defensa que son causales de nulidad reguladas en los numerales 2° y 3° del artículo 305 del Decreto 050 de 1987. La ausencia de estas notificaciones tiene una explicación palmaria en el proceso y radica en que la funcionaria tenía que pasar por alto normas procesales para negarle la efectividad del derecho que tenía el procesado a su libertad. Fue así como con excesiva celeridad calificó el sumario profiriendo resolución de acusación y revocó la excarcelación concedida, en auto de fecha 19 de noviembre de 1990.

El derecho sustancial a la libertad del procesado se afectó, se hizo nugatorio, no se le dio la oportunidad de prestar la caución impuesta. Tampoco se dio oportunidad al Ministerio Público y al defensor para conocer el proveído. La defensa se vio impedida a impugnar por vía de reposición lo atinente a la caución, para su cambio o disminución"; solicitando "la declaración de nulidad de la actuación a partir, exclusive, del auto de fecha noviembre 13 de 1990 y ordenar la reposición de lo actuado con posterioridad".

c) En el juicio se le negó la libertad al procesado sin causa legal de amparo a esa decisión, vulneración perpetrada mediante auto del 4 de septiembre de 199; pues a pesar de haber transcurrido un tiempo superior a los seis meses de privación de libertad sin iniciación de la audiencia pública, la solicitud se denegó con el argumento de que la vista no se pudo celebrar por causas atribuibles al defensor, decisión que se estima violatoria del derecho de defensa -numeral 5° del artículo 439 del Decreto 050 de 1987 y del debido proceso -numerales 2° y 3° del artículo 305 del citado decreto-, solicitando la invalidación del auto mencionado para que se ordene reponer lo actuado con posterioridad.

Segundo cargo: Fundado en el numeral 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el censor invoca la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho generado en un falso juicio de identidad, porque el Tribunal tergiversó la prueba de la agresión, las lesiones que padeció el sindicado y las demás circunstancias que acreditaban la legítima defensa. Como normas violadas cita los artículos 29 del Código Penal, 247, 254, 273 y 294 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene la demanda que el procesado confesó la autoría del hecho y esgrimió en su favor la legítima defensa como causal excluyente de la antijuridicidad, pero que el Tribunal desconoció la agresión que realizó el obitado pese a su demostración, distorsionando el contenido de las pruebas:

"Con los testimonios de Jorge Luis Linares Cuéllar, Guillermo Heli Castañeda Díaz y José Germán Piñeros González está probado que el occiso Pedro Fernández salió de la tienda en el momento en que por allí pasaba Alberto Gantiva, lo atacó cogiéndolo del brazo propinándole golpes en diferentes partes del cuerpo, pero en la sentencia se argumentó erróneamente que el hecho no se daba por probado con fundamento en que el sindicado en la audiencia, los ubica al frente de donde ocurrieron los hechos y los testigos se localizan en la esquina. Detalle que no tiene relevancia puesto que los mismos testigos se sitúan en la esquina de la acera de en frente de la tienda a una distancia aproximada de diez, doce o quince metros, lo que da una ubicación diagonal de los distintos testigos en relación al lugar de los hechos que bien puede ser tenida en cuenta como al frente de los hechos".

También distorsionó el *ad quem* el hecho de que el procesado no hubiera referido al conocimiento antaño de Guillermo Castaneda y a Germán Piñeros, lo cual se debió al grado de embriaguez en que se encontraba; e incidió en el fallo de condena para negarle la justificante, ignorando la agresión causada por el ahora occiso, incapacidad que fue fijada por los médicos legistas en 15 días pero reducida por el juzgador a 6 diciendo que la misma no tenía operancia en el proceso, cuando el mismo funcionario instructor dejó constancia sobre las contusiones, mordeduras y demás daños corporales que presentaba el sindicado en el momento de la indagatoria.

Del mismo modo se tergiversó lo relacionado con el acto de provocación diciendo que ocurrió en contra del obtado Pedro Fernández, cuando en verdad lo fue respecto del testigo Luis Enrique Ramírez Torres, pero tan leve que el nombrado se retiró del lugar de los hechos al llamado de sus amigos.

Por último y con relación a los impactos dice que fueron cinco en total:

"Uno que recibió el procesado y cuatro el occiso. Pero el juzgador distorsiona el experticio contenido en la necropsia. Aquí se dice que el cadáver presenta cinco orificios de entrada y no cinco disparos. No reparó en que el forense hace referencia a cinco orificios de entrada sin determinar que fueron producidos por proyectiles diferentes y ocurre que la víctima sólo recibió cuatro disparos acorde con los testimonios rendidos sobre este punto y uno de esos proyectiles bien pudo realizar dos orificios de entrada si se tiene en cuenta que presentan orificio de salida y pudo causar una segunda herida en la humanidad del occiso": y finalmente agrega:

"La legítima defensa tiene la certeza probatoria, pero el juzgador al distorsionar la prueba se formó un falso juicio de identidad el que determinó el rechazo de la causal excluyente de la antijuridicidad para dictar el fallo condenatorio con violación a los artículos 247, 254, 273 y 294 del C. de P. P. y el artículo 29 del C. P.".

Respecto a este cargo, sol cita: "Que se invalide el fallo mencionado y en su lugar se profiera la sentencia que se ajuste a derecho según las previsiones del artículo 229 del C. de P. P.".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que los cargos formulados por el recurrente deben desestimarse. Con relación al primero de ellos dice:

a) El artículo 14 del anterior estatuto procedimental y el 88 del actual prevén que el rompimiento de la unidad procesal no genera nulidad cuando no afecta la garantía constitucional del derecho de defensa, y aunque fue errada la motivación tenida en cuenta por el juez instructor para dividir la actuación, no por ello puede sostenerse que se violentó el debido proceso o el derecho de defensa, o se llegó a desvertebrar la presunción de legalidad que cobija al proceso, pues "...precisamente en este punto el casacionista nada demuestra y en cambio cree cumplir con este deber haciendo la afirmación con apego en la cual, las dificultades para el procesado derivadas de tener que responder por sus conductas ilícitas ante dos autoridades judiciales diversas y la suma aritmética de penas habrían menoscabado su defensa, siendo que dichos antecedentes no ostentan semejante significado y alcance". Su postura es apoyada con

aparte del fallo de mayo 14 de 1992 con ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, agregando:

"Pero además, si acaso tuviera actualidad considerar que el procesamiento de Gantiva por delitos conexos en investigaciones separadas podría haberle resultado desfavorable por razón de la suma aritmética de penas que de ello resultaría, hoy por hoy el nuevo ordenamiento procesal penal ha zanjado cualquier discusión al respecto, al consagrar en el artículo 505 la acumulación jurídica de penas que resulta perfectamente aplicable "también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente".

b) Que no le asiste razón al censor cuando acusa de nulidad la falta de notificación del auto por medio del cual se le concedió el beneficio de libertad al procesado, ya que el Tribunal en su oportunidad (fl.15 C.T.) le dio una adecuada respuesta a ese reparo al señalar que pese a darse la informalidad, ella recaía en una providencia que "...decretaba la libertad provisional del detenido, pero no citaba al instructor a esperar su ejecutoria para poder entrar a calificar el mérito del sumario. Tenía que seguirse con el principio de continuidad de la actuación, y su fase subsiguiente era el calificatorio: Piénsese por vía de ejemplo, que el citado auto hubiese sido notificado en legal forma y se hubiere recurrido en apelación, el proceso no podía detenerse, lo hubiera tenido que continuar con el mismo resultado: la calificación del sumario. En otras palabras, el auto que dispuso la libertad no constituía condición procesal para la etapa posterior, siendo de aquéllos que tienen ejecutoria formal y su sanamiento se produce por un medio diferente al de la nulidad. Lo correcto en el caso examinado sería ordenar la notificación del proveído pero como lo allí decidido fue revocado ulteriormente, la providencia quedó en condiciones de ineficacia, por lo que no tiene sentido el pedimento fiscal"

c) Tampoco es de recibo proponer una nulidad con base en que en la etapa del juicio se le negó al acusado la libertad, por haber transcurrido más de seis meses de la ejecutoria de la resolución de acusación sin haberse celebrado la respectiva audiencia pública, pues: "La naturaleza de la determinación por medio de la cual el Juzgado Unico Superior de Gachetá negó la excarcelación a Gantiva, no constituye presupuesto o condición procesal alguna de las etapas que fueron surtidas con posterioridad, por lo que no sería subsanable, si a ello hubiere lugar, por vía de la nulidad, sino de la revocación, de oficio o mediante la interposición de los recursos ordinarios".

Siendo la nulidad una medida extrema, ella sólo obedece y tiene plena operancia frente a errores preminentes y transcendentes que, desde luego, no pueden circunscribirse en su entendimiento a la inconformidad que suscita una decisión frente a la que se estima debió adoptarse en etapas del proceso ya superadas.

De otra parte, recuerda que el Juez del conocimiento encontró que las disposiciones del artículo 439.5 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época, no era de aplicación automática, y negó la solicitud por considerar que la no realización de la audiencia pública se debía a causas atribuibles a la defensa.

Refiriéndose al segundo cargo dice que el casacionista se dedicó a contrariar:

"Las conclusiones del fallador deducidas de los distintos medios de prueba y logradas, por demás, a través de un pormenorizado estudio de ellas, con base en el cual se niega la presencia de la justificante pretendida, posición que del todo es repelida en

sede del extraordinario recurso, como que lo procedente en un caso semejante es la demostración del yerro en que habría incurrido el juzgador y no en considerar que éste surge de un distinto modo de valorar las pruebas, pues de tal confrontación predominan, como es bien sabido, las conclusiones del sentenciador, ya que el fallo impugnado viene amparado por la doble presunción de acierto y legalidad".

De otra parte pone en evidencia los errores de carácter técnico que acusa la demanda, porque "al propugnar el demandante por establecer un error de hecho por falso juicio de identidad, aduciendo, aunque no con la claridad debida, la falta de aplicación del precepto que consagra la defensa justa (artículo 29.4 del C. Penal), no completa el enunciado lógico, señalando que esa falta de aplicación habría conducido a la aplicación indebida del artículo 323 del C.P., que precisamente consagra el homicidio objeto de condena, y en su lugar, cita indiscriminadamente un conjunto de normas procesales, siendo que sobre ellas no versa el debate.

Extensas, por lo demás, fueron las consideraciones que los juzgadores de instancias hicieron en juicioso y ponderado estudio de las pruebas y específicamente en cuanto ellas podrían conducir a considerar la presencia de la legítima defensa alegada, tomando como base todos y cada uno de los testimonios que sobre el particular podrían tener influencia, en una valoración perfectamente razonable que no admite la imputación que se hace de haber tergiversado su contenido.

Como es bien sabido, el falso juicio de identidad, como alegación en la modalidad del error de hecho, consiste en una tergiversación del contenido material de la prueba al darle un alcance mayor o menor del que realmente tiene, es poner a la prueba a mentir por exceso o por defecto. Por ello el fallador al valorar la prueba reconociendo de ella mayor preponderancia de convicción a unas respecto de otras por estimarlas más lógicas o con mayor respaldo en otros elementos de juicio, no está incurriendo en ningún error.

Así, el libelista no demostró en las instancias la pretendida legítima defensa y mal puede ahora bajo idéntico alegato al que se añade su particular análisis del conjunto probatorio, arribar a tal evidencia".

Por lo demás el juzgador no tergiversó los testimonios que Jorge Luis Cuéllar, Guillermo Helí Castañeda Díaz y Jose Germán Piñeros González rindieran con marcado interés para favorecer al procesado como lo destacó la sentencia, y cuya presencia en el lugar de los hechos se cuestiona, "En cambio pleno respaldo se da a los testimonios por los señores Luis E. Ramírez Torres, Juan de la Cruz Gómez Calderón, Carlos Yesid Neira Urrego y Juan Carlos Cifuentes, en tanto con base en estos declarantes adquieren lógica explicación los hechos que culminaron con la vida de Pedro Fernández Rodríguez, siendo absolutamente descartable que éste agrediera injustamente al procesado recibiendo como respuesta los disparos que segaron su vida.

Con respecto a las heridas que mostrara el acusado, replica la Delegada que no es cierta su desestimación en el fallo, ya que allí se consignó que asomaba duda en cuanto a que las mismas se hubieran producido la noche de autos, concluyendo en que:

"...si el occiso presentaba en su cuerpo cinco orificios de entrada por disparos de arma de fuego y el procesado sostuvo en su injurada que diez cartuchos era todo lo que tenía consigo, no se comprende la razón por la cual para el momento de ser aprehendido contaba con cuatro proyectiles y una vainilla, es decir, que un disparo más se habría

producido con posterioridad a la comisión del delito, lo que explicaría la razón por la cual Gantiva aparecía herido con revólver.

Y aunque por la manera como sucedieron los hechos se ha descartado con justa razón que el occiso hubiera podido inferir las lesiones que presentaba Gantiva, como que los disparos se produjeron de continuo sin tener la menor oportunidad de defenderse, de darse credibilidad a la afirmación contraria, debe no obstante negarse por estar huérfano de prueba que el procesado reaccionara frente a una injusta agresión de que fuera víctima.

Al unísono, los testimonios por cuya coherencia y verosimilitud han ilustrado con mayor credibilidad la reconstrucción de los acontecimientos, niegan plenamente no sólo la provocación y el origen mismo del ataque físico de que fuera objeto Fernández Rodríguez, sino también su decurso y final resultado, dentro del cual fácilmente se comprende que quien desafiante y empuñando el arma agredió injustamente al citado fue Gantiva".

Con base en lo anterior, le sugiere a la Corte no casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte

No puede menos la Sala que compartir las acertadas críticas que el Procurador le hace a la demanda, restando apenas por añadir algunas breves observaciones marginales.

Con relación al *primer cargo* cabe ante todo recordar que no toda irregularidad en la actuación redunda para afectar el debido proceso o el derecho de defensa, siendo indispensable para su reconocimiento la demostración de que se atentó en forma ostensible contra ellos, razón que ha llevado a la Corte tradicionalmente a afirmar que "La vulneración de uno cualquiera de aquellos supremos principios que orientan el proceso penal y garantizan una recta y equitativa administración de justicia, ha de ser por tal modo evidente que se imponga como ineludible la extrema solución de nulidad, es decir, el expreso reconocimiento del error y la remoción del obstáculo procesal que hasta el momento de su declaratoria impedía repararlo. Por eso no pueden tener éxito las demandas de nulidad supralegal en las que no se demuestre fehacientemente lesión verdadera a uno de aquellos principios, o en las que se aleguen simples informalidades que han dejado incólume el derecho de defensa, que no han desquiciado las reglas sustanciales del proceso o que no han vulnerado las garantías de que normativamente gozan las partes en el decurso de la actuación procesal". (Fallo de mayo 4 de 1982. M.P. doctor Alfonso Reyes Echandía).

Ni el derecho de defensa ni el debido proceso podían en el caso propuesto vulnerarse porque se hubiese ordenado, así fuese de manera equivocada, el rompimiento de la unidad procesal, pues el primero se salvaguardó en todo con la única posible objeción de una eventual fijación sumatoria respecto de las penas en una y otra causa, aspecto cuyo correctivo encuentra ahora rectificación mediante el mecanismo ordinario previsto en el artículo 505 del Decreto 2700 de 1991 citado por el colaborador Fiscal, y que de acuerdo al artículo transitorio número 15 *ibidem*, compete al juez que profirió la sentencia de primera instancia resolver, en tanto se ponen en funcionamiento los juzgados de ejecución de penas. En todo caso, ni resulta la solución competencia de la

Corte, ni propia del recurso extraordinario de casación, mucho menos si por disposición expresa del anterior artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, la ruptura del principio de unidad no genera nulidad salvo el desconocimiento del derecho de defensa que en los términos vistos, no es la hipótesis que aquí se afronta, como tampoco la del desconocimiento de otras garantías constitucionales, pues de lo dicho queda claro que al evento señalado por el censor se refiere de modo expreso la ley procesal penal, concediendole unas consecuencias de las cuales no se distanció el proceso.

Se afirma también en la demanda que no se le dio oportunidad al procesado para prestar la caución impuesta para gozar de la libertad, mas ese hecho como causal de nulidad tampoco resulta de recibo. Claramente se observa que el auto en que se otorga el beneficio tiene fecha de noviembre 13 de 1990, notificándosele personalmente al procesado al día siguiente. En el se dispuso dejar al imputado a disposición del Juzgado 2º Penal del Circuito local, despacho que adelantaba el proceso por el porte ilegal de armas, y cinco días después se profirió la resolución acusatoria que ordenó el cumplimiento de lo previsto en el artículo 439-4 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 23 del Decreto 1861 de 1989.

En el peor de los casos, el hecho se tradujo en una irregularidad que agotó sus consecuencias en el momento de su ocurrencia, pero que no trascendió a impregnar de invalidez el proceso, ni podría subsanarse con el retrotraimiento de la actuación al momento de su ocurrencia, aspectos que repercuten para distanciar la exigente causalidad entre el vicio y el procedimiento que ha de reponerse.

Respecto de la omisión de la notificación personal del citado auto al Ministerio Público y por estado a los demás sujetos procesales, es evidente que en nada afectaba el debido proceso. Primeramente, porque el proveído se encontraba a disposición del representante del Ministerio Público y del defensor, así que si estos hubieran concurrido oportunamente a despacho, se habrían enterado de lo resuelto. En segundo lugar, porque el enteramiento que de esa decisión se había hecho al procesado le había facilitado la oportunidad de prestar la caución impuesta.

Pero si lo anterior no fuese suficiente, ni la desatención del defensor al pronunciamiento del Juzgado, ni la naturaleza del auto proferido incidían en la continuación del trámite procesal, pues la decisión de un incidente de excarcelación no es pronunciamiento del cual dependa la actuación principal en secuencia preclusiva, de manera que el juez seguía obligado a continuar con los actos de su competencia, dentro de ellos el de calificación del sumario que como ya se ha dicho, vino a determinar la revocación de la liberación concedida.

Desafortunada se ve también la propuesta de nulidad fundada en que al procesado se le negó su excarcelación por el transcurso de seis meses en privación efectiva de libertad (de febrero 28 de 1991 a agosto 30 siguiente), sin que se realizara la audiencia pública, pues además de las razones aducidas precedentemente, conviene resaltar que al Juzgado le asistió todo fundamento al denegarla, pues si la audiencia no logró realizarse en la fecha dispuesta por el Juzgado, la única causa acreditada era atribuible a la defensa que en lugar de atender la convocatoria del Despacho interpuso a ese auto un recurso de reposición que difirió la fecha señalada (artículo 439, numeral 5º, C. de P. P.).

El cargo no prospera.

Con relación al *cargo segundo*, debe igualmente predicarse su improsperidad, pues como lo precisó el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a contrario de lo afirmado por el recurrente el fallador no llegó a distorsionar las diferentes pruebas a las que hace alusión el censor, valga decir, el número de los disparos que impactaron al ofendido, las heridas que mostraba el inculpado, el acto de provocación, y los testimonios rendidos por Jorge Luis Linares Cuéllar, Guillermo Helí Castañeda y José Germán Piñeros.

Baste para respuesta con recordar los textuales análisis del *a quo* sobre el particular, dentro de los cuales precisa la capacidad de carga del arma (5 alvéolos), y su coincidencia con el número de impactos recibidos por la víctima (cinco en total), lo cual a su vez le permitió desvirtuar que la lesión por disparo de arma de fuego que el imputado dijo haber recibido, hubiese provenido de un ataque recíproco, explicaciones que se concretan en el siguiente análisis conjunto de la prueba:

"...lo contrario acontece con los testigos que momentos antes se encontraban en el establecimiento como eran Luis Enrique Ramírez, Carlos Yesid Neira y Juan Carlos Cifuentes, que aunque en algunos aspectos son divergentes, ya en relación con la culminación del episodio criminoso, aún con circunstancias 'ex-ante', concuerdan con el desarrollo, cobrando firmeza, en el proceso, resulta así como hecho cierto, la provocación que con arma de fuego realizara el justiciable al occiso, como a los demás y cuando éste quiso reaccionar ante el hecho, como es natural por la afrenta recibida, es rematado a disparos de manera aleve, adviértase bien que no podía científicamente, el occiso de manera alternativa, recibir los disparos y tener fuerzas suficientes para lesionar al victimario. Son dos los impactos delanteros, uno en el cuello como se indicó, con trayectoria de derecha a izquierda y de abajo hacia arriba, pues, entra por el lado derecho del cuello y sale por la parte preauricular izquierda (altura del pabellón del oído izquierdo), produciendo herida 'transfixiante por proyectil arma de fuego a nivel de 1/3 de tráquea' fol. 26 c.o., lo cual produce obviamente ahogo en la víctima, restando en forma notable todas sus fuerzas; ahora, de la recibida en el mesogastrio (parte central del estómago), las venas que lesione a su paso, inmediatamente alteran el torrente sanguíneo total ocasionando shock, lo cual incide necesariamente en las funciones vitales del ser humano, como son circulación y respiración, de lo cual se infiere, como ya se indicó, que nunca podía enfrentar el forcejeo de que da cuenta inclusive los dudosos testigos de descargo, primero porque los impactos, sólo dos se recibieron por la parte frontal, delantera o anterior del cuerpo; y, segundo, los tres restantes, fueron recibidos por detrás de la humanidad o parte posterior, siendo uno de ellos de naturaleza mortal, el que impactó en la región interescapular izquierda, penetrante a tórax, justamente con los que fue rematado dando forma a la versión de los deponentes acabados de mencionar".

Las anteriores apreciaciones cuentan con el debido respaldo probatorio dentro del informativo porque los acompañantes de la víctima coinciden en que la iniciativa de la agresión partió siempre y exclusivamente del acusado quien los encañonó con el revólver y dirigió términos ofensivos, precisando que la mayor parte de los disparos los recibió Fernández ya caído en el suelo, situación que ni siquiera altera de manera sensible el testimonio del acompañante del acusado Juan de la Cruz Gómez, pues

también él reconoció la iniciativa de Gantiva en la agresión y si bien es cierto dijo que Pedro le lanzó un primer golpe a la cara al procesado, jamás con esa afirmación se desnaturaliza el orden de las intervenciones. La injusticia del trato dado por Alberto Augusto a quienes salían de la tienda, ni la desproporcionalidad clara de los medios, pues la víctima no utilizó más elemento que sus manos, recibiendo a cambio los repetidos disparos que le propinó el acusado.

Si los juzgadores con razonado fundamento prefirieron los dichos de los acompañantes del ofendido a los testigos de descargo, fijando dentro de sus competencias el contenido de unos y otros para luego y sin deformación de su sentido explicar por qué se le daba credibilidad a los primeros sobre el segundo grupo, le dista de constituir la desfiguración del sentido o contenido de los medios que el censor propone, porque lejos de concretar sus objeciones hacia el interior de una o alguna de estas premisas, el esfuerzo se desorienta a una discusión de valoración, ajena a los errores de hecho y propia de los de derecho no invocados.

Tampoco desconoció ni deformó el *a quem* la prueba técnica ni las evidencias atinentes con las lesiones sufridas por el acusado. Como bien en este punto lo pone de presente la Procuraduría Delegada en los fragmentos transcritos, eran motivos ológicos los que llevaban a sospechar sobre el verdadero origen de la herida de bala exhibida por Gantiva en una pierna, pues matemáticamente resultaba que si la víctima recibió cinco disparos, el revolver se recuperó con cuatro proyectiles y una vainilla y el imputado había dicho que contaba con diez cartuchos antes de los hechos, el sexto disparo deflagrado por su arma era la mejor explicación de su lesión, con mayor razón si el único disparo que registra en la necropsia orificio de salida, no abona la hipótesis defensiva de su reingreso al cuerpo del ofendido, pues se trató del recibido "en región anterior derecha del cuello". Orificio de salida región preauricular izquierda, orientación que no satisface por sí misma la planteada posibilidad de su reingreso.

Finalmente, a los errores de técnica puestos de presente por el colaborador del Ministerio Público, ha de agregarse el que proponiendo la justificante de la legítima defensa, que desde luego por las razones expuestas no tiene cabida en el presente caso, terminó solicitando la invalidación del fallo sin precisar de qué manera debía procederse su sustitución.

No tiene éxito la 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 el fallo impugnado por el defensor del acusado Alberto Augusto Gantiva.

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

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD / DEMANDA DE CASACION

La nulidad persigue remediar entuertos que no pueden ser corregidos de otra manera y afecten las garantías fundamentales. No hay que buscar la razón de ser de la nulidad en ella misma. Repetir el procedimiento para llegar al mismo resultado, entorpece la marcha de la administración de justicia, distrayendo su atención en un supuesto inocuo. Con ello no solamente se le rinde culto a la forma en detrimento del derecho material, sino que anula la prontitud y cumplimiento que deben signar su aplicación.

Uno de los fines del recurso extraordinario de casación es la reparación del daño inferido a la parte impugnante.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7914.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado por Acta número 59.

Santafé de Bogotá, D. C., julio primero (1º) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Decía la Sala sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado Abnégado de Jesús Reyes Vargas, contra la sentencia profenda por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria del fallo dictado por el Juzgado Doce (12) Superior de la misma ciudad, que lo declaró responsable de los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, sancionándolo a purgar la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y como accesorio la de interdicción de derechos y funciones públicas, por igual lapso. También estuvo de acuerdo la Corporación con la absolución del segundo implicado, Diego Fernando Sáenz Núñez.

Hechos

La síntesis la realizó con propiedad el sentenciador de segunda instancia. La Sala hace la citación correspondiente:

"Hacia las cinco y cuarto de la tarde del 15 de noviembre de 1991, la señorita Sandra Milena Barrero Osorio, empleada de la empresa 'Somos soluciones laborales', se desplazaba en un taxi conducido por el señor Ismael Rojas Figueroa, cuando a la altura de la carrera 64 con calle 15 de esta ciudad fueron interceptados por dos individuos vestidos de civil que se movilizaban en una motocicleta de colores rojo y azul, la cual atraviesa en en la parte de adelante del vehículo de servicio público para inmediatamente, provistos de sendas armas de fuego con las que encañonaron a los ocupantes, procedió a despojar a la joven de la suma de un millón doscientos sesenta y seis mil seiscientos veinte pesos ($1.266.620), que llevaba con destino al pago de la nómina de la empresa Tecno S. A.

Ante la información suministrada por un ciudadano al Centro de Atención Inmediata número 28, se presentó al sitio del atraco una patrulla policial, cuyos tripulantes (dos), lograron en primer término la aprehensión del sujeto que conducía la motocicleta, quien manifestó llamarse Abnégado de Jesús Reyes Vargas, y, ser agente activo de la Policía Nacional; y, en segundo lugar, la captura del otro asaltante, que inexplicablemente logró fugarse cuando era conducido en el carro patrulla por el conductor de ésta, agente Néstor Antonio Gutiérrez Soler, dejando abandonado el dinero materia del hurto y un revólver.

Algunas horas más tarde, en las instalaciones del mencionado CAI 28 se recibió una llamada telefónica de una persona indignada por la suerte de un hermano quien se encontraba desaparecido desde hacía tres días. Como quiera que se pensó que esta situación podría estar conectada con el resto y tratarse del individuo que había logrado evadirse de la auto patrulla, se respondió que efectivamente dicha persona se encontraba allí, y en consecuencia era necesaria su presentación. Cuando tal ciudadano hizo presencia, de inmediato se procedió a su aprehensión. Este capturado manifestó responder al nombre de Diego Fernando Sáenz Núñez, quien siempre se mostró ajeno a los hechos denunciados e investigados".

Sinopsis Procesal

El compendio pertenece a la Delegada. La Sala hace eco de sus palabras:

"Recibidas las iniciales diligencias practicadas, el Juzgado Ciento Doce de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, dispuso la apertura de la investigación en auto que lleva fecha del diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), en el cual ordenó, entre otras cosas, recibir la indagatoria de los capturados. En la que rindiera Abnégado de Jesús Reyes Vargas, manifestó que no participó en el suceso delictivo materia del proceso, sino que trató de prestar ayuda a quienes estaban siendo víctimas del atraco, sin obtener la colaboración solicitada a los agentes de Policía que pasaban por el lugar, quienes, en cambio, procedieron a aprehenderlo como si se tratara de un partícipe del asalto. El otro capturado, Diego Fernando Sáenz Núñez, por su parte, aseveró que no intervino en forma alguna en el atraco, sino que al presentarse a un CAI a averiguar por la suerte que hubiera podido correr su hermano desaparecido tres días atrás, fue capturado como sospechoso del hecho delictivo.

En proveído del veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991) el funcionario instructor consideró que los procesados vinculados hasta ese momento a la investigación habían sido sorprendidos en flagrancia de delito, razón por la que fijó como procedimiento el abreviado y profirió además contra ellos medida de aseguramiento como presuntos autores responsables de los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas.

Atendiendo petición anterior de los defensores, uno de los cuales depreció la declaratoria de nulidad de lo actuado porque Sáenz Núñez no fue capturado en estado de flagrancia y por el o no podía tramitarse el asunto por el procedimiento abreviado, el Juzgado desechó la solicitud en auto del trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

El expediente pasó después al Juzgado Doce Superior de Santafé de Bogotá, quien avocó su conocimiento en proveído del veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992), cuando dispuso la práctica de algunas diligencias probatorias y fijó fecha para la celebración de la audiencia pública de juzgamiento.

Después de celebrada la vista pública se procedió a dictar sentencia de primera instancia, de cuyo contenido se hizo mérito con la confirmación de la decisión impugnada".

La Demanda

Plantea un cargo único, acusando la sentencia de ser "...*inconstitucional e ilegal*, ya que se dictó impropiamente en un juicio viciado de nulidad". Para instruir y fallar el asunto, se acogió el procedimiento abreviado, teniendo la flagrancia como fundamento jurídico y axiológico.

A continuación señala dos hechos "irrefutables": El primero, la aprehensión en forma casi simultánea al acontecimiento de Abnégado Reyes y otro sujeto, de quien no se supo su nombre, quien huyó al ser conducido en la patrulla. El segundo, la captura, horas más tarde, de otro individuo de nombre Diego Sáenz. No obstante, el instructor decidió tramitar el asunto por el procedimiento abreviado, confundiendo la flagrancia con la autoría, pese a ser varios los capturados y uno de ellos haber caído en manos de las autoridades, lejos del sitio de los acontecimientos y mucho tiempo después.

A continuación se dedica a reseñar las pruebas que, a su juicio, demuestran el aserto. La denunciante y los agentes captores son citados para probar la aprehensión de Abnégado, la evasión del segundo sujeto, y la posterior detención de Sáenz. En este punto advierte que la demostración de que éste es diferente del individuo que logró escaparse, es su absolución por parte del Tribunal.

Así las cosas, concluye que la sentencia recurrida violó el artículo 29 de la Constitución Nacional puesto que la investigación ha debido hacerse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 354 del estatuto procedimental de 1987. Destaca, además, que el procedimiento ordinario es más favorable al imputado. Finaliza su escrito citando el artículo 474 *ibidem* y solicitando de la Sala se decrete la nulidad del plenario a partir de la diligencia de audiencia pública y se disponga la libertad de su defendido, conforme a lo dispuesto por el artículo 415-4 del estatuto procesal vigente.

Concepto del Procurador Tercero

Delegado de lo Penal

Luego de precisar los requisitos señalados por el legislador para darle curso al proceso abreviado, tanto en la norma original, como en el Decreto 1861 de 1989 que la reformó, el Delegado admite que Sáenz Núñez no fue capturado en flagrancia ni tampoco aceptó su participación en los hechos delictuosos. Sin embargo, aclara que el caso se realizó en vigencia del decreto en mención y por ello, lo procedente era exceder copias para investigar por separado la conducta imputada a Sáenz, sin necesidad de suspender el trámite del procedimiento abreviado para Reyes ya que su situación permanecía invariable.

De otra parte -advierte el Ministerio Público- aunque no comparte las razones esgrimidas por los falladores para adelantar en relación con Sáenz el proceso abreviado, su absolución no viciaba de nulidad lo actuado ya que, según el artículo 482 del estatuto procedimental, sólo se imponía el trámite ordinario una vez se desvirtuaran los supuestos que dieron origen al abreviado. Como ello sucedió cuando el proceso estaba para fallar, restaría tan sólo dictar la sentencia, conservando la actuación anterior toda su validez.

Así las cosas, concluye la Delegada, si hubo algún rito indebido, lo fue respecto de Sáenz, única porción procesal que podría ser anulada por la vía de la nulidad parcial. No obstante, la repetición del proceso, por la vía ordinaria, no traería nada nuevo ya que se llegaría a la misma conclusión absolutoria, al beneficiarla la administración de justicia con este culto a las formas por las formas mismas. Además, el casacionista carece de interés jurídico para recurrir porque no demuestra vicio alguno que afecte la situación de su defendido.

Solicita, por tanto, no casar el fallo impugnado.

La Corte

1. La Sala acomete el estudio correspondiente del libelo pese a que el casacionista exponga una situación que afecta directamente a Diego Fernando Sáenz Núñez, lo que pone en duda su interés jurídico para recurrir en casación toda vez que su mandato se circunscribe a representar los intereses de Abnégado de Jesús Reyes Vargas. Sin embargo, y al presentarse la posibilidad de que con la decisión impugnada hubiera sufrido algún perjuicio su poderdante o que, en el evento de que se acojan sus planteamientos en esta sede extraordinaria se modifique favorablemente su situación jurídica, es de rigor proceder al estudio consiguiente.

2. Los hechos tuvieron ocurrencia el quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), en vigencia del Decreto-ley 1861 de 1989, que por medio de su artículo 26, reformó el artículo 474 del C. de P. P. de 1987. Aparte de reafirmar que el procedimiento abreviado tendrá aplicación cuando el imputado sea capturado en flagrancia o exista confesión simple de su parte, permite el rompimiento de la unidad procesal cuando alguno de los encartados no se encontrare en las condiciones referidas o el delito por el que se proceda no pudiere tramitarse por esta vía. El artículo 474, no lo permitía.

3. En el suceso presente, fueron dos los vinculados al proceso como sindicados: Abnégado de Jesús Reyes Vargas y Diego Fernando Sáenz Núñez. El primero fue

capturado casi simultáneamente con la ocurrencia del hecho delictivo. El segundo, en cambio, fue retenido ulteriormente, cuando se hizo presente en una estación de Policía para indagar por un familiar desaparecido. Cabe advertir -respecto de este sujeto- que en ningún momento procesal aceptó haber participado en la comisión del punible.

No queda duda que sólo respecto de Reyes Vargas se podía seguir el trámite del procedimiento abreviado pues cumplía con las condiciones expuestas para ello. Diferente se presentaba el caso de Sáenz. Según el ordenamiento vigente para la época de los hechos, el Instructor debió compulsar las copias pertinentes para que se investigara por separado y por el procedimiento ordinario, el comportamiento que se le atribuía. No lo hizo así, siendo al final investigado y juzgado por el corto trámite del abreviado.

4. Como bien se puede ver, la situación de Reyes no se vio afectada por la actuación irregular del instructor.

Independientemente de lo que se hubiera decidido respecto del restante acusado, su conducta tenía que juzgarse por la vía del procedimiento abreviado. Únicamente Sáenz hubiera podido alegar una falta contra el debido proceso pues el procedimiento ordinario le brinda plazos más amplios para ejercitar su defensa. Sin embargo, su absolución postrera mostró que, pese a la falencia judicial, le fue posible demostrar su inocencia. No cabe duda que sus derechos fundamentales no sufrieron mengua.

La nulidad persigue remediar entuertos que no puedan ser corregidos de otra manera y afecten las dichas garantías. No hay que buscar la razón de ser de la nulidad en ella misma, como parece entenderlo el censor. Repetir el procedimiento para llegar al mismo resultado, entorpece la marcha de la administración de justicia, distrayendo su atención en un supuesto inocuo. Con ello, no sólo se le rinde culto a la forma en detrimento del derecho material, sino que anula la prontitud y cumplimiento que deben signar su aplicación.

5. La invariabilidad de la situación legal del recurrente, indica que con la decisión judicial no sufrió agravio alguno. Si se tiene en cuenta que uno de los fines del recurso extraordinario de casación es la reparación del daño inferido a la parte impugnante, pierde su razón de ser la censura propuesta. Además el haber denunciado una tacha que sólo podría haber afectado a otro imputado -como atrás se vio- le resta de suyo interés jurídico para recurrir.

El fracaso es la medida del reproche.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

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 Carrica, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL/DEMANDA DE CASACION

El acceso excepcional al recurso de casación, por la vía del artículo 218 del compendio procesal vigente, requiere no sólo de los requisitos mismos del instituto sino de unos propios que permiten, pese a tratarse de un caso vedado para estudiarlo en esta sede extraordinaria, su estudio y fallo consiguiente./ Entre los primeros se exige que la impugnación se haga contra una sentencia de segundo grado, que ella se intente dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de dicho fallo, y que el recurso lo impetre el Procurador, su delegado o el defensor del procesado. Lo que significa que los demás sujetos procesales, esto es, el fiscal, la parte civil o el tercero civilmente responsable, quedan excluidos de ello, aunque tienen el derecho de participar con su alegato de rigor en su calidad de partes no recurrentes./ Teniéndose en cuenta que la razón de ser de esta vía excepcional es el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, también ha de encontrarse con una fundamentación clara y precisa de tales asertos. Con la brevedad de la sustancia, el actor ha de demostrar a la Sala la necesidad de su estudio, pues sólo de esta manera puede la colegiatura encontrar las razones necesarias para acceder al pedimento. De no ser así, bastaría la simple intención del impugnante para transitar la vía casacional, convirtiéndose lo extraordinario en ordinario, perdiéndose la esencia misma del instituto y con ello, contrariándose la voluntad del legislador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8497.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado por Acta número 59

Santafé de Bogotá, D. C., julio primero (1º) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Decide la Sala sobre la petición que formula el defensor del procesado Santiago Ocampo Rodríguez, con fundamento en el artículo 218-3 del estatuto procedimental, para que se conceda -de manera excepcional- el recurso extraordinario de casación

contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Sesenta y Seis (66) del Circuito de Santafé de Bogotá.

Antecedentes

En la madrugada del veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en la calle 116 con carrera 41 de Santafé de Bogotá, colisionó el Renault 6, de placas GO 1446, conducido por Santiago Ocampo Rodríguez, contra el Peugeot de placas AO 5108 que se encontraba estacionado sobre la calzada de la calle 116. El accidente produjo lesiones a Elmer Sánchez Mantilla, propietario del Peugeot, quien se encontraba parado detrás de su automóvil, produciéndole una incapacidad de setenta (70) días y una perturbación funcional permanente del miembro inferior derecho.

De adelantar la investigación penal correspondiente se encargó el Juzgado Segundo (2°) Penal Municipal de Santafé de Bogotá. Durante la instrucción recogió diversas pruebas testimonial, documental y pericial y escuchó en indagatoria a Ocampo Rodríguez, a quien le resolvió la situación jurídica con mándolo a presentarse semanalmente al despacho judicial. Culminada la indagación criminal, el funcionario calificó el mérito del sumario dictando en contra del imputado una resolución de acusación como posible autor responsable de un delito de lesiones culposas en accidente de tránsito, dictándole como medida de aseguramiento la de detención preventiva aunque concediéndole el beneficio de la libertad provisional.

Interpuesto el recurso de apelación contra la providencia acusatoria, le correspondió conocer del proceso, en segunda instancia, al Juzgado Veintidós (22) Superior, quien cambió la medida de aseguramiento por caución prendaria, confirmándola en todo lo demás. Luego de practicar algunas probanzas se realizó la diligencia de audiencia pública, profiriéndose, a seguida, la sentencia de primera instancia que declaró absuelto al sindicado de los cargos que se le imputaron. Recurrido en apelación el fallo por la parte civil, fue revocado por el superior, en este caso, el Juzgado Sesenta y Seis (66) Penal del Circuito, dictando en su lugar un proveído condenatorio, imponiéndole como sanción principal la de cuatro (4) meses y veinticuatro (24) días de prisión, como autor responsable de un delito de lesiones personales culposas. Como accesorias le decretó la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y una indemnización por daños y perjuicios correspondiente a un mil trescientos (1.300) gramos oro. Como subrogado le concedió la condena de ejecución condicional, fijándole un período de prueba de dos (2) años.

La Impugnación Extraordinaria

El mandatario judicial del condenado interpuso el recurso extraordinario de casación, con fundamento en el artículo 218 3 del estatuto procedimental. Como razones manifestó la "sorpresa" que le causó la providencia emitida y la consideración de "...que ese Despacho se apartó en su análisis de la prueba que fue aportada en la última fase procesal...".

La Corte

1. Como recientemente lo ha advertido la Sala, el acceso excepcional al recurso extraordinario de casación, por la vía del artículo 218 del compendio procesal vigente,

requiere no sólo de los requisitos mismos del instituto, sino de unos propios que permiten, pese a tratarse de un caso vedado para estudiarlo en esta sede extraordinaria, su estudio y fallo consiguiente.

Entre los primeros se exige que la impugnación se haga contra una sentencia de segundo grado, que ella se intente dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de dicho fallo, y que el recurso lo impetre el Procurador, su delegado o el defensor del procesado. Lo que significa que los demás sujetos procesales, esto es, el fiscal, la parte civil o el tercero civilmente responsable, quedan excluidos de ello, aunque tienen el derecho de participar con su alegato de rigor en su calidad de partes no recurrentes.

Ahora bien, teniéndose en cuenta que la razón de ser de esta vía excepcional es el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, también ha de contarse con una fundamentación clara y precisa de tales asertos. Con la brevedad de la sustancia, el actor ha de mostrarle a la Sala la necesidad de su estudio, pues sólo de esta manera puede la colegiatura encontrar las razones necesarias para acceder al pedimento. De no ser así, bastaría la simple intención del impugnante para transitar la vía casacional, convirtiéndose lo extraordinario en ordinario, perdiéndose la esencia misma del instituto y con ello, contrariándose la voluntad del legislador. De otra parte, es claro que el *ad quem* ha de remitir la actuación original pues es la única manera de comprobar la pertinencia del recurso frente a las razones invocadas por el recurrente.

2. En el caso de ahora, las primeras exigencias son cumplidas a cabalidad. Se trata de una sentencia de segunda instancia dictada por un Juez Penal del Circuito, el recurso fue interpuesto en tiempo y el impugnante es el defensor del procesado. En cuanto a los requisitos restantes, tan sólo el segundo es cumplido, como quiera que el juez de segunda instancia envió a esta Colegiatura la actuación original, con lo cual proveyó la información suficiente para poder tomar la decisión de rigor.

En lo que se refiere a la razón de ser del pedimento, el escrito no sólo es magro en extremo; también equivoca los fundamentos para solicitar la excepcionalísima vía. En cuanto a lo primero, apenas un renglón le sirve de referencia a la Corte para estudiar la posible aceptación del recurso extraordinario. El lacónico mensaje se reduce a dos ideas: la primera, la sorpresa que le causó al apoderado del impulsado el fallo judicial; la segunda, el análisis errado que hace el Despacho de las pruebas aportadas en la etapa del juicio. Nada más. Es obvio que, con tan pobres elementos de juicio, la Corte se ve imposibilitada de conocer a ciencia cierta el verdadero pensamiento del memorialista.

Pero no sólo la pobreza argumental conspira contra los deseos del actor. De igual manera, el fin perseguido no consulta con el querer de la normatividad. Como ya se vio, dos son las razones que permiten acceder a esta vía excepcional: el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales. Ninguna de las dos es invocada en el escrito. Su inconformidad se reduce al desconocimiento que el juez hizo de las pruebas aportadas en la segunda fase procesal. Es decir, la presunta tacha del fallador se enmarca dentro de las causales ordinarias del recurso, específicamente la del error de hecho por falso juicio de existencia.

3. Así las cosas, teniéndose en cuenta la carencia de fundamentación de la petición y no basarse en uno de los dos motivos señalados taxativamente en el inciso tercero del

artículo 218 ya citado, la inadmisibilidad del recurso es indudable y así habrá de declararlo la Corte.

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

RESUELVE:

Inadmitir el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Santiago Ocampo Rodríguez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase. Devuélvase al juzgado de origen.

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 I. Cortés Garnica, Secretario.

PRUEBA / SANA CRITICA

El sistema probatorio penal colombiano no establece un valor predeterminado a cada elemento de convicción, sino que el mismo queda librado a la consideración del juzgador siguiendo para ello las reglas propias de su justiprecio. Sólo la omisión o apartamiento notorios de tales parámetros o el pretender que la ley fija un mérito inexistente podrían abrir campo a una objeción de esta comentada naturaleza. Mientras el fallador se mantenga dentro de las pautas que señala el criterio de la persuasión racional y obedezca atendiblemente sus postulados, es imposible la prosperidad de un ataque en casación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7743.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 58 del 29 de junio de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., julio primero (1°) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en sentencia de dos de abril de mil novecientos noventa y dos, impuso a Gerardo Antonio Cerón por la comisión de un delito de homicidio en Luis de Jesús Peña Ojeda, diez años de prisión y las accesorias pertinentes.

Se ha acudido en casación, recurso y demanda admitidos en autos de treinta de junio y veintidós de septiembre del ya citado año.

Hechos

El día 31 de marzo de 1991, el señor Luis de Jesús Peña Ojeda invitó a su casa de habitación, para un asado, a varios familiares y amigos, entre los cuales se contaba Gerardo Antonio Cerón. Después de esta reunión se trasladó aquél con alguno de sus invitados a una tienda cercana, en donde continuaron las libaciones alcohólicas,

terminando Peña y Cerón en la casa de este último, ubicándose en la sala, en el primer piso. A eso de las 11:30 de la noche, se escuchó un disparo y al bajar la esposa e hija de Cerón, observaron a Peña en el suelo, con una herida de arma de fuego en la región fronto temporal izquierda. Llamada la autoridad, ésta se hizo presente, decomisó un revólver marca Llama, calibre 38 largo, de propiedad de procesado y aprehendió a éste, quien manifestó que su amigo había tomado su revólver, en el momento en que se le cayera al suelo, y con el se autoeliminó.

Sinopsis Procesal

Al respecto la Delegada Segunda en lo Penal anota:

"Correspondió decretar la apertura de la investigación al Juzgado 26 Penal Municipal, a quien inicialmente se remitieran las diligencias preliminares por medio de las cuales se dejara a su disposición a una persona retenida junto con un revólver Llama, 38 largo, bajo la calificación del hecho punible de lesiones personales.

"Gerardo Antonio Cerón, persona aprehendida junto con el arma reseñada, fue oído en indagatoria y su situación jurídica resuelta con posterioridad a haberse incorporado al proceso el acta de levantamiento número 382 con expediente a Luis de Jesús Peña Ojeda y los testimonios de María Saria de Cerón, Luz Dary Cerón Saria, Carlos Alberto Peña Bautista, Guillermo Figueroa González, Juan Correa Sánchez y Luis Ernesto Ruiz Mora, con la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio.

"Adjuntada al proceso abundante prueba testimonial, así como prueba técnica proveniente de Instituto de Medicina Legal -Patología Forense- y del Departamento Administrativo de Seguridad -Balística- y habiéndose evacuado la diligencia de Inspección Judicial con reconstrucción de los hechos, fue clausurada la investigación y el sumario calificado por el Juzgado 123 de Instrucción Criminal, profiriéndose resolución de acusación en contra del procesado, por el delito que ameritara la adopción de la medida detentiva.

"El Juzgado 23 Superior adelantó la etapa del juicio y una vez rituada la audiencia pública puso fin a la primera instancia profiriendo sentencia condenatoria en contra de Gerardo Antonio Cerón como autor responsable del delito de homicidio, decisión enteramente confirmada por el Tribunal Superior al desatar el recurso de apelación que interpusiera el defensor.

"Esta es la decisión respecto de la cual manifiesta de nuevo su inconformidad el defensor de Cerón, interponiendo el recurso extraordinario de casación".

La Demanda

Con respaldo en el artículo 225-1 inciso inicial, del C. de P.P., se acusa la sentencia (primer cargo) "de ser violatoria en forma indirecta de una norma de derecho sustancial por error de derecho, manifiesto y trascendente, al haber incurrido en un falso juicio de convicción en el momento de estimar legalmente las pruebas". Y, también (segundo cargo), por "ser violatoria en forma indirecta de una norma de derecho sustancial por

error de hecho manifiesto y trascendente, al haber incurrido en un falso juicio de identidad o de adecuación en el momento de estimar legalmente pruebas indiciarias".

En cuanto al error de derecho se *abina*... el desacierto en la aceptación que merecieron al Tribunal "los planos levantados en la diligencia de inspección judicial... el dictamen del patólogo forense que describe la trayectoria del disparo... y el dictamen pericial de balística".

Para el censor estos elementos no establecían la certeza que predica el artículo 247 del C. de P. P., subsistiendo el fenómeno de la duda, de resolución favorable al procesado, contemplado en el artículo 248 *ibidem*.

Para rebatir las apreciaciones de la sentencia impugnada sobre los indicados medios probatorios, el censor recuerda que Peña Ojeda era ambidextro y su sistema nervioso acusaba notable depresión por la ingestión alcohólica y agrega: "Si se considera que la gravedad de las heridas por proyecciones de arma de fuego dependen de la velocidad y pueden depender o no de la distancia, las heridas descritas por el especialista, la más probable distancia en que fue efectuado el disparo, la explicación de la trayectoria, la velocidad generada por un arma de cañón corto, y la presencia del tatuaje, el juicio de probabilidad establecido por el juzgador se derrumba.

"La vista anterior del diagrama del folio 196 muestra la localización exacta del orificio de entrada, ubicación certeramente confirmada por el diagrama de planta del mismo diagrama, y que no corresponde a la valoración del Tribunal "forzoso resulta concluir que el disparo se hizo casi de frente, posición que no corresponde a la de quien se suicida" (fl. 22).

"La forma y el tamaño del orificio de entrada y la trayectoria son características de disparos a muy corta distancia producidos perpendicularmente (en ángulo de 90 grados) al plano anatómico afectado. Los bordes invertidos, el tatuaje (se produce a menos de 50 centímetros en armas de cañón corto como el revólver), y la experiencia que muestra que los disparos a menos de cinco centímetros producen quemaduras y chamuscamientos semejantes a los observados en disparos con la boca de fuego del arma apoyada contra la piel de la víctima y la apreciación del especialista en cuanto a la distancia de "menos de 20 centímetros", son muestra fehaciente de que es probable que la víctima se haya disparado, tomando el arma con su mano izquierda dirigida hacia su "sien" a una distancia mayor de cinco centímetros, pero menos de 20 centímetros. Con esta posición el juicio del juzgador con base en "que no es posible que la víctima normalmente hubiese accionado el arma para autoeliminarse" (fls. 194, 360 primera instancia), descartando la autoeliminación de la víctima queda sin sustento (fl. 22 segunda instancia) "y la distancia sería otra, no la que consigna el auxiliar de la justicia menor de 20 centímetros, sin que la boca de fuego del arma se encontrara en contacto con la cabeza del occiso" (fl. 22) sería valorada de otra manera al verificar que se trata de la duda y que no hay forma de eliminarla del razonamiento jurídico que está haciendo.

"La trayectoria misma se explica por el hecho de que los proyectiles no blindados se fraccionan y que al chocar contra una superficie ósea cambian su recorrido y pierden velocidad. A más de ello, hay que tener en cuenta el tipo de tejido que constituye la masa encefálica y los efectos del recorrido del proyectil en los lóbulos frontal, temporal y parietal zonas afectadas por la laceración que finalmente es la causa de la muerte (fl.

121). Con estos argumentos queda desvirtuada la valoración que dice: '...a más que el recorrido de la bala habría sido diferente' " (f. 22).

En relación al error de hecho (indicios de presencia, mentira o mala justificación y ocultamiento de prueba, manifestaciones y comportamientos posteriores al hecho), se discurre del siguiente modo:

"...La esposa y la hija contradicen versiones del sindicado en cuanto a la ubicación del revólver en el piso después de ocurridos los hechos y lo que sucedió con el arma hasta aparecer en manos del Sargento, pero entre ellas, a pesar de haber similitud, hay controversias en las dos oportunidades en que son escuchadas. Recuérdese que ninguno de ellos es testigo presencial y que habiendo sido despertadas de improvisto por el disparo en su propia casa, conocedoras de que su esposo y padre portaba arma de fuego para defensa amparada por salvoconducto. Su reacción no puede ser más que de desconcierto y de desolación ante la posibilidad de lo peor. Es por ello, que al ver el arma en el suelo y el hombre herido dan versiones distintas. Nótese que bien hubieran podido ponerse de acuerdo para decir cosa distinta posteriormente en la diligencia de inspección judicial.

"El subalterno nada puede decir pues nada le consta, salvo que los dos hombres se hallaban en la posición indicada en los planos y en la declaración de Sarria de Cerón.

"El Sargento Ruiz Mora observa con el hombre herido, disponiendo lo pertinente para su atención de urgencia, encuentra a Cerón encerrado, escucha gritos de la esposa y dice encontrar el arma en una bolsa en la cocina.

"La actuación de Cerón se explica por su estado de embriaguez (señalados por otros declarantes) en la medida en que la sintomatología y los efectos del alcohol sobre el organismo varían según la concentración de alcohol en la sangre y la inhibición del sistema nervioso central. De acuerdo con lo visto en el folio 16 "nistagmus postural positivo, moderada incoordinación motora, moderado aumento del polígono de sustentación... leve disartria..." estaría en un grado de toxicidad superior a 100 mgrs. % de alcohol en la sangre, por lo tanto, la desinhibición de su sistema nervioso le hizo adoptar esa postura que lo hizo aparecer como indolente.

"La actuación de la esposa, según lo que dice haber oído el Sargento, mostraría su grado de angustia ante la situación funesta pero no por ello se le puede interpretar como una verdadera acusación contra ella en contra de Cerón, máxime cuando ella se presenta a declarar voluntariamente, habiendo podido abstenerse de hacerlo legalmente.

"La versión sobre el arma escondida no tiene asidero pues es, entre cuatro versiones, la cuarta diferente a la cual se le da credibilidad por hallarse bajo la gravedad del juramento.

"Las versiones del acusado son diversas en cuanto a los detalles pero muestran consistencia en cuanto, los hechos sucedidos al fenómeno principal de la muerte del señor Peña Ojeda. Las explicaciones, si bien no satisfacen al juzgador, son propias de una persona que nada tiene que ver con un hecho delictivo, en la medida en que son espontáneas y se limitan a exponer lo que le consta de los sucesos en que se vio envuelto.

"Con estos argumentos se deshacen los hechos indicados producidos por la inferencia lógica a partir de hechos indicadores que se desvanecen al analizar las verdaderas circunstancias de tiempo y de modo en que fueron percibidos los hechos por los declarantes. Se trata de los hechos que sirven de base para construir los indicios de mentira o mala justificación y de ocultamiento de la prueba y los indicios de manifestaciones y comportamientos posteriores al hecho. En otras palabras el juicio de probabilidad no se alcanza ya que existen en el proceso muchas posibilidades distintas que no conducen a la evidencia que ha de buscar el juzgador para condenar. No se presenta una dependencia inmediata con el fenómeno principal, ni una cadena causal, ni se exterioriza la probabilidad en forma seria y estable, dando lugar sólo a sospechas y meras posibilidades que nunca tuvieron ocurrencia real.

"En cuanto a los indicios de presencia nada se puede decir más que confirmar la presencia de Cerón, que portaba el arma y que él mismo disparó en el lugar de los hechos".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada.

Obvio, extremadamente obvio, resulta la improcedencia del error de derecho por falso juicio de convicción, moldeado en la forma en que lo acuña el demandante. Ya se ha dicho, y esto pretende la censura que se recoja, que el sistema probatorio penal colombiano no establece un valor predeterminado a cada elemento de convicción, sino que el mismo queda librado a la consideración del juzgador siguiendo para ello las reglas propias de su justiprecio incidentes en cada uno de ellos. Sólo la omisión o apartamiento notorios de tales parámetros o el pretender que la ley fija un mérito inexistente, podrían abrir campo a una objeción de esta comentada naturaleza. Mientras el fallador se mantenga dentro de las pautas que señala el criterio de la persuasión racional y obedezca atendiblemente sus postulados, es imposible la prosperidad de un ataque en casación.

La jurisprudencia no cesa de enfatizar que meras discrepancias conceptuales sobre la forma y alcance de las probanzas, por esmeradas que se presenten las hipótesis contrarias que auspicie la demanda, no repercuten en el descrédito del fallo, pues ante una oposición de pareceres, la Corte tiene que resaldar la opinión emitida por el Tribunal, en virtud de la doble presunción de aciertos y legalidad que cubre la sentencia. Y esto es lo que sucede en este caso.

Por la trascendencia de los elementos seleccionados como de cargo, su confluencia y el lógico y admisible valor que les otorga el sentenciado de segundo grado, más significativo cuando se adiciona la prueba objeto del segundo cargo, lo aportado satisface sobradamente el recaudo exigido para emitir una condena, como certeramente ha acontecido.

En cuanto al segundo reproche, exhibe indiscutible tino la respuesta del Ministerio Público cuando anota que lo señalado como un error de hecho (distorsión) no pasa de ser, en el fondo, sino un error de derecho por falso juicio de convicción. Los elementos indiciarios extractados por el Tribunal de la prueba testimonial y de la indagatoria, no contradicen y sí se ajustan a lo que tanto la ley como la doctrina señalan sobre la elaboración de este medio de persuasión y los factores que rigen su evaluación. Lo que se exterioriza, entonces, es sencillamente que no se cree, por parte del censor, en aquello

atendido por el Tribunal. De ahí la ineficiencia de la objeción. Máxime cuando se pretende atomizar el conjunto indiciario, en oposición a lo que debe ser su estimación, pues su valor cobra trascendencia cuando se la correlaciona y se la visualiza de manera integrada.

Conviene repetir estas glosas de la Delegada: "tiene precisado la doctrina de la Suprema Corte que cuando se pretende controvertir el valor indiciario de la prueba tal propósito debe cumplirse según se trate de atacar el hecho indicador (relativo al contenido mismo de la prueba), o la inferencia lógica (indicio). Así, en el primer supuesto, corresponde acudir a la vía indirecta demostrando la presencia de errores de hecho o de derecho en tanto que en el segundo sólo es viable su fundamento por errores de hecho que se originarían en un falso juicio de identidad por cuanto se debe probar la equivocación del fallador al momento de realizar el proceso lógico por cuya virtud ha arribado a la conclusión inferida.

"En este caso, no obstante edificar el ataque a la sentencia, la demandante por la vía indirecta consistente en un falso juicio de identidad relativo a la apreciación de las pruebas que en su sentir no podría haber conducido a inferencia de responsabilidad para su defendido, su encomio no descubre en modo alguno, como era su deber, el error manifiesto en que incurriera el fallador en el proceso de configuración del indicio ocupándose únicamente de poner en tela de juicio el valor que el sentenciador le otorgó a la prueba testimonial y específicamente a las declaraciones de la esposa del procesado, su niña y el Sargento Luis Ernesto Ruiz Mora, conduciendo la censura hacia un falso juicio de convicción, propio del error de derecho... en verdad, no tergiversó en modo alguno el sentenciador la prueba testimonial y todo lo contrario hizo frente a las declaraciones vertidas en el proceso por la señora María Sarria de Cerón, Luz Dary Cerón Sarria y el Sargento de la Policía Luis Ernesto Ruiz Mora, al elaborar con base en ellas deducciones plenamente lógicas y válidas, en punto de determinar la responsabilidad penal, por la muerte de Luis de Jesús Peña Ojeda.

"Así, el hecho de que el occiso estuviera sólo en compañía de Gerardo Antonio Cerón para el momento en que se produjo el disparo que determinó su muerte; la serie de contradicciones en que incurrió el procesado entre lo sostenido en su primera versión y lo afirmado con posterioridad, como también respecto al sitio en que estaba el arma para el momento en que hicieron presencia en la sala de la casa; el comportamiento asumido por el procesado después de producido el disparo, esto es, el refugiarse en su habitación y solamente salir de allá al recriminarle su cónyuge el deber de responder por lo que hizo, expresión esta de la que diera cuenta la autoridad policiva que estaba presente, en fin, el haber sido encontrado el revólver en la cocina de la vivienda, como que en tal lugar fue hallado por el Sargento Ruiz Mora, contrariamente a lo alegado por la defensa, son todas ellas circunstancias que permiten racionalmente concluir que el autor del disparo fue Cerón, más aun cuando de la prueba pericial fundamentalmente se colige la imposibilidad material en que se encontraba Peña Ojeda de autoeliminarse, a juzgar por la trayectoria tomada por el proyectil una vez fue disparada el arma".

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 recurrido en casación, determinado ya en su procedencia, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD

Cuando dentro de la causal primera, se propone una violación indirecta de la ley sustancial por la inexistencia de errores de hecho en la apreciación probatoria, no es posible predicar que la sentencia fue manifiestamente inmotivada en relación con la responsabilidad de la recurrente pues bien es sabido que el ámbito de tal argumentación es el de la nulidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7801

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado por acta número 59.

Santafé de Bogotá D. C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Por sentencia del 10 de diciembre de 1991, el Juzgado 13 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, condenó a María Elvira Cortés de Rodríguez y a Sandra Giovanna Monedero Salgado a la pena principal de doce meses de prisión, como responsables del delito de falsedad en documento privado, y a Amalia Palacio Ruiz a la pena principal de diez meses de prisión como cómplice del mismo delito.

La anterior decisión fue confirmada por sentencia del 11 de mayo de 1992.

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

Presentada la demanda se declaró ajustada a las exigencias legales.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicitó no se casara el fallo recurrido.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos

La sentencia del Tribunal de Santafé de Bogotá trae la siguiente síntesis:

El 26 de noviembre de 1985, la señora Sara García Vega, denunció a María Elvira Cortés, Sandra Monedero Salgado y Amalia Palacios Ruiz, por cuanto la primera de las implicadas vendió, el 27 de mayo de 1985, a Amalia Palacio, con poder especial apócrifo, una casa ubicada en la transversal 29A número 139-07, que su cónyuge Jorge Rodríguez Gómez (q.e.p.d.) había adquirido el 11 de abril de 1985, entregándose el producto de dicha venta subrepticia a Sandra Giovanna Monedero, con la cual estaba viviendo el finado; dicha venta se realizó después de la muerte violenta de Jorge Rodríguez, siendo la fecha de su fallecimiento el 7 de mayo de 1985.

La denunciante contrajo nupcias con el señor Jorge Rodríguez, pero se separó de bienes en 1982, quedando de ese matrimonio dos hijos reconocidos por Jorge Rodríguez. Sandra Monedero y María Elvira Cortés, sabían de la existencia de los dos hijos habidos en el matrimonio de la denunciante con el occiso.

Actuación Procesal.

El proceso penal se abrió por auto del 11 de diciembre de 1985.

El 16 de enero de 1986 se indagó a María Elvira Cortés de Rodríguez y el 20 del mismo mes se indagó a Amalia Palacio Ruiz. Contra ellas no se decretó ninguna medida de aseguramiento, según la decisión que el 17 de julio del citado año adoptara el Juzgado 64 de Instrucción Criminal.

El 22 de diciembre de 1987 se indagó a Alvaro Rodríguez y el 12 de enero de 1988 a Giovanna Monedero Salgado. En pronunciamiento del 17 de febrero siguiente se resolvió no decretar medida de aseguramiento contra tales sindicados.

Por auto del 20 de julio de 1988 se ordenó la reapertura de la investigación.

El cese de procedimiento que se dictó en favor de los procesados el 23 de enero de 1989, fue revocado por el Tribunal, que mediante auto del 30 de junio de 1989 dictó resolución de acusación contra los procesados María Elvira Cortés, Amalia Palacio Ruiz y Sandra Giovanna Monedero Salgado por el delito de falsedad. No obstante confirmó el cese de procedimiento en favor de Alvaro Rodríguez, Amalia Palacio Ruiz, Sandra Giovanna Monedero S. por otros hechos delictivos por los cuales estaban sindicados.

Por auto del 16 de agosto de 1989 se ordenó el embargo de varios inmuebles propiedad de las procesadas María Elvira Cortés de Rodríguez y Amalia Palacio Ruiz y de bienes muebles propiedad de las dos anteriores y de Sandra G. Monedero.

Así mismo el 11 de diciembre se decretó el embargo de un remanente en el proceso ejecutivo adelantado por Plinio Inocencio Bernal contra María Elvira Cortés en el Juzgado 22 Civil del Circuito.

El 6 de agosto de 1991 se realizó la diligencia de audiencia pública, y el 10 de diciembre siguiente se dictó sentencia de primera instancia; la de segunda se profirió el 11 de mayo de 1992.

Los Argumentos de la Demanda

La demanda de casación presentada en favor de los intereses de la procesada María Elvira Cortes de Rodríguez, propone al amparo de la causal primera, cuerpo segundo,

la presunta existencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba que ocasionan una violación indirecta de la ley sustancial.

El censor plantea la presencia de un falso juicio de existencia por haberse omitido el testimonio del abogado Edgar Amaya Parra "el cual fue suspendido y a cuya continuación corresponde el rendido ante el Cónsul de Colombia en Estocolmo. Este sí estimado en el fallo recurrido".

Sostiene el actor que "La no consideración de este testimonio, en el cual el testigo afirma que no conoce personalmente a María Elvira Cortés de Rodríguez. Tampoco, a Jorge Rodríguez y que la documentación en que consta la transacción sobre la casa, formalmente cumple con los requisitos de ley, siendo, 'las versiones y consejas', las que riñen con esa realidad aparente, ha conducido a que por el Tribunal se sostenga en evidente yerro, que Amaya conoció, suficientemente los hechos materia de investigación por haber sido apoderado de Jorge Rodríguez o que hubiera tenido el conocimiento directo sobre la conducta de María Elvira Cortés de Rodríguez, como para afirmar que ésta tenía como propósito de sustraer los bienes sometidos al registro (casa, autos) al trámite sucesoral, toda vez que la compañera permanente Sandra Menedero, no tenía capacidad para heredar conforme a la legislación colombiana, cuando en la declaración pretendida sostiene no conocer a la señora Cortés de Rodríguez".

Predica que se incurrió en un falso juicio de existencia cuando no se consideró la declaración del doctor Eduardo Tapias Serna y que a consecuencia de ello se dejó de tener en cuenta la afirmación de que había elaborado el poder otorgado a María Elvira Cortés de Rodríguez por petición de Jorge Rodríguez y que a la muerte de éste lo había llamado la persona a la que se había conferido el poder y le había preguntado si podía vender con el mismo, a lo que él había respondido que sí.

Precisa la presencia de otro falso juicio de existencia por haberse omitido considerar la diligencia de autenticación de la firma correspondiente a Jorge Rodríguez fechada el 3 de mayo de 1985.

El recurrente plantea un error de hecho consistente en que se hubiera tergiversado el contenido fáctico del dictamen grafológico en el proceso antagónico a que se someten sus partes, en cuanto se niega lo afirmado por el perito, cuando sostiene que las aportaciones caligráficas de Eduardo Tapias, María Elvira Cortés y Sandra G. Menedero no tienen elementos análogos con las rúbricas de Jorge Rodríguez, para concluir que según los rasgos de la rúbrica dubitada que "Cualquier persona con mediana habilidad gráfica, está en capacidad de ejecutarla" y entre ellas las procesadas; de allí sostiene el censor que "por esta vía, se tergiversa el hecho de que a consecuencia del examen a que fuera sometida la muestra grafológica tomada a María Elvira Cortés de Rodríguez, ella fue descartada de haber sido quien elaboró la firma de Jorge Rodríguez, para incluirla entre el universo de potenciales autores de la misma, no obstante haber sido excluida".

Concluye el impugnante afirmando que los errores censurados, "Frente a la manifiesta inmotivación de la sentencia sobre la responsabilidad de María Elvira Cortés de Rodríguez" tienen incidencia porque las pruebas no apreciadas demuestran que la procesada fue instituida mandataria y que en la transacción no tenía ningún interés para derivar un beneficio.

"Que las razones que tuvo el sentenciador para imputar a la Monedero la autoría en la alteración del poder no podían extenderse a su poderdante y que ello sucede por el desconocimiento de las pruebas denunciadas, porque ellas corroboran las explicaciones de porqué se recibió el poder; las circunstancias en que eso aconteció, sin que, conforme a esos medios, sea posible establecer que María Elvira Cortés de Rodríguez, hubiera elaborado la firma posteriormente considerada falsa. Todo lo contrario, de no ser por el error en que se incurre al apreciarse el dictamen en los términos señalados, tendría que tenerse como comprobado, que si bien cualquier persona con mediana habilidad gráfica está en capacidad de ejecutar la firma adulterada, de ellas debe ser excluida María Elvira Cortés de Rodríguez, pues sobre su grafía se elaboró examen y fue descartada".

Aduce que el hecho de haber utilizado el poder no puede llevar a concluir la responsabilidad de su mandante en el delito. Así termina solicitando se case la sentencia y se dicte fallo de sustitución absolviendo a la procesada.

El Criterio de la Procuraduría Tercera Delegada

El Delegado solicita no se case la sentencia, porque a pesar de que reconoce que desde el punto de vista formal la demanda está bien concebida, argumenta que en la demostración del cargo deja de lado el "análisis de las consideraciones que en su oportunidad hizo el sentenciador para arribar a la decisión de condena, anotando la Delegada que este aspecto resulta de vital importancia en la medida en que el examen de las pruebas por parte del juzgador deja entrever la validez de sus afirmaciones y reduce el ataque a simples divergencias de opinión entre éste y el casacionista en cuanto al valor concedido a las pruebas objeto de la censura".

Considera igualmente que en la demanda se entremezclan algunas aseveraciones que le quitan precisión, como cuando predica la falta de motivación de la decisión de responsabilidad de su cliente, porque con la misma se ubica en el campo de la nulidad.

Prosigue el Delegado resaltando que el libelista después sostiene la falta de aplicación del principio *in dubio pro reo*, sin precisar que pese al reconocimiento de la situación no aplicó la norma pertinente o si deviene de las pruebas que no fueron apreciadas, desconociéndose el estado de duda que surge de modo evidente del proceso y que en este caso no basta remitirse a los apartes anteriores de la demanda, pues lo inicialmente propuesto no se había orientado hacia la existencia de la duda en cualquiera de sus dos modalidades.

En cuanto a la solicitud de absolución por atipicidad de la conducta comenta: "pero habiendo sustentado esta proposición, en realidad, como una infracción no a la norma que describe el tipo penal correspondiente porque nunca niega que el comportamiento materia de juzgamiento sea típico para el delito mencionado, sino como quebranto de la disposición que establece la calidad jurídica de autor, pues la inconformidad radica en el hecho de que la señora Cortés de Rodríguez no fue quien implantó la firma apócrifa en el documento, olvidando que el sentenciador no desconoció tal situación, sino que entendió que independientemente de quien hubiera suscrito el poder, lo cierto es que esa actividad material iba unida a su posterior uso y la responsabilidad se derivó por el conjunto de conductas que condujeron a la falsedad materia del juzgamiento".

En relación con el falso juicio de existencia postulado por el censor en cuanto se omitió considerar la primera versión testifical, aunque sí se tuvo en cuenta la segunda, de Edgar Amaya Parra, responde la Delegada que no propiamente se puede proponer un falso juicio de existencia porque "La primera intervención procesal de Amaya Parra fue general, abstracta e incluso evasiva; no se contienen en ella aserciones definitivas ni brinda, en verdad, circunstancias y datos que permitan la serie de conclusiones que de dicho testimonio se extractaron, razón por la cual el juzgador optó por analizar primordialmente la detallada versión del testigo en su segunda intervención, ocasión en la cual respondió con mayor claridad a las cuestiones que le fueron planteadas y las que permitieron, junto con otras pruebas, arribar a la decisión de condena que ahora se impugna".

Que en realidad lo que se advierte es "la inconformidad del casacionista con los juicios del sentenciador sobre tal medio de convicción persiguiendo que la Corte declare la existencia de un falso juicio de convicción frente a una prueba que no tiene tarifa alguna, lo que está vedado en el campo de la casación según su nueva estructura procesal, como tantas veces ha afirmado ya".

En el segundo falso juicio de existencia propuesto, el relacionado con el testimonio de Eduardo Tapias Serna, el funcionario dice que basta remitirse a la sentencia de primera instancia para evidenciar que allí se encuentran referencias a dicha prueba "y se destaca cómo ella sirvió para que el sentenciador se formara su juicio en la forma como lo hizo" y en tales circunstancias luego de resaltar la parte pertinente de la sentencia de primera instancia concluye que: "Es indudable, entonces, que la prueba extrañada por el demandante sí influyó y se tuvo en cuenta al momento de dictar la sentencia ahora recurrida, razón por la cual no cabe en modo alguno alegar ahora un pretendido falso juicio de existencia por omisión".

En cuanto a la omisión de apreciar la autenticación de la firma en una notaría manifiesta: "Preciso resulta sostener que es verdad del proceso que la prueba técnica desvirtuó la validez de tal acto oficial, tal como lo reconocieron los juzgadores de primera y segunda instancias y como también tímidamente lo acepta a través de su escrito el libelista, y que precisamente a través de ese inválido reconocimiento de firma fue que las procesadas pretendieron darle apariencia legítima al poder que les sirvió para la consumación del acto ilícito que motivó la condena". Que esta inadecuada alegación, no desarrollada en la demanda, llevaría al enfrentamiento entre la prueba documental y la técnica, discusión resuelta por las instancias y que no ataca ahora el censor.

El Ministerio Público considera que igual cosa sucede con la prueba pericial que el actor estima tergiversada; porque no es cierta la afirmación de que a través del dictamen los juzgadores sostuvieron que la procesada Cortés de Rodríguez hubiera estampado la firma apócrifa, sino que se hizo una afirmación más general, que si cualquier persona y entre ellas la procesada pudo elaborar la rúbrica, esta deducción surge de otros medios de prueba "y que en definitiva, llevó a la conclusión que provino de otros medios de prueba de que las procesadas habían participado en el proceso de falsificación, no de que ellas la hubieran hecho materialmente. La deducción del sentenciador frente al dictamen, se compadece con su texto, pues en últimas la prueba técnica les sirvió para determinar que la firma no correspondía al occiso propietario del inmueble, como fácilmente puede verse..." del texto de la sentencia.

Los Alegatos de los No Recurrentes

El apoderado de la parte civil constituido en representación de los intereses de la menor Yessica Rodríguez García, hija de la denunciante, se opuso a las pretensiones de casar el fallo y con relación al error de hecho por falso juicio de existencia por no haberse considerado la primera versión rendida por Edgar Amaya, considera que si bien la declaración fue rendida en dos actos, el sentenciador en la libre apreciación de la prueba encontró que la continuación del testimonio era mucho más concreto y preciso, al contrario de la primera versión que fue muy general y no se concretó.

El recurrente manifiesta que se pretende desconocer el valor del testimonio por haber dicho que no conocía personalmente a María Elvira Cortés ni a Jorge Rodríguez "pero al hacer un análisis general de este testimonio aparece que nos reporta una serie de información que nos implica que en efecto dicha negociación era simulada como en efecto lo fue".

Al referirse al predicado juicio de existencia por haberse omitido la apreciación del testimonio del doctor Eduardo Tapias Serna, sostiene a su vez que tal declaración fue analizada en la sentencia de primera y de segunda instancia, en cuanto a que fue él quien lo elaboró, pero que no le consta si fue el poderdante quien lo firmó y menos si lo llevó a la notaría.

En relación con el falso juicio de existencia por no haberse apreciado la autenticación de la firma de Jorge Rodríguez ante la notaría, dice que reposa en el expediente la prueba técnica por medio de la cual se demostró que la firma no había sido estampada por el presunto poderdante.

Con respecto al error de hecho por distorsión del dictamen grafológico, estima que no fue así porque los juzgadores no afirman que la hubiese realizado la procesada ahora recurrente, sino que partiendo de otros medios de convicción se la ubicó con base en el dictamen como una de las que posiblemente hubiera podido hacerlo.

El apoderado de la parte civil que representa los intereses del menor Anyelo Samir Rodríguez García y la denunciante Sara García Vega, en relación con la presunta omisión del testimonio del doctor Amaya dijo que sí se consideró y fue analizado; que si no se analizó la primera parte debe tenerse en cuenta que el testimonio es uno y que "la suspensión de una diligencia jamás implica aislamiento de su continuación. Como lo admite el mismo libelista, la continuación del testimonio sí fue estimada en el fallo recurrido. Y como el testimonio es uno, independientemente de su duración, del lugar y de las circunstancias, concluyese que no hubo error por inobservancia del acta correspondiente".

En lo atinente a la presunta omisión del testimonio del doctor Eduardo Tapias Serna, tampoco considera que fuera dejado de apreciar, porque fue analizado en la sentencia de primera instancia.

Aludiendo a la presunta omisión de la diligencia de autenticación de la firma de Rodríguez Gómez dijo: "A espacio se ocupó de ello la sentencia de la primera instancia

a folios 14, 15 y 24 hizo alusión a la diligencia de inspección judicial en la Notaría 27 de Bogotá, a las informaciones que allí dio el Notario, al hallazgo de algunos documentos sin huella y a la imposición de los empleados de este último mecanismo. Frente al expediente llegó a sus propias conclusiones sobre la diligencia de autenticación y en el capítulo de contestación a las peticiones de las partes (f. 24) insistió en su criterio".

En relación con la presunta tergiversación del dictamen grafológico dice que fue considerado y se concluyó del mismo que si bien no se había precisado con certidumbre cuál era su autor, la misma no podía predicarse de quienes tenían interés.

En cuanto al planteamiento del *in dubio pro reo* y de la falta de tipicidad dice que en tales planteamientos no hay ninguna sustentación, ni se enuncia la norma presuntamente infringida y que por tanto no puede tenerse en cuenta tal postulación.

Termina solicitando no se case el fallo impugnado.

Las Consideraciones de la Sala

Antes de entrar a considerar las postulaciones de la demanda es preciso indicar la existencia de algunas proposiciones que riñen con la técnica que rige el recurso extraordinario de casación. Así cuando dentro de la causal primera, se propone una violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de errores de hecho en la apreciación probatoria, no es posible predicar que la sentencia fue manifiestamente inmotivada en relación con la responsabilidad de la recurrente -lineamiento escogido por el censor- pues es bien sabido que el ámbito de tal argumentación es el de la nulidad.

A lo largo de toda la demanda el actor pretende demostrar que su representada no fue autora del delito investigado, aceptando sí la existencia de una conducta típica; sin embargo, al final de las conclusiones y peticiones solicita se case la sentencia por cuanto se está ante una conducta atípica. Con estas proposiciones es evidente que incurre en manifiesta contradicción, porque la no autoría no descarta la tipicidad y en realidad ésta es reconocida en el desarrollo de la demanda.

Igualmente el casacionista reclama que no se reconociera el *in dubio pro reo*, pero no hace ninguna fundamentación al respecto, pues se limita a presentar la postulación, sin precisar si los sentenciadores reconocieron la existencia de la duda y a pesar de ello produjeron la sentencia de condena, caso en el cual sería inevitable una censura por la vía de la violación directa; tampoco analiza los medios de convicción para demostrar que de ellos se evidencia con claridad la incertidumbre respecto a la posible responsabilidad de la recurrente. En verdad, ninguna de estas exigencia cumple el recurrente.

En relación con la supuesta omisión reseña en la versión inicial del abogado Edgar Amaya, rendida ante el funcionario de instrucción, por oposición a la consideración que mereció la segunda parte de ese testimonio, recaudado en el Consulado de Estocolmo, debe decir la Sala, de conformidad con el Procurador Delegado, que no le asiste la razón al censor, aun cuando es cierto que en la primera versión el testigo dice no haber conocido a Jorge Rodríguez y a pesar de ello en el fallo de segunda instancia se afirma que el testigo "fue apoderado del difunto en otros procesos y conoció suficientemente los hechos que se investigan".

Es evidente que la primera parte de la afirmación que hace el Tribunal no tiene sustento probatorio y si hubiera leído con más detenimiento las dos deposiciones del testigo habría concluido que lo afirmado por el mismo era que no conocía a Rodríguez y que con quien había tenido contactos era con su compañera y ahora procesada Sandra G. Monedero. Pero la segunda parte de la afirmación del Tribunal, en el sentido de que el abogado tenía suficiente conocimiento de los hechos que se investigan, sí está acorde con la realidad probatoria, porque es el testigo quien dice haber tenido conocimiento directamente de ellos porque se los contó directamente la procesada Monedero y por algunas intervenciones profesionales que tuvo en el caso.

Es preciso reconocer que si bien la afirmación inicial del Tribunal de que el testigo había llevado otros negocios a Rodríguez constituye un error de hecho en cuanto que el testigo no hace tal aseveración, ni aparece demostrada por ninguna otra prueba, no se trata de una manifestación que haya tenido relevancia en el fallo cuestionado; pues en realidad, que el declarante haya conocido a Rodríguez o no, que le hubiera llevado otros negocios o no, en nada incide en los hechos que son motivo de juzgamiento, porque lo cierto es que con precisión, claridad y concordancia dice haber tenido conocimiento de la existencia del poder falsificado y del contrato simulado, por relación directa que le hiciera la procesada Monedero, de quien dice que por tener la costumbre de firmar con mucha similitud los cheques de Rodríguez "firmó el poder de venta *post mortem* y la Notaría inexplicablemente pasó inadvertido el hecho de la presentación personal del poder para autenticar la firma y luego corrió la escritura de venta".

Relata igualmente como entre la denunciante (esposa legítima de la cual estaba separado Rodríguez) y Sandra Monedero (compañera permanente del mismo al momento de su muerte), cada una de las cuales tenía dos hijos del causante, trataban de ponerse de acuerdo respecto a la repartición de la masa herencial, habiendo llegado a un acuerdo les yo para los intereses de la esposa legítima a quien se le daba una parte mínima, pero que como la procesada había incumplido con el pago de los cheques para cancelarle la parte mínima acordada, la otra había decidido denunciar los hechos y que él le había recomendado "a Sandra, que no rompiera relaciones con Sara, por que eso conduciría a una inminente denuncia penal".

Esa intrascendente tergiversación del testimonio de Amaya, que no omisión del mismo, es debidamente analizada por el funcionario de primera instancia cuando se afirma: "Aunado a lo anterior contamos con la versión del doctor Edgar Amaya Parra, profesional que fue consultado por Sandra Giovanna Monedero, cuando ésta se proponía establecer si la venta simulada de la casa, soportaba una investigación penal y que ésta le manifestó que había firmado el poder después de la muerte de Jorge Rodríguez, así como otros aspectos relacionados con los bienes que dejara el causante y que en este momento no son motivo de estudio".

El que haya conocido a Rodríguez o le hubiera llevado procesos con anterioridad, en nada incide sobre la responsabilidad de la procesada ahora recurrente, y por el contrario la otra afirmación de que conocía suficientemente los hechos es completamente cierta porque como ya se vio los conoció por habérselos contado de manera directa una de las procesadas.

Se ha de concluir entonces, que a pesar de que por parte de la segunda instancia se llegó a una conclusión que no tiene respaldo procesal, ella es intrascendente en relación con el juicio de responsabilidad de la recurrente y en tales condiciones habrá de rechazarse el cargo tal como lo solicita la Delegada.

La segunda censura radica en que no se consideró el testimonio del doctor Eduardo Tapias, pero ello no corresponde a la realidad. Si se aprecia la providencia de primera instancia se observa que el presunto error por un falso juicio de existencia en relación con este medio de convicción no se da porque allí el testimonio fue tenido en cuenta y suficientemente analizado para reafirmar la existencia de la actividad delictiva investigada. Al respecto se afirma: "Lo expuesto encuentra asidero jurídico, no sólo con la prueba técnica, en cuanto se ha demostrado que la firma de Jorge Rodríguez Gómez que aparece en el poder tantas veces mencionado procede de una fuente manuscritural distinta a la que suscribió la Escritura número 1863 del 11 de abril de 1985 y a la de los comprobantes de egreso; sino además en el hecho mismo expuesto por el doctor Eduardo Tapias Serna, quien si bien manifiesta que él elaboró dicho poder, también es claro en manifestar que él no presenció cuando el hoy occiso lo firmó, que una vez elaborado lo entregó al otorgante y le dijo que lo debía firmar y presentarlo a la notaría, pero que desconoce si en realidad se hizo así. Además que al poco tiempo fue requerido por la persona a quien se le había conferido el poder y le preguntó si ella podía enajenar la casa y éste le dijo que la norma del código no incidía en cuanto a la revocatoria de ese poder, así hubiese fallecido el poderdante y que sin embargo su especialidad era el penal, no el civil y que de pronto podía estar equivocado y que preguntara directamente en la notaría para obviar cualquier duda".

Habida cuenta de que para estos efectos las sentencias de primera y segunda instancia conforman una unidad, es obvio concluir que no existe el falso juicio de existencia predicado y que el casacionista pretende que su especial apreciación de los hechos tenga primacía sobre la de los juzgadores, porque el hecho de que el testigo diga que elaboró el poder no quiere decir que la firma no hubiera sido falsificada y que a la diligencia de autenticación no hubiera asistido el poderdante, pues precisamente lo que afirma el testigo es eso, que no se dio cuenta si lo había firmado, ni que se hubiera autenticado la firma en la notaría.

En las condiciones precedentes se rechazará este cargo tal como lo solicita la Delegada.

El recurrente postula la existencia de otro supuesto falso juicio de existencia por no haberse considerado la diligencia de autenticación de la firma correspondiente a Jorge Rodríguez, lo que no corresponde a la realidad, porque si se revisa la sentencia de primer grado se observa que con base en las pruebas testimoniales aportadas por los doctores Amaya y Tapias, en la evidencia de la fecha de la muerte de Rodríguez y en el experticio grafológico se desechó la validez de la diligencia de autenticación, motivo por el cual se encuentran afirmaciones de este tenor: "Lo relatado hace colegir al despacho que las encausadas actuaron conscientemente en la ilicitud que planearon porque a pesar de la advertencia hecha por el doctor Tapias Serna, en el sentido de que debían poner de presente la circunstancias del fallecimiento del poderdante en la notaría, hicieron caso omiso a ello y a pesar de esto corrieron la escritura sobre la venta del inmueble,

exculpándose María Elvira Cortés, al manifestar en su injurada que ella consulta tal aspecto con el doctor Tapias Serna y éste les dijo que sí era viable realizar la venta".

Y en otro aparte: "Así las cosas es como el despacho considera que si bien no se logró establecerse quién fue la persona que firmó el poder y mucho menos quién se presentó a la notaría con el fin de hacerse pasar por el poderdante, si es claro que esta declaración que la venta fue simulada y que si en gracia de discusión se aceptara que el poder se le otorgó a María Elvira de Rodríguez lo cierto es que el occiso no alcanzó a firmar dicho documento pues de haberlo hecho, la investigación habría tomado otro rumbo pues sólo se hubiese cuestionado el hecho de haber vendido el inmueble cuando el otorgante había fallecido y por ende cesado el mandato".

También se afirma: "Además de lo anterior contamos con la injurada de Sandra Patricia Monedero, quien es enfática en manifestar que ella fue a la notaría con su compañero Jorge Rodríguez a firmar el poder, circunstancia que no es cierta pues como se ha dicho hasta la saciedad, la firma que ostenta el mentado poder no corresponde a la que en vida usó Jorge Rodríguez Gómez...".

Así mismo en la sentencia de segunda instancia incluye consideraciones similares que llevan a la conclusión que no se omitió apreciar el documento de autenticación; además, la fuerza probatoria de los otros medios de convicción indicaba la existencia de la falsedad, luego, el documento supuestamente no apreciado no tenía sentido, ni modificaba las conclusiones.

En las condiciones precedentes y tal como lo solicita la Delegada se rechazará el cargo.

El censor plantea la existencia de un error de hecho por tergiversación del dictamen grafológico, puesto que en su criterio, la afirmación de los peritos de no poder determinar la existencia de rasgos análogos entre los materiales dubitados (muestras tomadas a las procesadas y al testigo Tapias) e indubitados (la firma de Rodríguez) se llega a la conclusión equivocada de que la recurrente está entre las potenciales falsarias.

La distorsión postulada no se da en el caso *sub judice*, porque, en realidad, ante la imposibilidad técnica de determinar quién elaboró la firma de Rodríguez, (el doctor Amaya dice que fue la procesada Monedero) con el análisis conjunto del acervo probatorio, la segunda instancia concluye de la siguiente manera: "La falsificación sólo se puede imputar a aquellas personas que tenían un interés, aquéllas quienes se iban a favorecer con la transacción que se hizo usando el documento falso, quien recibió el producto de la venta subrepticia".

Es evidente entonces, que no se trata de una tergiversación del dictamen grafológico sino de conclusiones que surgen de la apreciación racional que del acervo probatorio hicieron los sentenciadores: por tanto, se ha de concluir que el predicado error de hecho no existe.

En las condiciones anteriores y tal como lo solicita la Delegada se habrá de rechazar el cargo formulado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, 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 E. Cortés Garnica, Secretario.

ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE CONVICCION / DEMANDA DE CASACION

Criticar el grado de convicción de las pruebas, es un planteamiento que corresponde a un error de derecho por falso juicio de convicción. Las pruebas se valoran de acuerdo con la sana crítica, luego tener un criterio valorativo distinto al reconocido por el Juez no constituye error demandable en casación. /La mezcla indiscriminada de censuras con respecto a una misma prueba, resulta totalmente desafortunada, pues no es posible determinar cuál es en definitiva la inconformidad del demandante, como tampoco cuál es su pretensión, si la nulidad por transgresión del derecho de defensa y el debido proceso, o violación de la ley sustancial por error de hecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7620.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado por Acta número 59.

Santafé de Bogotá, D. C., julio primero (1°) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Javier Alejandro Morales Julio, contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, en cuanto a la pena de cuatro (4) años de prisión que le fue impuesta al aquí recurrente por el delito de peculado.

Hechos

Los resumió el Tribunal así:

"De las pruebas recepcionadas se deduce que Javier Alejandro Morales Julio, Secretario titular de la Agencia de la Caja de Crédito Agrario del Municipio de Pauna,

fue encargado de la Dirección por vacaciones del titular Luis Ramiro Leal Agudelo. Fue así como el diecisiete (17) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) procedieron a efectuar la entrega de la oficina, para lo cual hicieron recuento general del dinero, encontrando que el total estaba conforme con los datos de contabilidad. Pero no levantaron el acta correspondiente. Estando ya Javier Alejandro Morales Julio en ejercicio de sus funciones de director interino omitió realizar arqueos generales sorpresivos, sobre todo en el fin de semestre; no propició el cambio de clave del cofre de seguridad; y no remesó oportunamente el dinero excedente de quince millones ($15.000.000) que era el canje autorizado. Solamente hasta el cinco (5) de enero de mil novecientos noventa (1990), precisamente con motivo de una remesa, con el auxilio de la cajera titular Waldina Guerrero de Rosero, procedió a realizar un conteo general del dinero, cuyo resultado, según manifestó verbalmente, encontró conforme con los datos de contabilidad. Pero no dejó ver ni entregó a la cajera la sumatoria contenida en la respectiva cinta con el objeto de elaborar el acta, sino que la arrojó al basurero.

Como hubiese concedido un permiso a Waldina Guerrero y encargado de la caja a Nidia Pilar Cañón Delgado, en la tarde del catorce (14) de enero esta última procedió a recibir la oficina y a contar el dinero, incluido el que se hallaba en el cofre de seguridad, encontrando un faltante de ocho millones ($8.000.000). Javier Alejandro Morales Julio formuló la correspondiente denuncia penal".

Actuacion Procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de Paipa, luego de adelantar indagación preliminar, abrió la investigación y vinculó mediante indagatoria a Javier Alejandro Morales Julio y Waldina Guerrero de Rosero.

Cerrada la investigación, el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Tunja calificó el mérito del sumario el 6 de septiembre de 1990, dictando resolución de acusación contra Javier Alejandro Morales Julio por el punible de peculado por apropiación, y decretó cesación de procedimiento en favor de Waldina Guerrero de Rosero por el mismo delito.

El Tribunal Superior de Tunja al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto calificatorio, en providencia de febrero 1° de 1991 confirmó la resolución de acusación contra Morales Julio, modificándola en el sentido de que la acusación se formula por el delito de peculado por apropiación agravado y, revocó la cesación de procedimiento respecto de la procesada Guerrero de Rosero y en su lugar profirió en su contra resolución de acusación por el reato de peculado culposo.

Surtida la etapa del juicio por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, se celebró la audiencia pública y el 29 de agosto de 1991 se dictó sentencia condenatoria, en la que se impuso a Morales Julio la pena de cuatro (4) años de prisión y multa de $20.000.00 por el delito de peculado por apropiación, y a Waldina Guerrero de Rosero, seis (6) meses de prisión y multa de $1.000.00 por el mismo delito en la modalidad culposa. Así mismo se condenó al pago de daños y perjuicios causados con la infracción.

Apelado el fallo de primer grado, el Tribunal superior en providencia de febrero 27 de 1992 confirmó la condena impuesta a Javier Alejandro Morales Julio y la revocó

respecto de Waldina Guerrero de Rosero y en su lugar la absolvió de los cargos por peculado culposo.

Contra la anterior decisión se interpuso el recurso extraordinario de casación, por parte del defensor del condenado.

La Demanda

El defensor del procesado Morales Julio con apoyo en la causal primera de casación consagrada en el artículo 226 del C. de P.P. acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial por haberse incurrido en error de hecho al apreciarse erróneamente la prueba, yerro originado en un falso juicio de identidad, "que afectó el principio de la sana crítica, según el artículo 254 *ibidem*, al considerar en forma irregular que se daban los elementos idóneos para condenar, según el artículo 247 *ibidem*, por el delito de peculado por apropiación, tipificado en el artículo 133 del C. Penal, por el cual se condenó a Javier Morales Julio, y a la vez, se absolvió a Waldina Guerrero de Rosero...".

En la fundamentación de la censura, el demandante procede a cuestionar la prueba testimonial, en particular las declaraciones de Nidia Cañón, Jorge Rodríguez, María Cristina Urbano, Luis Leal, Margarita Peña, Jorge Patiño, Jesús Antonio Castiblanco, Edgar González y Gilberto Mayorga. Además, las indagatorias de los procesados Javier Alejandro Morales Julio y Waldina Guerrero de Rosero.

Igualmente, hace un análisis de otros medios probatorios tales como el informe del Cuerpo Técnico de Policía Judicial -Unidad de Indagación Preliminar-, el informe evaluativo de la Comisión Investigadora de la Caja Agraria, la inspección judicial practicada por el Juez Instructor en las dependencias de la entidad crediticia y la decisión de carácter administrativo de la misma institución Bancaria mediante la cual fueron destituidos de sus cargos los procesados.

Del análisis de las anteriores pruebas concluye el censor lo siguiente:

1. Testimonio de Nidia Cañón: "...la declarante no es seria ni creíble, como lo reconoció el Tribunal, al analizar sólo la versión que rindió en la audiencia pública, donde se insiste en que al ser requerida para la demostración sobre el proceso de apertura, quedó en total desconcierto y confusión, al sentirse cogida, en las mentiras, donde buscaba responsabilizar a Morales".

2. Declaración de Jorge Rodríguez: El Tribunal consideró su versión digna de crédito, y erró porque sólo evaluó la versión que rindió en la audiencia pública. De todas sus versiones "tampoco se establece una prueba de cargo en contra de Morales, pues no hay acusación enfática, ni directa, ni contundente, que lo culpabilice como el único responsable del peculado".

3. Testimonio de María Cristina Urbano: La declarante no se atreve a responsabilizar a Morales, sobre bases sólidas, "no es lógica, ni ofrece la seriedad, como para que de su dicho se fundamente la condena".

4. Declaración de Luis Leal: En el primer aparte el testigo indica que memorizar la clave cuando la acciona la cajera "es totalmente imposible", con lo que ofrece una verdad inobjetable, y a renglón seguido aclara, que si se mira se puede aprender, pero

con ello no está indicando que Morales lo haya hecho y hubiese cometido el delito por este sistema, pues debe anotarse que habló de complicidad entre el hombre y la mujer, situación que implica un acuerdo previo para consumar la conducta, aspecto que según los antecedentes de enemistad manifiesta entre las partes, queda totalmente desvirtuado; "se aprecia de bulto, la equivocada interpretación, que de esta versión hizo el Tribunal", y no se puede sobre ella, edificar un soporte de condena contra Morales, "y lo que es peor, la absolución para la Guerrero".

5. Declaración de Margarita Peña: Afirma que "ni siquiera fue mencionada en la sentencia y que en ningún momento compromete a Morales, pero lamentablemente no mereció valoración alguna por parte del Tribunal y sus acertos debieron incidir en torno a situación de inocencia, que siempre se pregonó a favor suyo".

6. Declaración de Jorge Mariño Merlo: La prueba "favorece a Morales"; el Tribunal no la relacionó, menos aún la comentó ni avaluó.

7. Declaración de Jesús Antonio Castiblanco: El Tribunal sólo analizó su versión en forma parcial, en cuanto a que Morales sobre diez oportunidades, tuvo nueve para aprender la clave, respuesta que se debe tomar en el evento de que se esté en condiciones normales de aprendizaje, cosa que no ocurre en el caso de Morales. El testigo no ratifica las presuntas quejas que le formuló la Guerrero, que simplemente incurriendo en mentira eludió su responsabilidad para inculpar a Morales, planteamiento que en forma lamentable acogió el Tribunal, que decidió absolverla en forma por demás injusta.

8. Declaración de Edgar González: Esta versión de plano presenta a Waldina, en actitud mendaz.

9. Declaración de Gilberto Mayorga: Se trata de un empleado de la Caja Agraria de Otanche, "allí conoció a la Guerrero, y de esa amistad, se llegó a una relación íntima de tipo concubinario". El Tribunal "afirmó que la vinculación del hombre frente a los hechos, no tenía razón de ser, pues era 'inconexa'. Con ello, rechazaba el planteamiento de la defensa de Morales, sobre la circunstancia de que la mujer hubiese distraído el dinero para entregarlo a su amante y compañero para negociar en esmeraldas". La realidad patentizada en las versiones de señor Mayorga, desvirtúa la afirmación del Tribunal, en el sentido de que la relación de la mujer con el testigo, y de éstos frente al delito, era inconexa.

10. Indagatoria de Waldina Guerrero de Rosero: La señora siempre responsabiliza del hecho a Morales, como autor único del delito, y el Tribunal desafortunadamente "le creyó" y por ello la absolvió.

El censor se refiere al sustento de la acusación contra Morales, para decir que lo anterior podría tener algún fundamento, si contra la Guerrero no gravitaran los aspectos decisivos que en su sentir la comprometen, sobre los cuales hace una extensa exposición, para concluir que su proceder es altamente sospechoso.

11. Indagatoria de Javier Morales Julio: El Tribunal "no aceptó ningún factor de su defensa" y en forma persistente coligió que "era el único culpable del peculado".

Otros elementos de tipo probatorio: Los técnicos del cuerpo de Policía Judicial anotaron que no es fácil aprender la clave para abrir la caja, siempre y cuando la persona

que maneja las llaves y la que es sabedora de la clave, tomen la posición correcta. La evaluación es favorable a Morales, pero el Tribunal tampoco la consideró.

El informe evaluativo de la Comisión Investigadora de la Caja Agraria destacó, que de los hechos se colige responsabilidad bien por acción u omisión en cabeza de Javier Morales y Waldina Guerrero, "porque son *responsables solidariamente* del manejo y contenido del cofre de caudales". Para el censor los investigadores determinan el compromiso de la Guerrero, documento que no fue analizado por el Tribunal.

Expresa que a pesar de lo anterior, el Juez de Instrucción practicó inspección, cuyas conclusiones no comparte el censor. Agrega que esta diligencia acusa graves fallas, como es no contar con la presencia de Morales, omisión que incidió en que el Tribunal le diera una errada interpretación con base en la conclusión del Juez. Tampoco estuvo la defensora del procesado, o sea que no hubo garantías para el derecho de defensa, además de la situación de desventaja en que estuvo Morales, frente a Waldina, en la práctica de pruebas testimoniales y de la inspección que se cuestiona.

Como corolario, estima que es importante evaluar las radicales decisiones que se han proferido en diversos procesos: en materia administrativa, la Caja Agraria consideró que había responsabilidad de Morales y la Guerrero, por ese les destituyó; de Nidia Cañón y Jorge Rodríguez, a quienes les canceló el contrato de trabajo, y de Luis Leal, que fue sancionado con 30 días de suspensión. Empero, el proceso penal demostró un resultado bien diferente, el único sancionado con condena penal es Javier Morales.

El impugnante hace una relación de las siguientes normas legales: artículos 1º, 216, 247, 248, 249, 254, 259, 264, 294 y 300 del C. de P.P. y 8º, 23, 35, 63 y 133 del C.P., comentando los hechos materia del proceso frente a cada una de estas disposiciones.

Finalmente solicita que se case la sentencia impugnada y se absuelva a su representado, y a la vez se condene por peculado por apropiación a Waldina Guerrero de Rosero.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que sea desestimada la demanda por razones de orden técnico.

Sus planteamientos son los siguientes:

En la sustentación del cargo el impugnante contrapone su particular criterio de valoración a la que hizo el juzgador de las diferentes pruebas aportadas al proceso.

De lo expresado en algunos apartes de la demanda, se observa que el libelista cuestiona el análisis de la prueba que efectuó el juzgador para condenar a su representado y absolver a la otra procesada, aspecto que no es de recibo en casación, ya que el sentenciador tiene libertad para apreciar los diferentes elementos de juicio dentro del marco de la sana crítica. El juicio de valor sobre los medios probatorios es privativo del fallador, cuyo criterio 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 de la experiencia humana. Además, el juzgador integró todas las pruebas y las evaluó en conjunto para

adoptar la decisión que hoy es materia de impugnación, lo cual es mandato legal y racional.

El casacionista manifiesta que existe error de hecho en la apreciación de las probanzas, y al sustentar la acusación no señala ninguna de las modalidades en que puede presentarse el error. "El impugnante no se refiere a que alguna o algunas pruebas no existan y el juzgador las supuso, como no puede en manera alguna afirmarlo, o que siendo ellas determinantes para el fallo se olvidó considerarlas estando vertidas en el proceso, o que se tomaron de manera diversa a su contenido material, como fuera en tratándose de un error de hecho".

Consideraciones de la Sala

El demandante plantea que el sentenciador incurrió en error de hecho, originado en falso juicio de identidad por apreciación errónea de la prueba, que afectó el principio de la sana crítica.

El casacionista no demuestra ningún yerro del fallador en la apreciación de la prueba, lo que hace es presentar su particular punto de vista sobre los hechos y las pruebas introduciendo hipótesis sin respaldo procesal, con el evidente propósito de crear una sensación de incertidumbre que en verdad basta leer el proceso para que quede sin fundamento.

De la sustentación se infiere que lo que el libelista en verdad censura, no es que el juzgador haya tergiversado el contenido de las pruebas testimonial y documental a que hace referencia, sino que lo que a la postre critica es que no los hubiese valorado de acuerdo con sus intereses defensivos para llegar a conclusiones que el impugnante no comparte. Tanto es así, que las objeciones que formula al amparo del mismo cargo son:

a) Afirmar que existe "certeza y pleno convencimiento de que Morales fue el autor único del peculado";

b) Considerar como sustentadores de indicio factores "que podrían concretar el móvil, la capacidad y la oportunidad para delinquir por parte de Morales";

c) Aceptar las versiones de los empleados "que a decir verdad, pecaron por parciales".

Criticar el grado de convicción de las pruebas, es un planteamiento que corresponde a un error de derecho por falso juicio de convicción, que aún en el evento que hubiera sido invocado, no podría prosperar, pues las pruebas se valoran de acuerdo con la sana crítica, luego de tener un criterio valorativo distinto al reconocido por el juez no constituye error demandable en casación.

Cabe observar, que el impugnante en lugar de ocuparse de demostrar la ilegalidad de la condena proferida contra su patrocinado, para quien solicita la absolución, se limita a impugnar la sentencia en cuanto a la absolución de la otra Waldina Guerrero de Rosero, cuando no tiene interés jurídico ni está legitimado para pedir que sea condenada.

Aún en el evento de que se lograra demostrar que Morales no fue el "único" autor de peculado, sino que también lo fue la otra procesada, ello no descarta la autoría de aquél.

Para el censor el Tribunal incurrió en error al concluir que Morales se aprendió la clave, censura que carece de demostración, pues sus argumentos no pasan de ser simples apreciaciones personales que carecen de fundamento frente a las claras y razonables consideraciones que al respecto se dejaron consignadas en la sentencia que está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

El Tribunal textualmente dice:

"...la empleada de esa oficina María Cristina Urbano nos dirá: 'Javier es alto, mide como uno con setenta y Waldina mide como uno cincuenta y ocho o uno sesenta y pues de la manera como él se ubica le era fácil aprender la clave porque él se acercaba a ella y comenzaba a cogerle la mano cuando estaba marcando' (fl. 256). Nidia Pilar Cañón expresa, refiriéndose a Morales: 'Eso también lo hacía conmigo, cuando yo estaba marcando la clave o cuando estaba en el archivo llegaba a molestar' (fl. 264). Waldina Guerrero sostiene al folio 177 con relación a Javier Morales: '...tenía la costumbre de que cuando uno estaba accionando el dial, él no se retiraba, era ahí al pie de uno, haciéndose el loco como cogiéndole la mano a uno, es decir manejándole la mano a uno, era todo abusivo, entonces pudo también conocer la clave'. Podría pensarse que esta mujer no dice la verdad por enemistad con Morales. Pero un testigo que no tenía ningún problema con éste, como era Jorge Rodríguez, se expresa así sobre el particular: 'No era frecuente pero de vez en cuando la molestaba cuando estaba accionando la caja de caudales' (fl. 550). Son cuatro compañeros de trabajo que vieron el comportamiento de Morales de acercarse a la cajera en el momento preciso en que accionaba la clave. Tales personas revelan sinceridad en sus afirmaciones y no vemos razones suficientes para descalificarlas, como lo pretende el señor defensor de Morales. Y menos cuando le atribuye a Jorge Rodríguez algunas aseveraciones que realmente corresponden al declarante Jesús Antonio Castiblanco Castro' (fls. 547 y 548). El dicho de Jorge Rodríguez es serio, denota sinceridad. Esa conducta desplegada por Morales no tiene justificación alguna. ¿Por qué obraba de esa manera inclusive con Waldina, siendo sus relaciones muy precarias? ¿Por qué no se retiraba del cofre mientras la cajera marcaba la clave, a sabiendas de que tenía la inmensa responsabilidad reglamentaria no sólo de respetar, sino de hacer respetar la reserva de la clave? Indudablemente que su propósito no era sano y que realizó ese desafuero con el ánimo de aprender la clave. Que eso era físicamente imposible aduce su defensor. Porque imposible si se trataba de gravar (sic) los números de la combinación y la dirección en que giraban. Era algo físico, perceptible con la mirada. Si no fuera así, pues tampoco la cajera podría abrir. Esto resulta tan obvio que hasta los testigos, incluido el Director titular Luis Ramiro Leal, no dudan en sostener que es muy posible aprender la clave mirándola accionar varias veces (fl. 202). Por eso también el Juez de Instrucción evidenció en la inspección judicial que cualquier persona podía memorizar la clave mediante la visualización (fl. 262). Y el Juez no era enemigo de Morales, ni estaba parcializado en su contra".

Según el censor se requería un peritazgo para poder determinar la facilidad o dificultad para aprender la clave. Esta apreciación no es de recibo como acertadamente lo concluyó el Tribunal en la sentencia con fundamento en las siguientes razones:

"...el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal dice que el dictamen pericial es procedente para la investigación de hechos que requieran conocimientos especiales.

Es decir, se trata de un medio auxiliar que tiene el Juez para ilustrarse acerca de determinadas ciencias o artes que normalmente escapan a su conocimiento. Pero en el caso que se está analizando ese dictamen no era necesario, pues el mismo Juez de Instrucción observó las maniobras y llegó al convencimiento de que cualquier persona puede aprender la combinación de la clave simplemente mirándola marcar. Esto no implica conocimientos especiales, sólo requiere estar cerca a quien la marca y un poco de atención en los números y la forma de marcarlos. Fue exactamente lo que hizo Javier Morales, a pesar de que los reglamentos le prohibían acercarse a la cajera cuando ésta utilizaba la clave. Por otra parte, nuestro sistema probatorio penal no requiere fórmulas sacramentales ni tarifa legal para demostrar un determinado hecho. De ahí que el artículo 254 del C. de P.P. diga que cualquiera de los medios de prueba previstos en dicho Código es idóneo para demostrar los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o la inocencia del procesado...".

El libelista ataca la inspección judicial, porque al no contar con la presencia de Morales, ni su defensora, perdió el sentido de objetividad e imparcialidad que debía sustentar la prueba, que "se discordonó porque la presencia del defensor de la Guerrero permitió esa tergiversación". Simultáneamente habla de que la prueba se practicó sin las garantías para el derecho de defensa y da a entender que no se respetó el debido proceso -artículo 1º del C. P. P.- porque "no hubo posibilidad de cuestionar una prueba que según el Tribunal, fue decisiva para la condena que se impuso".

Esta mezcla indiscriminada de censuras con respecto a una misma prueba, resulta totalmente desafortunada, pues no es posible determinar cuál es en definitiva la inconformidad del demandante, como tampoco cuál es su pretensión, si la nulidad por transgresión del derecho de defensa y el debido proceso, o violación de la ley sustancial por error de hecho.

De otro lado, cuestionar la credibilidad que el sentenciador le reconoció a algunas pruebas testimoniales, con argumentos en los cuales tampoco le asiste razón, porque no corresponden a la realidad procesal, escudándose en un error de hecho que nunca se demuestra, constituye una alegación propia de las instancias inadmisible en casación.

Tampoco agrada al defensor la apreciación de los indicios que respecto de Morales, estimó el Tribunal como graves. En relación con este punto se limita a señalar los factores indiciarios que tuvo en cuenta el fallador, para luego consignar su personal visión sobre los mismos. Conviene destacar que la conclusión del Tribunal es correcta y que las opiniones con las que el demandante se opone ningún error demuestran.

Como fácilmente se aprecia, la demanda consiste en un alegato sin ninguna técnica, cuya fundamentación no corresponde al error de hecho por falso juicio de identidad que se invoca, y cuya censura se caracteriza por ser una simple oposición del criterio del impugnante al del sentenciador.

El censor no demuestra la existencia del error que enuncia en el cargo, ni la incidencia de este en el fallo, motivos suficientes para desestimar la demanda.

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 Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA/TERRORISMO

El terrorismo en cualquiera de sus modalidades, busca menoscabar el poder del Estado, a quien enfrenta directamente en cada una de sus manifestaciones, a través de las múltiples modalidades, que ha desarrollado en su carrera delictiva. Por ello, cualquier comportamiento que únicamente persiga golpear intereses privados, queda excluido de la connotación terrorista, signándose su investigación y fallo por las reglas generales de la competencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8514.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado por Acta número 59.

Santafé de Bogotá, D. C., julio primero (1º) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Dirime la Corte la colisión de competencias suscitada entre los Juzgados Cincuenta y Tres (53) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá y Regional, de la misma ciudad.

Antecedentes

El trece (13) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988) fue colocado un petardo explosivo, compuesto por dos (2) kilos de dinamita, en el interior del establecimiento comercial denominado "Bar 61", situado en la carrera 13 con calle 61 de Santafé de Bogotá.

De la denuncia formulada por Orlando Báez conoció la jurisdicción de Orden Público. Luego de enriquecerse la investigación con pruebas documentales, periciales y testimoniales y de vincular al proceso como presuntos responsables a José Vicente López Martínez, Rodrigo Espitia Orozco y Rubén Alberto García Rendón, los primeros

por medio de injurada y el último por declaratoria de persona ausente, el juzgado del conocimiento calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación contra los imputados, como probables autores de la conducta prevista en el artículo 12 del Decreto 180 de 1988.

Luego de surtirse la apelación correspondiente que confirmó el acto acusatorio, se adelantó la etapa de la causa por un Juzgado Regional de la capital de la República. No obstante, luego de surtirse el trámite pertinente y estar el proceso para dictar la sentencia de rigor, el funcionario se declaró incompetente para hacerlo, ordenando el envío de las diligencias al reparto de los Jueces Penales del Circuito, proponiendo desde ya la colisión de competencia negativa. El asunto le correspondió al Juez Cincuenta y Tres (53) Penal del Circuito, quien no aceptó las razones de su colega, enviando la actuación a esta Colegiatura.

La Controversia

1. El Juzgado Regional comienza por analizar el tipo penal descrito en el artículo 12 del Decreto 180 de 1988. Advierte, en primer término, sobre el "propósito terrorista" que conlleva su aplicación, ingrediente subjetivo que establece la competencia de los Jueces Regionales. Si no existe este fin específico, la conducta se adecua a lo dispuesto en el artículo 198 del C. P., encargándose de su investigación y fallo a los juzgados del Circuito. Luego pasa a precisar lo que debe entenderse por "propósito terrorista", señalando que por tal han de entenderse todos los actos vandálicos que persigan desestabilizar las instituciones democráticas, crear zozobra en la población y causar alarma social. Por consiguiente, advierte el funcionario, la responsabilidad deducida a los cosindicatos se basa fundamentalmente en su ánimo vindicativo dirigido exclusivamente contra el señor Báez y su familia. El motivo fue la denuncia que el quejoso hiciera de los actos concusionadores que sufriera por parte de los policiales, provocando su retiro de la institución armada.

2. Por su parte, el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Penal del Circuito rechaza los argumentos advirtiendo que en el sitio donde se colocó el artefacto explosivo no sólo se encontraban los propietarios y administradores del establecimiento comercial, sino numerosas personas que se encontraban ingiriendo licor. Por consiguiente, teniéndose en cuenta que de haberse producido la detonación no sólo se afectaría el bar de Báez, sino también los negocios aledaños y que la zozobra la padeció una parte de los habitantes del populoso sector de Chapinero, el acto ha de considerarse como terrorista, cobijándose dentro de lo preceptuado por el artículo 12 del Decreto 180 de 1988.

La Corte

1. Como bien lo recuerda el Juez Regional, el propósito del Gobierno Nacional al expedir el Decreto 180 de 1988 fue el de conjurar la grave crisis de orden público que conspiraba contra el seno mismo de la sociedad. Grupos de narcotraficantes y subversivos habían adelantado una serie de acciones con la finalidad exclusiva de socavar las instituciones democráticas. En pequeña, mediana o gran escala, ayer y hoy, estas agrupaciones se han dedicado a una guerra frontal contra el Estado, por un lado, y contra quienes no se suman a su causa o no acceden a sus exigencias ilícitas, por el otro.

En desarrollo de sus actividades, tales organizaciones criminales han ejecutado diversas conductas punibles, muchas de ellas con el fin exclusivo de causar la natural zozobra en la ciudadanía y mostrar ante la nación el poder que les acompaña y la impotencia del Estado para reprimir sus acciones. Por el amplio espectro de su cobertura, que afecta por igual porciones importantes de la población y de los bienes y por la influencia devastadora sobre el resto de la nación, es que se han tildado estos comportamientos de terroristas.

Natural, por consiguiente, que ante la grave amenaza que representan para el país, el Estado debió extremar su rigor, mediante el incremento de penas y la negación de subrogados, a la par que contemplaba atenuantes únicamente para quienes colaboraran en el esclarecimiento de los hechos delictuosos.

2. Como es obvio suponer, el terrorismo, en cualquiera de sus modalidades, busca menoscabar el poder del Estado, a quien enfrenta directamente en cada una de sus manifestaciones, a través de las múltiples modalidades que ha desarrollado en su carrera delictiva. Por ello, cualquier comportamiento que únicamente persiga golpear intereses privados, queda excluido de la connotación terrorista, signándose su investigación y fallo por las reglas generales de competencia.

3. En el caso de la especie, miembros de la Policía Nacional le hicieron exigencias ilícitas a un comerciante de la capital de la República, a cambio de no cerrarle su establecimiento de diversión y venta de licores. Enteradas por su conducto las autoridades competentes, se inició en contra de los uniformados la investigación pertinente, consiguiéndose a la postre su desvinculación de la institución armada. Estas consecuencias funestas para sus carreras como oficiales provocaron en los exuniformados su ánimo de *vindicta*, por lo que decidieron causarle daño al local comercial del que derivaba su sustento el ciudadano renuente a sus ilícitos pedimentos. Dos kilos de dinamita fue el medio escogido, sin lograr sus propósitos, al ser descubierto el sujeto encargado de colocarla.

4. Como bien puede observarse, la intención y voluntad de los uniformados no fue amedrentar al Estado y la sociedad mediante un acto que causara el terror colectivo, sino cumplir con la retaliación hacia una persona que no había accedido a sus ilícitas exigencias. Es cierto que en su afán por causarle daño al ciudadano que desnudó su reprochable proceder, no les importó causar daño a individuos ajenos a la represalia. Sin embargo, el que otras personas, ajenas al conflicto, hubieran podido salir perjudicadas, no significa que la acción se convierta en terrorista, pues, como se ha visto, no es el número plural de víctimas el que califica una conducta, como tal, sino el deseo de causarle daño al Estado y la sociedad en su conjunto, a través de la zozobra o destrucción a una porción de la comunidad o de sus bienes, conato animado por un elemento subjetivo especial y propio, característico de esta figura criminal.

5. Así las cosas, le corresponde continuar conociendo del presente asunto al Juez Cincuenta y Tres (53) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, por carecer la conducta de fines terroristas. Trátase, pues, de un caso de delincuencia común y no de delincuencia terrorista. Copia de esta decisión envíesele al Juez Regional, para su información.

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

RESUELVE:

Dirimir la colisión de competencias suscitada entre los Juzgados Regional y Cincuenta y Tres (53) Penal del Circuito, ambos de Santafé de Bogotá, asignándole el asunto a este último Despacho, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Copia de este proveído remítasele al Juez Regional, para su información.

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 E. Cortés Garnica, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA / EXCARCELACION / CAPTURA

1. De ninguna manera puede admitirse como garantía del ejercicio del derecho de defensa que se propicie o tolere una situación procesal irregular que podría viciar el trámite. Subsanar una actuación o, aprovechar el cambio de legislación para aumentar las garantías procesales del sindicado antes que una violación, representa la reafirmación de la eficacia de tales derechos y principios./Valerse de alguna anomalía para demorar la tramitación de un proceso o para provocar la repetición de actuaciones ya cumplidas que reúnen los presupuestos de ley, y no para que se efectivicen los derechos de las partes en un proceso, es una deslealtad con la administración de justicia. Tal proceder, mal puede considerarse como un recto ejercicio del derecho de defensa; en consecuencia carece de fundamento argüir que impedir tales actitudes coarta la posibilidad de alegar y probar en aras de sostener la presunción de inocencia. /2. Ninguna objeción puede formularse a la decisión de no revocar la orden de captura proferida contra el implicado, por cuanto tiene soporte en un pronunciamiento judicial que dispuso la medida de aseguramiento limitante de la libertad de locomoción que no ha sido modificado. En consecuencia aun cuando el peticionario sustente su solicitud discutiendo los argumentos que dieron lugar a que se le negara la libertad provisional, en tanto esta negativa tenga vigencia procesal, no es posible quitarle eficacia a la orden de aprehensión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8484.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado por: Acta número 58

Santafé de Bogotá, D. C., dos (2) de julio de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el procesado José Ernesto Guevara Pinzón contra el auto de 20 de mayo de 1993, por medio del cual el Tribunal

Superior de Santafé de Bogotá denegó una nulidad, la práctica de unas pruebas y la cancelación de una orden de captura.

Antecedentes

Al conocimiento del doctor José Ernesto Guevara Pinzón, en su calidad de Juez 52 de Instrucción Criminal, llegó una denuncia formulada por el señor Hernando Mendoza Rojas contra Amanda Vargas Rodríguez, por cuanto habiendo conformado con ella una compañía denominada "Colección Lanas Ltda.", ella abandonó los negocios que administraba como subgerente, por lo que comenzaron a aparecer personas titulares de acreencias a cargo de dicha señora. No obstante la atipicidad del comportamiento, el juez acusado ordenó la práctica de diligencias preliminares; posteriormente y con base en la versión de una declarante no citada en la denuncia, dispuso llevar a cabo un allanamiento para capturar a la imputada y a pesar de que no halló a dicha señora sino a la odontóloga Amanda Forero Carvajal, decomisó unos pantalones y unas marquillas que halló en la industria manejada por esta última, y alegando que estaban trabajando sin licencia y que eran reductores de telas les exigió el pago de dos millones de pesos.

Evidentemente la denuncia la formuló la afectada Amanda Forero Carvajal, quien posteriormente intentó retractarse de su versión aduciendo que había sido aconsejada por un doctor Ramírez.

El 30 de noviembre de 1992, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, calificó el mérito del sumario adelantado contra el ex juez 52 de Instrucción Criminal, doctor José Ernesto Guevara Pinzón, habiendo formulado en su contra Resolución de Acusación, como autor de dos delitos de prevaricato y uno de concusión. Así mismo, se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva contra el exfuncionario judicial y se le negó el otorgamiento de la libertad provisional, por lo cual se dispuso librar las correspondientes órdenes de captura.

El defensor del encausado influentosamente interpuso el recurso de reposición contra el proveído calificatorio, pues le fue denegado en pronunciamiento del 22 de marzo de 1991.

Antes de abrirse el juicio a pruebas el propio implicado, en memorial presentado personalmente en Notaría, solicitó que se recibiera declaración a la denunciante, quien relataría cómo formuló la denuncia y el por qué de su retractación; y al señor Carlos Ramírez, supuesto asesor que aconsejó la presentación de la denuncia penal. Esta petición la coadyuvó posteriormente el defensor.

El 2 de julio de 1991, la Sala Penal del Tribunal Superior denegó la práctica de las pruebas impetradas por el inculpado y su defensor y, oficiosamente, ordenó el avalúo de daños y perjuicios.

En aquel proveído la Corporación judicial de primera instancia rechazó la ampliación de la versión de la denunciante por cuanto ya se había practicado en la etapa sumarial. Y denegó recibir la versión juramentada de "Carlos Ramírez", porque se trata de una persona que no aparece individualizada en el expediente, tal como lo mencionó la petición, si bien la citó la denunciante en su retractación, refiriéndose al "doctor Ramírez".

Designado y posesionado del cargo el perito avaluador rendido el respectivo peritaje y puesto a disposición de las partes, por auto del 31 de julio de 1992, se señaló la fecha para llevar a cabo la audiencia pública. No obstante, por auto del 6 de agosto siguiente, el Magistrado Sustanciador revocó tal determinación para dar aplicación al artículo 446 del Decreto 2700 de 1991, por lo que, en consecuencia, dispuso correr traslado a los sujetos procesales -incluyendo esta vez a la Fiscalía General de la Nación- para preparar la audiencia.

En esta oportunidad el defensor del enjuiciado reiteró la petición de que se ampliara la denuncia de Amanda Forero Carvajal para demostrar que nunca fue coaccionada a cancelar suma alguna, y que se recepcionara la declaración de Carlos Ramírez.

Por su parte, el propio implicado, doctor José Ernesto Guevara Pinzón, demandó la declaratoria de nulidad del auto de 6 de agosto de 1992 por medio del cual se revocó el del 31 de julio anterior -que fijaba la fecha de realización de la audiencia pública-, por que con él se violaron los numerales 2° y 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que el proceso, surtido bajo la vigencia del estatuto derogado, ya había concluido la etapa probatoria y se encontraba listo para iniciar la audiencia pública, a pesar de lo cual "intempestivamente se revoca el auto en comento, para en su lugar, sembrar este proceso bajo las normas rectoras del nuevo código, lo que crea no solamente confusión, sino una nueva etapa de pruebas, que ya estaba superada. Es decir, se regresa el expediente al comienzo de la Audiencia (sic) y se vulnera así el derecho a la defensa al crearse irregularidades que afectan este proceso".

En opinión del petente, la audiencia debió cumplirse conforme a las disposiciones del anterior código, entre otras razones, porque se hacía expedito el camino a una sentencia más rápida, y por lo tanto a la posibilidad de que se revocara la orden de captura que en su contra se profirió. Así mismo, aduce que "por conveniencia es imperativo dejar vigente el auto del 2 de julio de 1991 (sic) que me niega la solicitud de pruebas, para alegarlo en la audiencia que se me ha de fijar como punto favorable para mi defensa". Y termina afirmando que las pruebas que solicitaría serían las mismas que ya se le habían negado, pero si se llegara a ordenar su práctica se le crearía una situación desfavorable, porque la negativa es lo que a él le favorece.

En escrito separado el encausado rogó al Magistrado Ponente que revocara la orden de captura librada en su contra porque en caso de condena la pena no superaría los tres años de prisión y no requiere tratamiento penitenciario.

Auto Apelado

Vencido el término de preparación de la audiencia, el 21 de abril de 1993 la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá atendió los pedimentos relacionados en precedencia, profiriendo la providencia que es objeto de la impugnación.

En primer lugar, se pronunció denegando la existencia de la nulidad, por cuanto consideró que haber ajustado el trámite al nuevo estatuto de procedimiento, como correspondía a la etapa en que aquél se encontraba al momento de entrar a regir la nueva legislación, en nada conculcó el derecho de defensa ni el debido proceso; por el contrario, se otorgó a los sujetos procesales, grupo al cual se integró la Fiscalía General

de la Nación, extendiendo el lapso de preparación la audiencia pública y dando al acusado mayor garantía para ejercer su defensa.

En lo que atañe con las pruebas solicitadas, el *a quo* se remitió a los argumentos que anteriormente había dado para negar su práctica; así, reiteró que la denunciante Amanda Forero Carvajal, durante la investigación, fue escuchada en dos oportunidades en relación con los aspectos sobre los cuales quiere el defensor que se la llame a declarar nuevamente.

De la misma manera denegó disponer que se recibiera el testimonio de Carlos Ramírez; determinación que el *a quo* fundamentó diciendo que: "Fue el personaje que después de la denuncia se ideó Amanda Forero para 'retractarse', práctica ésta que no fue aceptada y por el contrario, se desestimó en el proveído calificatorio, con la particularidad de que dicha ciudadana se refirió fue a un 'doctor Ramírez', sin más datos, es decir, no le individualizó ni identificó, como tampoco aportó informes para su localización, explicando que por obra de la casualidad le distinguió en la edificación donde funcionan los Juzgados de Paloquemao, le aconsejó formulara la denuncia en los términos que en ella aparecen, pero que no volvió a verle".

De igual forma el Tribunal se negó a cancelar las órdenes de captura, arguyendo al efecto que al doctor Cuevara Pinzón se le está procesando por dos delitos de prevaricato en concurso con uno de concusión, cuya comisión amerita que reciba tratamiento penitenciario, sin que en su favor concurra causal alguna de excarcelación.

La Impugnación

Contra el referido pronunciamiento del pasado 21 de abril, el inculpado, doctor Cuevara Pinzón, interpuso los recursos de reposición y el subsidiario de apelación, aspirando a que se decrete la nulidad del auto que dispuso aplicar el nuevo Procedimiento Penal, por favorabilidad, y a que se cancele la orden de captura.

Para sustentar su pretensión, el recurrente afirma que la nueva ampliación de la denuncia era necesaria como quiera que la inicial Magistrada Sustanciadora así lo había dispuesto, sin que ello se hubiera cumplido a pesar de que se habían librado dos comisiones; y que igualmente debía escucharse a "Carlos", cuyo nombre completo logró conocer la defensa. Que la negativa a recaudar esas pruebas le beneficiaba "por cuanto en la audiencia de juzgamiento se podían esgrimir como violación al derecho de defensa y por ende solicitar la nulidad de la diligencia y la absolución por este hecho de los cargos a mí endilgados".

El procesado se refiere a los argumentos que dio el Tribunal para no llamar a declarar a Carlos Ramírez, para censurar que el Magistrado sustanciador se esté adelantando a criticar pruebas que no se han recaudado; y de ello concluye que con tales argumentos resulta innecesaria la audiencia pública, pues, ya está condenado a una pena superior a tres años de prisión y sin derecho a libertad condicionada.

Para insistir en el motivo de la impugnación, el procesado manifestó que "como se estaba desarrollando la etapa del juicio a mí me convenía que se hubieran negado las pruebas solicitadas, y ni se pensó en que ese argumento que se esgrimiría en la audiencia, fuera a fallar, eso es táctica de la defensa, si se sale de su control este desarrollo del

sumario o la causa por razón de una normatividad que no me favorece, es viable y de derecho solicitar la nulidad que se ha negado, y que ahora se explica el por qué de su petición".

También argumenta el enjuiciado que al negarse la cancelación de la captura no se han considerado aspectos favorables que obran en el expediente tales como que la denunciante se ha retractado de la denuncia en tres oportunidades, indicio que debería tomarse a favor de la parte acusada; pero, por el contrario se afirma que fue la denunciante quien ideó la argumentación y sin embargo no se dispone una investigación contra ella.

Así concluye que no se le han otorgado garantías para su defensa, porque se le está prejuzgando al no considerar inocente a quien todavía no ha sido condenado y sin darle oportunidad de desvirtuar los cargos con declaraciones que son desacreditadas antes de ser recibidas.

En auto del 20 de mayo de 1993, la Sala del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá que conoce del asunto, mantuvo su decisión; en consecuencia concedió el recurso subsidiario de apelación.

Consideraciones

Resulta sorprendente la fundamentación que el impugnante esboza para sus pretensiones, pues, en definitiva, aspira a que la administración de justicia le facilite la preconstitución de una causal de nulidad que él pueda alegar en la audiencia pública y le permita reclamar una absolución.

Es así como a pesar de expresar la necesidad de que se reciban los testimonios pedidos y negados, no está interesado en que ellos se decreten pues, afirma, si se llegaran a ordenar, ello lo desfavorecería frente a su táctica de defensa; más bien se muestra inclinado a que la negativa se mantenga.

En estas condiciones, el recurrente aspira a que denegada la práctica de pruebas, el proceso se retrotraiga al momento en que precluyó la etapa probatoria y se disponga la celebración de la audiencia pública, y como ello no es posible conforme a la ritualidad que se le imprimió a la actuación, acude al principio de favorabilidad alegando que convenía más a sus intereses haber proseguido el proceso bajo las disposiciones del Estatuto de Procedimiento anterior, y que en su defecto se le conculcó el derecho a defenderse.

Ningún fundamento encuentra la Sala en tales argumentaciones para deducir que se ha incurrido en alguna causal de nulidad, pues no se advierte que sean unas u otras normas las que resultan más o menos favorables al implicado. Y de ninguna manera puede admitirse como garantía del ejercicio del derecho de defensa que se propicie o tolere una situación procesal irregular que podría viciar el trámite. Subsanar una actuación o, aprovechar el cambio de legislación para aumentar las garantías procesales del sindicado, como ocurrió en este caso, antes que una violación, representa la reafirmación de la eficacia de tales derechos y principios.

Valerse de alguna anomalía para demorar la tramitación de un proceso o para provocar la repetición de actuaciones ya cumplidas que reúnen los presupuestos de ley,

y no para que se efectivicen los derechos de las partes en un proceso, es una deslealtad para con la administración de justicia. Tal proceder, mal puede considerarse como un recto ejercicio del derecho de defensa; en consecuencia carece de fundamento argüir que impedir tales actitudes coarta la posibilidad de alegar y probar en aras de sostener la presunción de inocencia.

De otra parte, no es posible predicar una violación al debido proceso, puesto que, justamente, a través de la decisión que ahora ataca el recurrente, el *a quo* dio cumplimiento estricto a la formalidad procesal que se imponía a raíz del cambio de legislación.

En estas condiciones, es de concluir que no hay violación de las garantías fundamentales del procesado, en los términos en que éste lo ha propuesto, que obliguen a anular el proceso.

Ahora bien, tampoco se advierte una violación al derecho de defensa en el hecho de que el Tribunal se negara a recibir por cuarta vez la versión de la denunciante, en la medida en que el ejercicio de ese derecho no autoriza al acusado para exigir el recaudo de cuantas pruebas pueda imaginar o inventar, ni repetir las que ya obran en el expediente.

A ese respecto conviene tener en consideración que la denuncia se formuló el día de los hechos, 21 de abril de 1988; y que un mes después, el 20 de mayo, la denunciante dirigió al Tribunal Superior de Bogotá un memorial manifestando que el juez sí había practicado el allanamiento pero que no le había pedido dinero y que tal afirmación la había hecho porque así se lo había aconsejado un doctor Ramírez, a quien encontró cuando buscaba el Juzgado 52 de Instrucción Criminal y trataba de establecer qué ocurría con el allanamiento de su casa.

El 2 de junio siguiente, Amanda Forero rindió declaración, ratificándose en el contenido del escrito reseñado en precedencia y el 23 de septiembre de 1988, volvió a rendir versión jurada ante el Juzgado 34 de Instrucción Criminal, conforme a la comisión otorgada por el Tribunal con el fin de que se le interrogara sobre los motivos de la retractación y la individualización y localización del abogado Ramírez (fl. 54 C.O.). Es de anotar que en las versiones rendidas, Amanda Forero no aportó ni el nombre completo del doctor Ramírez ni el sitio en donde podía ser ubicado.

En tales circunstancias, asiste toda la razón al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá para mantener la negativa de hacer comparecer nuevamente al proceso a la denunciante, por cuanto ésta ya respondió a los interrogantes que la defensa pretende sean resueltos llevando a cabo otra diligencia. Ello, en la medida en que los elementos de convicción que supuestamente quiere aportar la parte acusada, ya se integraron al acervo de pruebas.

De otra parte, no es criticable que el juzgador, en ejercicio de su función de dirigir el proceso, discierna sobre la conducencia y procedibilidad de las pruebas cuya práctica se le demanda e impida la introducción de elementos que puedan distorsionar o entorpecer los objetivos de la acción penal; pero en cumplimiento de tales atribuciones tampoco le es dable restringir el derecho de contradicción y prueba que le asiste a un procesado.

En este proceso, se ha intentado establecer la causa por la cual la denunciante se retractó del cargo que por una petición de dinero formuló contra el ex juez Guevara Pinzón y que ella atribuye a un consejo que recibiera de un ciudadano a quien designa como el doctor Ramírez.

Al efecto se ha de convenir con el *a quo*, que la denunciante no ha aportado mayores elementos que permitan la individualización y ubicación del citado personaje, por lo que a la administración de justicia no le ha sido posible localizarlo; ello, sin embargo, no obsta para que la defensa por su parte colabore en la consecución de datos que permitan corroborar o infirmar los ya existentes en el proceso. Así las cosas, si bien ha sido el procesado o su apoderado y no la propia denunciante, los que lograron esclarecer la identidad y la ubicación del denominado "doctor Ramírez", quien, supuestamente, podría dar luz sobre uno de los cargos que, conforme al auto calificatorio, soporta el implicado, considera la Sala que ha de darse oportunidad a la defensa para allegar esta nueva prueba, sin que ello impida que posteriormente el fallador pueda valorar el grado de credibilidad que ofrezca el testimonio, habida cuenta de la versión circunstanciada que se le reciba.

De lo anterior resulta obvia la decisión de revocar el auto apelado en cuanto niega el recaudo del testimonio de "Carlos Ramírez", para disponer que se allegue a la causa.

Por el contrario, ninguna objeción puede formularse a la decisión de no revocar la orden de captura proferida contra el implicado, por cuanto tiene soporte en un pronunciamiento judicial que dispuso la medida de aseguramiento limitante de la libertad de locomoción, que no ha sido modificado. En consecuencia, aun cuando el peticionario sustente su solicitud discutiendo los argumentos que dieron lugar a que se le negara la libertad provisional, en tanto esta negativa tenga vigencia procesal, no es posible quitarle eficacia a la orden de aprehensión.

Con base en las precedentes argumentaciones, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Revocar el auto del 21 de abril de 1993, proferido en este proceso por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en cuanto deniega la solicitud de la defensa de recibir el testimonio de Carlos Ramírez, que por lo tanto, habrá de ser ordenada.

Confirmar las restantes determinaciones de la providencia impugnada.

Cúmplase y devuélvase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DOLO / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / *REFORMATIO IN PEJUS*

Intranquiliza sí, que a delitos de gravedad y a conductas ilícitas en donde se ha actuado con mucha intensidad en el dolo, con una preparación muy ponderada del delito, con el deliberado propósito de burlar y engañar a la justicia, se le otorgue al delincuente el beneficio de la condena de ejecución condicional, totalmente inmerecido e improcedente. Pero por haber sido el sentenciado en primera instancia el único recurrente, la Constitución y la ley impiden en segunda instancia y en sede de casación, hacer más gravosa la situación del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7892

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado por Acta número 60.

Santafé de Bogotá, D. C., julio seis (6) de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

El Tribunal Superior de Cundinamarca, en sentencia que lleva por fecha, junio 2 de 1992, confirmó la del Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, que condenó a Ramón Alberto Velasco Forero y a Mario Herrera Forero, a la pena principal de treinta y seis meses de prisión, como autores responsables del delito de *hurto calificado y agravado,* en bienes de los señores Mario Bosiga y Luis Francisco Ramírez; y a Fabián Darío García a la pena de dieciocho meses de prisión como cómplice del mismo reato.

En la providencia aludida se condenó a los procesados al pago en concreto de los daños materiales y morales causados con el delito.

A los sentenciados se les otorgó por el Juez de la primera instancia el subrogado de la condena de ejecución condicional, beneficio que se mantuvo por el Juez *ad quem* en acatamiento al principio de la no *reformatio in pejus* que consagra la Constitución Nacional.

Contra esta sentencia interpuso el defensor del sentenciado Ramón Alberto Velasco, el recurso extraordinario de casación que fue declarado admisible por esta Sala. Corresponde en consecuencia a la Corte pronunciarse sobre la impugnación propuesta, *ya que la acción penal no se había prescrito por tratarse de un delito de hurto calificado -artículo 350 del C.P.- y doblemente agravado. Artículos 351 y 372 del mismo estatuto.*

Episodio Procesal

Los hechos que dieron origen a la investigación, los refiere así el Tribunal en el curso de la providencia recurrida.

"Se sabe que en las horas de la madrugada del 20 de diciembre de 1984, a la altura del sitio conocido como, Alto del Sisga', fue interceptado el señor Roberto Pérez, cuando transportaba de Acerías Paz del Río (Belencito) con destino a la empresa Mallas y Refilados Ltda., de Bogotá, en una tractomula distinguida con las placas XK 5121, 182 chipas de alambre calibre 3/8 calidad A3 de amarre amarillo, por un campero del cual se bajaron cuatro o cinco individuos armados con revólveres y lo obligaron a entregar el vehículo, la carga, el dinero que consigo llevaba, para luego amordazarlo y trasladarlo a otro vehículo, posiblemente un Renault 12, en donde después de cierto recorrido fue atado a unos chamizos y amarrado con esparadrapo, y al dejar de ser vigilado por sus agresores, lograr desamarrarse y darse cuenta que lo habían abandonado en el mismo Alto del Sisga...".

Sólo debe agregar la Corte al anterior compendio, que según lo refiere el proceso, el mismo día de los hechos la tractomula hurtada y de propiedad de Bosiga y Ramírez, llegó a la ciudad de Bogotá, a la ferretería de Fabián Darío García, conducida por Héctor Mario Herrera Forero y allí éste señor dio en venta las 182 chipas de alambre que cargaba el vehículo. Meses después la tractomula fue encontrada en poder de Ramón Alberto Velasco Forero, medio hermano de Héctor Mario Herrera, y quien alegó ante la justicia haber adquirido legítimamente la propiedad del automotor, en un remate efectuado años atrás, en el Fondo Rotatorio de la Aduana de la ciudad de Cúcuta.

Los Juzgadores de primera y segunda instancia consideraron en sus sentencias, que el vehículo rematado por el procesado Velasco Forero en la ciudad de Cúcuta, una camioneta Custom de tres y media toneladas, no correspondía a la tractomula hallada en su poder, y de una capacidad de treinta toneladas. Este aspecto fáctico sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria, ahora recurrida en casación.

La Demanda de Casación

Diversos cargos formula el recurrente, todos al amparo de la causal primera de casación, por haber incurrido el fallador en su sentencia, en errores de hecho en la apreciación probatoria que llevan al quebranto de la ley de manera indirecta. Considera el censor que se incurrió por el Tribunal en apreciación errónea de algunas pruebas y en falta de estimación de otras.

Sostiene en un primer cargo, que el indicio de la posesión y tenencia sin justificación del automotor "...presentemente no tiene fundamento, porque el hecho indicador, identidad de tractocamión hurtado con el incautado a Ramón Alberto Velasco Forero, no está probado".

En la fundamentación de este reproche afirma el recurrente, que el Tribunal dio por establecida la identidad entre el vehículo hurtado y el hallado en poder del sentenciado, con apoyo en diversos testimonios que fueron tergiversados en su análisis y apreciación.

Dice que Estanislao Castiblanco, anterior propietario del vehículo hurtado lo reconoció por un motor más potente que le había colocado, por un daño en la persiana, por dos semáforos rectangulares, uno roto en la esquina, por una abolladura en el codo del exhosto, detalles que para el casacionista son imposibles de recordar a no ser por el interés del testigo que tenía reserva de dominio sobre el automotor.

Que el deponente Daniel Gutiérrez Orduz, soldador de oficio y quien había efectuado reparaciones al vehículo, lo reconoció por "detalles insustanciales, accidentales que el juzgador toma como definitivos y esenciales para la individualización del automotor..." incurriendo en el análisis probatorio en ostensibles falso juicio de identidad que constituye error de hecho.

Que en idéntico error incurre el valorar el testimonio de Carlos Julio Noy, mecánico de profesión y quien reparaba el vehículo y lo reconoce por datos muy accidentales y a quien sin embargo el Tribunal otorgó inmenso poder de convicción. Idéntica censura formula en relación con las versiones juramentadas de Miguel Vargas, folio 281, de Luis Francisco Ramírez y Mario Bosiga, quienes en concepto del actor reconocieron el vehículo por detalles accidentales insuficientes para identificar e individualizar el automotor.

Idéntica observación formula al dicho del mecánico Guillermo Alejo Guevara, quien también reconoció el vehículo como hurtado, insinuando que este deponente falta a la verdad en todas sus afirmaciones.

Insiste el recurrente que se tergiversó o distorsionó el testimonio del señor Reinaldo Santamaría, funcionario del Fondo Rotatorio de la Aduana de la ciudad de Cúcuta, ya que de su versión no puede deducirse como lo hizo el Tribunal, que el vehículo rematado en dicha entidad por el acusado, fuera diferente al encontrado en su poder, tiempo después.

Pasa luego el demandante a censurar al Juzgador, porque en su concepto dejó de apreciar determinados medios de convicción (prueba documental y técnica) que el sentenciado presentó a los autos para justificar la legítima posesión del vehículo.

Alega que obra en el proceso la fotocopia autenticada de la tarjeta de propiedad del automotor a nombre de Ramón Alberto Velasco, prueba documental de singular valor de convicción que el Tribunal no apreció al calificarla de falsa, sin que su poseedor haya sido condenado por este delito contra la fe pública, ya que el sumario iniciado en su contra por este motivo no ha concluido aún con sentencia que tenga el carácter de cosa juzgada, con lo cual "...se faltó al *non bis in idem* porque se invade una órbita competencial a la cual se renunció al no haber aceptado la conexidad y por tomar en cuenta providencias provisionales con exigencias probatorias mínimas para fundamentar una condena...". Por ello agrega, se cometió un ostensible error de hecho, al calificar estos documentos como falsos "...cuestión que debe dilucidarse en el proceso del Juzgado 59 de Instrucción y ...con providencias que hayan hecho tránsito a cosa juzgada no como las que adjunta y adjuntara la parte civil en su tic acusatorio y menos con las

cuantas piezas procesales atinentes de que habla el Tribunal para declarar falsos los documentos...".

Como prueba igualmente dejada de apreciar, cita el demandante "...el peritaje de Luis Alberto Lozano Ortiz y Jaime Barbosa Pardo que son favorables a Velasco. El primer dictamen dice que el tractocamión es modelo 9000 Custom Cab. año 79, entonces es diferente al de Bosiga y Ramírez...". Que pasó igualmente por alto la prueba pericial visible a los folios 151 y 152, que si se hubiese estudiado con detenimiento hubiera llevado a conclusión diferente a la adoptada por el juzgador, pues de este elemento de convicción no puede desprenderse que el vehículo examinado no correspondía al hurtado el 20 de diciembre de 1984.

Tampoco se tuvo en cuenta según el casacionista el peritaje rendido por Juan Carlos Sánchez sobre el chasis del vehículo recuperado que viene a fortalecer la versión que sostuvo el sentenciado en todo el proceso, en el sentido de que el tractocamión hallado en su poder, no corresponde al vehículo objeto material del delito contra el patrimonio. Dentro de este mismo capítulo afirma el demandante, que el Tribunal apreció como veraz el testimonio del Señor Jorge Enrique Serrano Peña, quien sostuvo ante la justicia, que él en ningún momento había vendido dicho chasis al acusado, cuando el deponente tenía interés en faltar a la verdad para no verse comprometido en el delito investigado.

Critica luego la apreciación probatoria del juzgador y afirma que no contó con suficientes elementos de juicio para concluir como lo hizo, que el vehículo rematado en la ciudad de Cúcuta por el acusado, era una Camioneta Ford 350, placa SAY-373 de Venezuela, placa serial y chasis AJF-37V-35856 y no la tractomula o tractocamión de treinta toneladas que más tarde fue hallado en su poder.

Con idénticos argumentos se refiere a los elementos de prueba que el Tribunal examinó y sopesó para afirmar que el trailer encontrado junto con el tractocamión era de propiedad de los señores Bosiga y Ramírez.

En su extenso libelo se ocupa luego el casacionista de los indicios examinados por el Tribunal para deducir la responsabilidad del acusado Velasco, como el haberse reputado dueño de automotor hurtado mediante el uso de documentos falsos, el matricular el vehículo con papeles espurios no inmediatamente después del supuesto remate, sino días después del hurto de la tractomula, el haber camuflado el vehículo, repintándolo y regrabándolo en sus números de identificación, el simular un contrato con Jorge Enrique Serrato, para tratar de justificar la posesión del vehículo, el aparecer el mismo día de la consumación del delito el señor Mario Herrera Forero, medio hermano del acusado, vendiendo el hierro o alambre, que transportaba el tractocamión hurtado y conduciendo el vehículo, para afirmar el recurrente que el Tribunal distorsionó la prueba, dio por demostrado el hecho indicador sin estarlo, expresando que en el proceso se ha jugado con la prueba indiciaria para deducir responsabilidad penal a su asistido. De ahí que concluya solicitando a la Corte casar la sentencia impugnada y en su lugar preferir sentencia condenatoria en favor de Ramón Alberto Velasco Guerrero.

El Ministerio Público

En meritorio escrito el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, porque no obstante el conocimiento que el

actor tiene acerca del ejercicio de la impugnación extraordinaria, en tratándose de la causal primera, no deja de transgredir las reglas que doctrinaria y jurisprudencialmente se tienen establecidas cuando se trata de contrarrestar el sustento probatorio indiciario de una sentencia.

Agrega la Delegada que "...consultada la realidad del fallo y analizado en conjunto el libelo acusatorio, no puede menos que concluirse lo irreal del ataque por lo sofístico del planteamiento y por ende la inexistencia de yerro alguno en el juicio del sentenciador que motivó la condena de los procesados acusados...". Y agrega:

"...En efecto: Sofístico es en criterio de la Delegada el desarrollo del cargo único endilgado, pues sabedor el actor que ninguna ilogicidad entrañan las sanas y bien encaminadas conclusiones sentenciadoras y como tal, imposibles de cuestionar en casación, porque ello acarrearía inexorable la tacha de la demanda, intenta con argucia salvar el obstáculo acusando una serie de yerros probatorios, recaídos, según él, en los medios de convicción que sirvieron de base para tener por demostrada la prueba del hecho indicador y de suyo, de todos y cada uno de los indicios sustentadores del fallo censurado...".

"Véase no más -sigue diciendo el señor Procurador- la sutileza argumentativa encausada para intentar poner en razón el presunto error de hecho que achaca por falso juicio de identidad en el análisis de los testimonios que cita y con los que afirma se valió el sentenciador para inferir demostrada la identidad del automotor hurtado con el recuperado. Es que, pese a argüir tergiversación o alteración en el contenido material de las afirmaciones de esos testigos, su inconformidad, es lo cierto, no es tanto porque en realidad esto haya ocurrido, sino porque se les otorgó una credibilidad que no merecían o que por lo menos se mermaba, pues éstos apenas se limitaron a relatar en sus versiones datos muy "accidentales", de identificación y reconocimiento del vehículo de propiedad de los señores Bosiga y Ramírez, sin que para el colmo, el Tribunal no haya caído en cuenta de la sospechosa memoria de algunos deponentes y de la habilidad de otro en su deposición...".

Pasa luego la Delegada, con fundamento en la anterior premisa, a demostrar la ausencia de cualquier error de hecho en la apreciación probatoria y con extensa transcripción de apartes de la sentencia del Juez de la primera instancia, pone en evidencia el inmenso caudal probatorio, que analizado en conjunto y con acierto, sirvió de sustento a la sentencia de condena. Los elementos de juicio permiten afirmar con certeza que la tractomula encontrada en poder del acusado, y recuperada para sus legítimos dueños, fue el mismo vehículo cuyo ilícito apoderamiento dio origen a la investigación penal.

Por eso agrega el Ministerio Público, que todo el ataque se reduce a un enfrentamiento de criterios en relación con la apreciación y valoración del acopio probatorio, "...pretendiendo el actor que triunfe su particular opinión sobre la del sentenciador".

Concluye su meritorio concepto la Delegada, expresando que los cargos formulados a la demanda carecen de fundamento y son contrarios a la verdad demostrada en el proceso, viéndose por ello obligado el actor "...a la utilización de malabarismos en el tratamiento de la prueba..." para atacar una sentencia bien acabada, ausente de vicio alguno". De ahí que se permita sugerir a la Corte, no casar el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte

Prolijo en extremo fue el demandante en el examen de la prueba testimonial e indiciaria, en un porfiado intento por demostrar que se había incurrido por el sentenciador en errores de hecho, en la apreciación y valoración de la prueba aportada al proceso. Pero como bien lo pone de presente la Procuraduría Delegada, todo ese esfuerzo estuvo encaminado a sacar adelante sus puntos de vista, a oponer su criterio al adoptado por los jueces en las dos instancias, sin que pudiera de manera alguna demostrar el pretendido error ostensible y manifiesto, en la interpretación que de la prueba hizo el sentenciador.

Toda la labor del casacionista se limita a un minucioso análisis de la prueba testimonial, técnica e indiciaria, para tratar de desvirtuar su credibilidad, tachando a unos testigos de mendaces, a otros de interesados, criticando a unos por su buena memoria, recalcando en pequeñas y aparentes contradicciones, encontrando divergencias de palabras, pero sin que en forma alguna pueda demostrar error en el juicio del juzgador, cuando calificó a los declarantes de espontáneos y sinceros.

Es verdad que existe prueba documental en el proceso e incluso prueba pericial que favorece los intereses del acusado; pero estos elementos de convicción no fueron desconocidos por el juzgador, sino por el contrario, examinados con especial cuidado y desechados por la evidente falsedad que de ellos podía pregonarse y que dio por establecida el juzgador con apoyo en los elementos de juicio que obraban en autos y sin que fuera necesario como lo pretende el demandante, que existiera en el proceso copia de la sentencia ejecutoriada en tal sentido. En síntesis no aparece el error grave, manifiesto, decisivo que hubiesen cometido los juzgadores en la apreciación de la prueba y que justifique la crítica que hace el demandante pretendiendo la casación del fallo.

La lectura atenta de las sentencias y de los elementos de juicio que obran en el proceso ponen en evidencia que el planteamiento formulado por el actor resulta equivocado y sin ningún fundamento, por cuanto los autos pregonan sin duda alguna, la realización del hecho punible y la plena responsabilidad del sentenciado Alberto Velasco Forero.

Se sabe con absoluta certeza que el 20 de diciembre de 1984, mediante el empleo de las armas, varias personas se apoderaron de la tractomula marca Ford de placas XK 5121, modelo 1971, chasis y serial V90LVX45657 con capacidad de treinta toneladas y cargada con 182 rollos de alambre o de hierro, vehículo de propiedad de los señores Bosiga y Ramírez.

Ese mismo día de la consumación del delito, la tractomula llega a la ferretería de Fabián Darío García, conducida por un medio hermano del acusado, el coprocesado Mario Herrera Forero y allí este señor vende el alambre que después fue perfectamente identificado por venir marcado con pintura amarilla en sus amarres y rollos. En este mismo sitio los señores Alfonso Castillo, Guillermo Hernández, Paciente Ochoa y Jaime Aldana quienes descargaron el hierro, reconocieron el vehículo como el de propiedad de los señores Bosiga y Ramírez y se extrañaron de que no estuviera manejado por la persona que siempre lo conducía, es decir, Roberto Peña, sino por un individuo para ellos desconocido.

La tractomula sustraída había sido vendida por la empresa Diesel de Colombia a Manuel Prado, que una vez recuperada la reconoció como la adquirida por él y vendida al señor Estanislao Castiblanco. A su vez el señor Castiblanco la reconoció igualmente y afirmó bajo juramento que ese tractocamión lo había vendido a Mario Basiga y Luis Francisco Ramírez.

El sentenciado Velasco Forero, afirmó ante la justicia, que había adquirido la tractomula encontrada en su poder, varios años atrás, en un remate efectuado en el Fondo Rotatorio de Aduanas en la ciudad de Cúcuta. Pero se estableció a plenitud que el vehículo adquirido por el procesado, había sido un camión o camioneta Ford, Custom 350, con placas SAY 373 de Venezuela, con serial AJF-37V-35856, de tres y media toneladas de capacidad de carga, como se acreditó por prueba documental irrefutable y los testimonios juramentados de los señores Juan Fernández, Jefe de Bodega del Fondo Rotatorio, y quien efectuó el remate y Reinaldo Santamaría empleado de la misma entidad que entregó el vehículo.

El señor Juan Fernández Jefe de Bodega del Fondo, manifestó igualmente bajo juramento y al serle puestas de presente varias fotografías de la tractomula hurtada, que esa clase de vehículo en ningún momento había sido rematado por dicho Fondo y que no correspondía en modo alguno a la camioneta adquirida en pública subasta por el señor Velasco.

Prueba pericial de especial poder de convicción, puso de presente que la tractomula, después de consumado el hurto, fue regrabada, limando el número original y colocándole como número de serie uno que se acomodara a la camioneta rematada en el Fondo Rotatorio, patraña dolosa que trataron de perfeccionar repintando el automotor. Pero los peritos para bien de la justicia, pudieron establecer la regrabación y descubrir buena parte del número original que identificaba a la tractomula, así como con un raspado pudieron encontrar el color marrón original del vehículo, bajo la pintura gris perla con que recientemente había sido pintado procurando su ocultamiento.

Varios mecánicos que observaron la tractomula sustraída, pudieron reconocerla como la de propiedad de los señores Basiga Ramírez, por varias reparaciones que le habían efectuado y por implementos adicionales colocados por ellos.

Por si esto fuera poco, también fue encontrado en poder de Velasco, el trailer de la tractomula, que fue perfectamente identificado como el correspondiente al vehículo hurtado. A pesar de haber sido igualmente remarcado, aquí Velasco quiso justificar la posesión de dicho trailer, afirmando que lo había adquirido por compra que hiciera a Jorge Enrique Serrato Peña, declarante que niega cualquier negociación con Velasco y a quien el demandante en vano esfuerzo califica de mendaz, afirmando que ha faltado a la verdad para eludir su responsabilidad ante la justicia.

Llama también poderosamente la atención, que la tractomula, una vez regrabada y pintada de diferente color, fue matriculada al mes de hurtada mediante el empleo de papeles falsos, pretendiendo hacerla pasar como la camioneta rematada en la Aduana de Cúcuta, tres años atrás. Razón le asiste al juzgador cuando no acepta que una camioneta rematada en 1982, sólo viniera a ser matriculada tres años después.

Por eso con justa razón y después de un meritorio y detenido estudio de este rico, variado e irrefutable caudal probatorio, el Tribunal arriba a la certeza sobre la responsabilidad penal del sentenciado Velasco, en estos términos que la Corte comparte:

"...Ramón Alberto Velasco Forero, participó en la comisión del hecho delictivo. Su utilidad iba dirigida a la tractomula hurtada. Una vez se logró la consumación de la conducta, tomó el automotor, acudió donde expertos técnicos, le hizo borrar las improntas que lo identificaban para reemplazarlas por los guarismos de otro vehículo que él adquirió años atrás en la ciudad de Cúcuta por remate efectuado en la Aduana; exactamente se trataba de un camión o camioneta Ford 350, modelo 79 color gris perla, con placas de Venezuela SAY-373.

Además, sabía que como ese carro era de contrabando, pero por el acta de remate y grabación, que en materia aduanera suple la declaración de despacho para consumo, si algún día tenía problemas con la justicia relacionados con el tractocamión hurtado y al cual se le puso los guarismos de identificación de aquél rodante, creyó que el acta de remate y grabación, también adulterados apócrifamente, le servirían para solucionarlos. Adulteró entonces la identificación original de la tractomula, para colocarle casi todas las características del camión Custom 350, modelo/79, color gris perla; luego adulteró también el trailer, le cambió los sistemas de identificación con la desafortunada (sic) que el esmerilado no fue tan profundo como sucedió con el automotor, que fue descubierto por expertos técnicos de la Sijín, al aplicar sobre la superficie borrada un componente químico que arrojó el número original del trailer, tratándose del mismo con que se distinguía el original del hurtado. Logró su objetivo cuando efectivamente en las oficinas del INTRA en Bogotá, luego de gestionar con astucia toda esa patraña, le autorizan la matrícula, tanto del automotor como de trailer, adjudicándosele las placas de circulación SF 3042. Lo que nunca pensó es que se descubriera, gracias a la omisión de algunos detalles, toda su artimaña y mal proceder...".

"...Esto no es imaginación; son las bases sólidas que se adquieren con absoluta certeza, después de un juicioso y detallado análisis del material probatorio...".

Por las anteriores consideraciones, sin necesidad de mayor esfuerzo dialéctico se llega a la conclusión de que el cargo formulado al amparo de la causal primera de casación es a todas luces improcedente y no puede prosperar. Las observaciones del casacionista sobre presuntos errores del juzgador en la apreciación probatoria, carecen de fundamento ya que el juicioso planteamiento contenido en la sentencia del Tribunal, para afirmar la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado, está acorde con la realidad procesal y con los preceptos legales que regulan la materia.

Así las cosas, aparece claro que el juzgamiento fue correcto y acertado y que en consecuencia como lo sostiene el señor Procurador, el fallo impugnado debe mantenerse.

Intranquiliza sí, que a delitos de esta gravedad y a conductas ilícitas en donde se ha actuado con tanta intensidad en el dolo, con una preparación tan ponderada del delito, con el deliberado propósito de burlar y engañar a la justicia, se le otorgue al delincuente el beneficio de la condena de ejecución condicional, totalmente inmerecido e improcedente. Pero como bien lo anota el Tribunal Superior, por haber sido el sentenciado en primera instancia el único recurrente, la Constitución y la ley impiden en segunda instancia y en sede de casación, hacer más gravosa la situación del procesado.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en total acuerdo con el meritorio concepto del Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

No casar la sentencia proferida en contra de Alberto Velasco Forero, y otros, condenados por el delito de hurto y que ha sido objeto de esta impugnación extraordinaria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE REVISION

La acción de revisión es un instrumento extraordinario que permite dejar sin efecto la consecuencia del principio de la cosa juzgada que ampara las decisiones judiciales definitivas. Ello implica rigor en la exigencia no solamente de la causal que se invoque, sino además, y muy particularmente, de la prueba aducida para la demostración de los hechos básicos de la petición; no es pues un alegato más de instancia, sino un mecanismo extraordinario provisto de una técnica que en manera alguna puede ser soslayada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8530.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado por Acta número 60.

Santafé de Bogotá, D. C., julio seis (6) de mil novecientos noventa y tres (1993).

El procesado Heriberto Martínez López, condenado por un juzgado competente y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la Capital a la pena principal de cinco (5) años de prisión y multa de diez salarios mínimos, por almacenar y conservar ilegalmente cocaína y armas de defensa personal, mediante defensor acude a la acción de revisión para lo cual presenta la demanda cuya viabilidad examina la Corte a continuación.

Antecedentes Inmediatos

Los hechos por los cuales fue condenado el procesado de la referencia, los refirió el juzgado de primera instancia de la siguiente manera: "En operativo iniciado por miembros de la Dijin Grupo Antipiratería a fin de hallar una mercancía que había sido hurtada, se ubicó parte de ella en una bodega del barrio Luis Carlos Galán de esta ciudad, en la calle 92 N° 91B-02; allí mismo se encontraron varias armas de fuego, bolsa con una sustancia pulvurulenta que luego al ser estudiada arrojó un resultado positivo para cocaína, además de lo anterior, se hallaron unas joyas y dinero en efectivo. Lo anterior, fue encontrado en la habitación del señor Heriberto Martínez López, quien al parecer

hacía poco había estado consumiendo de aquella sustancia y quien tenía tres salvoconductos para algunas de las armas allí guardadas".

Adelantada la correspondiente investigación, se demostró que un señor Bernardo había dejado a guardar en la bodega de Martínez López un cargamento de productos fungibles dentro de los cuales, concretamente en un bulto de ají, halló éste las armas y la sustancia estupefaciente, sacando de allí dichos objetos y guardándolos en su habitación sin enterar de ello a la autoridad, como era su deber. Por esos hechos fue condenado en primera y segunda instancia, en la forma ya indicada.

Posteriormente, en un proceso al parecer por el delito de hurto del camión y la mercancía, fueron vinculados Martínez López y Bernardo Aguirre Castaño, en cuya audiencia pública verificada el 10 de febrero de 1993 este último admitió haber sido la persona que condujo el camión desde Villavicencio donde se lo entregó un tercero, y cuya carga dejó donde Martínez López junto con las armas que llevaba y el bazuco que una señora entregó a ese tercero en la carretera, prometiéndole a su amigo pagarle treinta mil pesos de bodega y recoger la mercancía al día siguiente, cosa que no ocurrió así por problemas sobrevinientes.

La Demanda de Revisión

En ejercicio del poder conferido en forma expresa por el sentenciado de la referencia, la doctora Liliana del Socorro Hoyos Giraldo, con invocación de la causal 3ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, demanda la revisión de la sentencia condenatoria proferida contra su poderdante por haber aparecido con posterioridad a la misma "una prueba nueva no conocida y demostrativa de la inocencia del procesado".

Como fundamentación de su aserto dice: "Al plenario de la investigación se allegaron un sinnúmero de pruebas; pero en manera alguna se recepcionó testimonio o se vinculó como posible partícipe o autor de los hechos al señor Bernardo Aguirre; muy por el contrario jamás fueron aceptadas las explicaciones brindadas por mi defendido y se consideró la existencia de éste como fantasiosa y como un invento del sindicado en su ánimo por evadir su responsabilidad penal; pero finalmente y aplicando la máxima popular que reza 'la justicia cojea pero llega' fue así como casi un año más tarde el propio Bernardo Aguirre es quien confiesa ante el Juzgado 16 Penal del Circuito de esta ciudad ser autor o partícipe de los hechos por los cuales fuera condenado mi defendido.

"Estoy completamente segura que de haber existido esta prueba al momento de proferirse el fallo por los delitos anotados, éste necesariamente sería favorable a mi cliente; toda vez que nada tuvo que ver en el asunto y como lo manifiesta el agente del Ministerio Público en la audiencia celebrada ante el Juzgado 16 Penal del Circuito mi Cliente se limitó a querer ganarse unos pesos.

"Petición. Demostrado como ha quedado que se profirió una sentencia condenatoria en contra de Heriberto Martínez López por unos delitos que él no cometió, ni en los cuales tuvo ningún tipo de participación; le solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal que declare fundada la causal 3ª del artículo 232 del C. P. P. y que declare sin valer la sentencia motivo del presente recurso...".

Consideraciones de la Corte

La acción de revisión, le ha dicho insistentemente esta Corporación, es un instrumento extraordinario que permite dejar sin efecto la consecuencia del principio de la cosa juzgada que ampara las decisiones judiciales definitivas. Ello implica rigor en la exigencia no solamente de la causal que se invoque, sino además, y muy particularmente, de la prueba aducida para la demostración de los hechos básicos de la petición; no es pues un alegato más de instancia, sino un mecanismo extraordinario provisto de una técnica que en manera alguna puede ser soslayada. Examinada la demanda con la óptica anterior, encuentra la Corte que ésta no reúne esas exigencias. En efecto, la pretensión concreta del escrito es remover el fallo condenatorio por haber aparecido una prueba, no conocida con anterioridad, demostrativa de la inocencia del procesado, es decir, que el fallo fue equivocado porque "condenó a Heriberto Martínez López por unos delitos que él no cometió, ni en los cuales tuvo ningún tipo de participación".

Siendo estos concretamente los hechos alegados, la prueba aportada de conformidad con la exigencia 4ª del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, no puede ser otra que aquella que los demuestre; e innegablemente, la prueba aducida en la demanda -la confesión de Bernardo Aguirre-, lo único que demuestra es que dicha persona cometió un hecho punible distinto, desde luego, al que la justicia le dedujo al sentenciado cuya revisión se propone, pero jamás la inocencia de éste.

Al examinar las sentencias aportadas con el libelo, se constata que no es cierto que la justicia no le creyera al sindicado su versión acerca de la persona que le dejó en la bodega el cargamento donde en uno de los bultos se hallaban, según el dicho del procesado, las armas y la droga de prohibido comercio cuya tenencia fue objeto de la sentencia, tipificando conducta distinta a la que ahora confiesa el otro procesado -se refiere éste a transportar ilegalmente armas de defensa personal y cocaína, en tanto que a Martínez López se le condenó por almacenar y conservar dichos objetos-. En efecto, dijo así el fallo de primera instancia:

"Pues bien, pudo ser cierto, que dicho señor Bernardo dejara allí la mercancía hurtada para que se la guardaran, pues de todas maneras se ha probado la existencia de dicha persona y su participación al dejar los mencionados objetos teniendo los comentarios al respecto de los señores Hermes y Yesid, personas que estaban al momento de hacer el descargue en la bodega y quienes advirtieron que se trataba en su mayoría de alimentos. Además, no se debe olvidar que gracias al teléfono que dio el sindicado, se llegó hasta el lugar donde aparentemente residía dicho individuo, pudiendo conversar y escuchar en versión a la que en algún tiempo fuera su compañera habitual.

"Pero lo anterior, no se puede aceptar de ninguna manera para justificar el hecho de tener consigo, el procesado, ni las armas, ni la sustancia decomisada. Este ha dicho que al revisar los bultos de ají halló tales elementos, que los llevó a su habitación y procedió a llamar a un amigo suyo que trabaja en la Procuraduría, de nombre Carlos Armando Velásquez, para informarle sobre su hallazgo, y que éste le respondió que pasaría por su casa para mirar y conversar sobre el asunto; pero esto no es cierto, pues el señor Velásquez, compareció ante el despacho del Juez Instructor y se le escuchó en declaración, en la cual reconoció ser amigo o conocido del sindicado por razón de haber ido en varias oportunidades al negocio de éste y haber ingerido allí licor; de la misma

forma reconoció haber conversado con él telefónicamente pero cuando Martínez López ya se encontraba en la Dijín, esto es, detenido, más no como lo atirmó éste, desde su casa, con el compromiso de ir hasta allí a tratar el asunto. Inclusive, el señor Velásquez, se desplazó hasta la Dijín, donde se le informó que Martínez López había sido trasladado y no se encontraba en esas dependencias. Esto, como es obvio, no es más que un indicio de mentira y mala justificación en contra del sindicado, quien sin pensarlo dos veces, debió informar a las autoridades sobre su hallazgo y no involucrar a una persona que ninguna incidencia tuvo en el hecho, demostrando así, que su excusa de haber esperado hasta que su amigo llegara, no encuentra asidero, pues como ya se dijo, su charla telefónica sólo tuvo lugar hasta cuando ya estaba detenido".

Por su parte, el Tribunal al prohijar el anterior criterio y precisar que la conducta atribuida al procesado es la descrita en la norma pertinente con los verbos "almacenar" y "conservar", dijo: "...es un hecho aceptado, sin discusión, que tanto las armas como la sustancia estupefaciente, fueron encontradas por la autoridad en la habitación del procesado, resultando, en tales condiciones, el cargo endilgado, o la conducta atribuida, ostensible, al menos de manera indirecta, sin que sea necesario hacer mayores elucubraciones jurídicas para llegar a entender tal concepto".

Así las cosas, resulta claramente inepta la demanda a los fines propuestos, pues al no demostrar la prueba aducida, la inocencia planteada, resulta claramente inútil su trámite, por lo que el rechazo *in limine* se impone.

De otra parte, como no hay constancia de que se hayan ordenado las copias pertinentes para la investigación oficiosa del delito confesado en el acta que se aportó como prueba, se procederá a ello.

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

RESUELVE:

1. *Reconocer* a la doctora Liliana del Socorro Hoyos Giraldo como defensora del señor Heriberto Martínez López, en los términos y para los fines indicados en el poder a ella conferido.

2. *Rechazar in limine* la demanda de revisión presentada contra la sentencia de la referencia que profirieron contra el señor Heriberto Martínez López un Juzgado competente y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, condenándolo a la pena principal de cinco (5) años de prisión y multa de diez salarios mínimos como autor material de un delito tipificado en la Ley 30 de 1986 en concurso con el de porte ilegal de armas de defensa personal.

3. Compulsar copias del acta de audiencia aportada y de este proveído y enviarlas a la Unidad de Fiscalías correspondientes para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge E. Valencia M.*

Rafael Cortés Carrasco, Secretario.

DICTAMEN / NULIDAD / ERROR DE HECHO

Que no se haya practicado un dictamen para establecer antiprocedencia de los documentos, no conforma en modo alguno error de hecho por falso juicio de identidad sino que conformaría una nulidad por falta de prueba.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7721.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado por Acta número 60.

Santafé de Bogotá, D. C., julio seis (6) de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de abril 3 de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó al abogado Luis Ernesto Rubio Vivas a 20 meses de prisión por el delito de abuso de confianza.

Hechos y Actuación Procesal

1. José Adán Perdomo Núñez trabajaba en la empresa "Paños Vargas Ltda.", de donde fue despedido el 31 de marzo de 1990, quedándole a deber unos sueldos y las prestaciones sociales.

Contrató para su cobro, Perdomo Núñez, al abogado Luis Ernesto Rubio Vivas, quien efectivamente presentó la respectiva demanda laboral, optando entonces la empresa demandada por conciliar, cosa que hizo en la Inspección Primera del Trabajo de la División del Tolima, siéndole, pues, girado al abogado de Perdomo Núñez, doctor Luis Ernesto Rubio Vivas, el cheque número 5729066 del Banco de Colombia por la suma de $1.800.000.00, dinero del cual Rubio Vivas no participó en ninguna medida a su poderdante Perdomo Núñez.

2. La citada conciliación tuvo ocurrencia el 2 de noviembre de 1990, y entonces el 13 de ese mes Perdomo Núñez formuló la respectiva denuncia penal por abuso de confianza, anexando la documentación correspondiente (fls. 1 y ss.-1).

El Juzgado 6º de Instrucción Criminal de Ibagué abrió investigación, amplió la denuncia y oyó en indagatoria al denunciado quien dijo que Perdomo Núñez le vendió los "derechos litigiosos" por $150.000.00 alegando que estaba en la urgencia de cancelar una obligación, pero como la empresa demandada finalmente le giró el nombrado cheque, él le dejó en la oficina a Perdomo Núñez uno suyo por $900.000.00, los cuales correspondían a la mencionada venta de los derechos y $ 750.000 restantes a manera de "donación", por lo que el poderdante había colaborado para efectos del pleito. Afirmó que ese cheque no fue recibido por Perdomo Núñez, quien en cambio procedió a denunciarlo. Citó como testigos de la negociación llevada a cabo con su cliente, a Efraín Narváez Bastidas y a Carlos Alirio Valencia Vivas, de quienes aportó sendas constancias dando fe de lo ocurrido (fls. 39 y ss.). Se recibieron unas declaraciones, entre ellas las de los mencionados individuos, quienes efectivamente detallaron la aludida negociación de los derechos litigiosos. Es de anotar que Valencia Vivas es pariente del sindicado y dijo que el valor de la negociación fue de $250.000.00 (fls. 57 a 60).

3. El Juzgado resolvió la situación jurídica de Rubio Vivas con medida de aseguramiento de caución que, apelada, fue enteramente confirmada por el Tribunal de Ibagué (fls. 79 y ss.).

Cerrada la investigación, se la calificó con resolución acusatoria por el delito de abuso de confianza (fls. 195 y ss.), pasando luego el proceso al Juzgado 2º Penal del Circuito de Ibagué, el que celebró la audiencia pública el 31 de octubre de 1991 (fls. 227 y ss.) y dictó sentencia de 20 de noviembre de 1991, mediante la cual, en armonía con la acusación, condenó al doctor Rubio Vivas a la pena principal de 20 meses de prisión y multa de $ 80.000.00, a la pena accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, y al pago de los perjuicios concediéndole la condena de ejecución condicional (fls. 274 y ss.).

Esa providencia fue apelada por el defensor, para que se absolviera al procesado y por el apoderado de la parte civil, quien mostró inconformidad con el monto de los perjuicios.

El Tribunal Superior de Ibagué, en fallo que recurrió en casación el acusado, le impartió total confirmación. Dicha Corporación reiteró el rechazo a los dos testigos citados por el sindicado, dándole en cambio plena credibilidad al denunciante (fls. 21 y ss.-2).

La Demanda

Alega la casacionista violación indirecta de la ley, por falta de apreciación de algunas pruebas, circunstancia que "se aprecia cuando en las consideraciones tanto el Juzgado de conocimiento como la Sala de Decisión del Tribunal de Ibagué, ignoraron en su real dimensión las declaraciones rendidas por los señores Efraín Narváez Bastidas y Carlos Alirio Valencia" (fl. 26 Cdno. Corte), y agrega:

"No es posible que tanto el Juzgado de conocimiento como el Tribunal de Ibagué hubieran descalificado estos testimonios por la sencilla razón de ser 'demasiado locuaces y precisos en un hecho que para ellos se supone intranscendente, aportando datos y detalles que sólo el específico interés permite grabar y recordar'. Es precisamente

la fidelidad, exactitud y la coherencia las características que han de tener unos testimonios para que ofrezcan plena credibilidad y aceptación en un debate procesal en donde precisamente habrá de adelantarse el mismo basado en medios probatorios que lleven al establecimiento de la verdad de lo ocurrido" (fl. 27).

Concreta el ataque así:

a) Se refiere a la declaración de Narváez Bastidas para sostener que merece total credibilidad, y precisa:

"En fin señores Magistrados, esta declaración que obra a folios 260 vuelto y ss., en nuestra opinión no merece los calificativos que los juzgadores le han irrogado, pues como se puede apreciar, no por el hecho de que coincida en su gran mayoría con las circunstancias que nuestro poderdante narró en su debida oportunidad puede tacharse de falsa o cuando menos de imprecisa, forzada y sospechosa".

"Echamos de menos también las razones 'jurídicas' para que el juzgador no la hubiere tenido en cuenta, pues aparte de su exactitud no aparece nada que nos indique la razón de la censura y en cambio sí es un atentado flagrante contra ese medio probatorio que precisamente cobra su importancia en lo exacto y fiel de su contenido.

"Por ello creemos con el debido respeto, señores Magistrados que el haber ignorado el valor de esta declaración ha llevado a proferir un pronunciamiento alejado de la realidad y por consecuencia adverso a los intereses de nuestro representado" (fl. 28).

b) Con respecto al testimonio de Valencia Vivas dice que no se estableció el grado de parentesco con el procesado, y que dicho testigo narra fielmente la entrevista que tuvo Perdomo Núñez con aquél.

"Si acogemos este planteamiento -dice a fl. 29-, tendríamos que llegar a la triste conclusión de estar abogando por la inexactitud y mentira en las declaraciones judiciales y creemos, respetuosamente, que esa sería una tesis bastante peligrosa.

"No podemos desconocer sendos medios probatorios con el sencillo argumento de que porque coinciden con la versión, en este caso, del sindicado, deben ser ignorados".

c) Dice que el sentenciador ignoró las dos certificaciones firmadas por los mencionados testigos y que aluden a la negociación de "los derechos litigiosos", pues es apenas una suposición el que fueran hechas en la oficina del abogado, como sostiene el fallo. Dice que en ese sentido falta el peritaje de rigor.

Como normas violadas cita el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal de 1987 y el artículo 358 del C. P. -por aplicación indebida- e insiste en que la sentencia impugnada "es violatoria de la ley sustancial por vía indirecta y en virtud de manifiesto y ostensible error de hecho en el análisis de las pruebas aportadas al proceso..." (fl. 32), por lo cual pide la casación del fallo.

Impetra en esas condiciones, la absolución del procesado.

Concepto del Procurador

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice, en primer término, que la casacionista se equivoca al hacer referencia al nuevo Código de Procedimiento Penal, cuando invoca las causales previstas en el artículo 220 del citado estatuto, pues dada la

fecha de la audiencia pública, el que aquí opera es el anterior (artículo 13 transitorio del mencionado Código), pero que esa falencia, a la larga intranscendente, no es la que torna imprósperа la demanda, sino las siguientes, que tienen que ver con la técnica de este recurso extraordinario.

Las pruebas que cataloga la actora como ignoradas (testimonios de Narváez Bastidas y Valencia Vivas), en realidad no lo fueron; "...lo que ocurre -dice- en verdad es que los falladores, sí estimaron las probanzas, pero bajo un análisis y valoración diversa a la efectuada por la recurrente y lógicamente arribando a conclusiones contrarias y contra las cuales ésta expresa su inconformidad..." (fl. 40).

En consecuencia, estima que anuncia la actora un error de hecho y desarrolla uno de derecho por falso juicio de convicción, respecto del cual "no sobra insistir en que si se adopta el sistema de libre convicción en materia de pruebas, como ocurre en nuestro Código de Procedimiento Penal (artículo 254), es imposible invalidar el fallo sobre la base de criterios de valoración probatoria, pues desde que no se rompa la lógica, la ciencia y las reglas de la experiencia social, los mismos resultarán criterios legítimos de valoración probatoria" (fl. 41).

Dice que, en ese orden de ideas, citar como violados preceptos procesales, y especialmente el artículo 295 del anterior Código de Procedimiento Penal (reglas para apreciar el testimonio), sólo tiene cabida en tratándose de error de derecho.

En cuanto a la falta de dictamen referido a las constancias suscritas por los mencionados testigos, dice que ese sería un reproche argüible por la vía de la nulidad, y no por error de hecho, aparte de que la censora se limita a postular esa idea, sin demostrar su incidencia en el fallo de condena que ataca.

Pide, pues, no casar el fallo.

Consideraciones de la Corte

Sostiene la actora que el sentenciador no tuvo en cuenta las declaraciones de Efraín Narváez Bastidas y de Carlos Alirio Valencia Vivas, las dos personas citadas por el procesado Luis Ernesto Rubio Vivas, como testigos de que el cliente José Adán Perdomo Núñez le vendió en $150.000.00 los derechos litigioso-laborales. Como concluyó la Delegada, esas pruebas sí fueron consideradas, pero precisamente para rechazarlas. El juzgador de primer grado dijo al respecto en el fallo:

"Otro aspecto que se debe hacer notar aquí, es el que tiene que ver con las certificaciones que le expidieron Efraín Narváez Bastidas y Carlos Alirio Valencia, quienes, como presuntos testigos de la negociación habida entre abogado y cliente y que a la postre, en deposiciones juradas, se muestran locuaces y precisos, en un hecho que para ellos se supone intranscendente, aportando datos que sólo el interés específico de una persona permite recordar.

"En estas circunstancias, frente a la crítica del testimonio, resultan demasiado colocadas y sospechosas esas versiones; pero como bien lo destaca la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué en su providencia de febrero 28 de los corrientes (confirmatoria de la medida de aseguramiento): La que más suscita rechazo es la

segunda, no sólo porque proviene de un familiar del ofendido (sic. es del procesado), sino por las razones que de su dicho da afirmando que su capacidad de memorizar la ha adquirido como fotógrafo no obstante su profesión ser la de conductor de bus, y que por ello fue que tomó atenta nota de lo ocurrido en las oficinas del doctor Rubio Vivas; sin embargo, toda su capacidad de observación se viene al suelo cuando no advierte que su 'certificación', dice que 'dicha venta de derechos, fue pactada por las partes en la suma de $150.000.00, sefarando que cualquier suma superior resultante, sería exclusivamente a favor del comprador de los derechos, renunciando el vendedor a cualquier otra contraprestación...', mientras que en su declaración rendida en pocos días la suma acordada, ya no es esa, sino la 'de doscientos cincuenta mil pesos, y que fue en la que finalmente se negoció el pleito' (fls. 282 y 283, paréntesis de la Sala).

Por su parte, el Tribunal acogió expresamente los copiados planteamientos (fl. 32 2). Folios atrás había rechazado concretamente la versión del procesado en ese mismo sentido. Dijo así esa Corporación.

"La versión del procesado de que actuó conforme a derecho, es irreal. Su defensa estructurada en un contrato de compraventa de derechos litigiosos y *en una imaginaria donación*, no obtuvo respaldo probatorio en el contexto investigativo, porque no existe prueba escrita del presunto contrato, ni manifestación, así sea incipiente, de la mentada donación. Lo argüido por el procesado se consume en el dislate, además de los escudos que exhibe para ocultar la realidad de los hechos, no son más que diques deleznables, edificados sobre una entelequia" (fl. 30).

Como se ve, sí se tuvo en cuenta ese par de declaraciones, de donde emerge que la casacionista parte de un supuesto fáctico no existente y en esas condiciones resulta apenas obvio que un cargo *sin sustrato* real no puede prosperar.

Se aprecia claro, de otro lado, que la censora se confunde al tildar de no consideradas (error de hecho que plantea) unas pruebas que, por el contrario, sí fueron *pero descartadas en cuanto a su credibilidad*, cosa muy distinta, y que, como observa la Delegada, conformaría (ese rechazo) un error de derecho por falso juicio de convicción, no alegable ante la ausencia de tarifa legal, es decir, la no presencia de una norma que expresamente diga qué valor en concreto se le debe dar a un elemento de juicio, en este caso a la declaración. En el evento de que se quiebre la sana crítica, la lógica que prevé el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, citado por la demandante, tiene dicho la jurisprudencia que se caería en un error de hecho por falso juicio de identidad. Debe entonces, en ese último supuesto, que tratarse de un error ostensible, palpable a primera vista, como producto del capricho y/o del arbitrio del sentenciador: por esas razones de *objetividad* es que sería un error de hecho, que no se da en este caso, por cierto.

En cuanto a un último reparo que hace la casacionista, sin solución de continuidad, hay que recordar lo que dijo el Tribunal acerca de las certificaciones aludidas y que provienen de los mencionados testigos (fls. 45 y 46): "Como es fácil observarlo, las dichas 'certificaciones' fueron hechas en la misma máquina, el mismo día y en las oficinas del abogado, quien citó previamente a los testigos para que elaboraran y firmaran tan peculiares pruebas. Ello demerita en grado sumo las declaraciones que posteriormente rindieron, anula su espontaneidad y demuestra un insano deseo en quien así lo produce y hace valer" (fl. 32).

Que no se haya practicado un dictamen para establecer esa uniprocedencia, no conforma en modo alguno el error de hecho planteado, sino que como advierte la Delegada, conformaría una nulidad por *falta de prueba*, que no alegó la actora. Además, una leve mirada a esas dos constancias o certificaciones, hace que la uniprocedencia de que habla la sentencia, no resulte ni mucho menos un disparate. De todos modos, al procesado no se le condenó porque los testigos hubieran firmado esos papeles escritos en la máquina del acusado. Se trató de una anotación al margen, no decisiva para la condena.

Así mismo, cabe destacar otra falla en que incurre la censora y que resalta con acierto también la Delegada, la relacionada con el deber que le asiste al casacionista que cuestiona una prueba, de analizar todas las demás que fueron sustento del fallo y demostrar que con ellas no era posible éste.

Como las fallas de la demanda imposibilitan su análisis, la sentencia impugnada ha de mantenerse.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida. En firme, regrese el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y cumplase.

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 I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / INSPECCION JUDICIAL / COAUTOR

1. El demandante debe demostrar que la prueba cuya práctica fue omitida tenía capacidad para modificar el fallo, pues de lo contrario la irregularidad es intrascendente./ 2. Cabe precisar que la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos es facultativa para el Juez, luego le está permitido prescindir de ella cuando evidencia que no hay necesidad de fijar certidumbre sobre algunos aspectos, ni establecer homogeneidad testimonial, porque los elementos de convicción obrantes en los autos ofrecen la certeza suficiente./3. Una cosa es que de un grupo de personas no se tenga certeza respecto a quienes participaron en el hecho, y otra muy diferente, que exista seguridad de que un hecho fue producido por la acción conjunta de un grupo de individuos, pues en este último evento la imprecisión de los detalles no altera la responsabilidad que como coautores les es imputable a todos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7446

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 60.

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

Vistos

Procede la Corte a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Alexis Londoño Rodríguez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, mediante la cual confirmó el fallo dictado por el Juzgado Quinto Superior de la misma ciudad en cuanto a la pena principal de diecinueve (19) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual, impuestas al aquí procesado por el delito de homicidio agravado, y revocó parcialmente lo atinante al pago de perjuicios materiales.

I. Hechos

En la madrugada del 18 de junio de 1990, en el barrio San Luisito de Cali, cuando Javier Florián Rodríguez y Juan Carlos Vallejo se dirigían a sus casas, de forma sorpresiva fueron interceptados por Juan Carlos Núñez Villegas, Alex Patarroyo y Alexis Londoño Rodríguez, quienes armados procedieron a disparar en contra de los primeros al intentar huir del sitio.

En estos acontecimientos resultó herido Juan Carlos Vallejo Domínguez, quien después falleció, no sin antes informar a su madre y compañero de infortunio que su agresor era Alexis.

II. Actuación Procesal

El Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Cali adelantó la investigación, vinculando a Alexis Londoño Rodríguez mediante indagatoria, resolviéndole la situación jurídica con detención preventiva sin beneficio de libertad provisional.

En la etapa del sumario se recepcionaron las declaraciones de Julián Sánchez, Javier Florián, María Lucía Domínguez, María Fernanda Sanabria y Luz Marina Rodríguez.

Se ordenó la captura de Alexis Patarroyo con resultados negativos.

Cerrada la investigación, se calificó el mérito del sumario el 7 de mayo de 1991 con resolución de acusación contra Alexis Londoño Rodríguez por el delito de homicidio simple, y se dispuso compulsar copias al Juzgado de Instrucción Criminal -Reparto- a fin de que se investigara la conducta en que hubieran podido incurrir Juan Carlos Núnez y Alex Patarroyo.

El Juzgado Quinto Superior de Cali varió la calificación impartida por el instructor, en el sentido de proferir resolución acusatoria en contra del procesado, pero en la modalidad de homicidio agravado -junio 20 de 1991-.

En la etapa del juicio se practicaron varias pruebas entre las que se destacan algunas de carácter testimonial.

Como consecuencia de haber compulsado las copias antes referidas, el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal indagó a Alex Patarroyo a quien le resolvió la situación jurídica sin medida de aseguramiento -agosto 26 de 1991-, hecho puesto oportunamente en conocimiento del Juez Quinto Superior.

Finalizada la audiencia pública se dictó sentencia condenatoria contra Alexis Londoño Rodríguez, y el Tribunal la confirmó en lo esencial.

III. Demanda de Casación

El libelista formula dos cargos al amparo de la causal tercera de casación, por estimar que "se ha violado el derecho de defensa, en cuanto a impugnación y contradicción de los cargos discernidos en el presente proceso", artículo 305 numeral 2° del C. de P.P., en armonía con el artículo 1° *ibidem*, "ya que se alteraron los esquemas del debido proceso" (artículo 29 de la C. N.).

Primer cargo: Nulidad por omisión de la práctica de la inspección judicial decretada en el juicio, "cuyo resultado era incisivo en la valoración de los testimonios de cargo, especialmente por su ubicación, visibilidad y modo de percibir lo narrado".

Luego de citar algunas jurisprudencias de la Corte en relación con la omisión de pruebas, afirma que en este proceso la diligencia de inspección judicial "debió ser valiosa para la formación de un juicio acorde con las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre las cuales los testigos percibieron lo vertido en el plenario".

1. Luego de transcribir algunos apartes de la versión rendida por Julián Sánchez Cruz, dice que éste manifestó que no estaba presente al momento de los disparos ni vio cuando fue herido Juan Carlos Vallejo y que sólo escuchó cuando la víctima dijo "fue Alexis", y posteriormente alcanzó a ver que Alexis Patarroyo y Juanito corrían por la cancha y el primero de los citados portaba un revólver 38 largo color negro. Al respecto dice el censor: "Nunca se determinó la distancia. De haberse establecido, hubiera contado la defensa con suficientes elementos de juicio para cuestionar al testigo".

Agrega que el declarante estableció que al momento de escuchar los disparos estaba a media cuadra de donde posteriormente vio a Juan Carlos tendido en el suelo, pero "nunca se supo la correcta distancia". El testigo dice que se le acercó al herido y éste le manifestó que el autor de los disparos "fue Alexis" y sólo a partir de ese momento corre hacia la esquina para observar que a dos cuadras iban corriendo Alexis que estaba armado, Juanito y Patarroyo, no se supo cuál es el metraje de esas dos cuadras. El declarante dice en cuanto a la visibilidad, que era más o menos buena, parte iluminada y otra oscura, el Juez acepta la visibilidad porque el testigo la señala pero no la corroboró con la inspección judicial.

Aduce que el sentenciador otorgó suficiente mérito de credibilidad a la versión de Julián Sánchez Cruz, porque según su criterio le permitió reconstruir históricamente el suceso concomitante y subsiguiente a la muerte de Juan Carlos Vallejo, pero si hubiera contado con la realización de la inspección judicial, habría podido saber las distancias a las que se refirió anteriormente.

Hace énfasis en que el procesado no negó su presencia en el lugar de los hechos y según su versión el autor del punible fue Patarroyo, pero el *ad quem* discierne la responsabilidad porque ese día, según testimonio de Julián Sánchez Cruz, además de la presencia en el lugar y la fuga con rumbo desconocido, portaba un arma de fuego. Si se hubiera practicado la inspección judicial, el Juez habría podido darse cuenta si el testigo pudo ver al procesado armado con un revólver para poder inferir la participación o inocencia en la muerte de Juan Carlos.

La trascendencia de esta diligencia sobre la ubicación del testigo era fundamental ya que sin saberse esa distancia, se aceptó la veracidad respecto a que el procesado portaba el arma homicida.

2. En cuanto a la versión del moribundo, estima que se hubiera podido desvirtuar de haberse practicado la inspección judicial para saber el lugar donde inicialmente Javier Florián vio que se encontraban escondidos los agresores, donde los interceptaron y el lugar donde cayó herido Juan Carlos. El balazo lo recibió la víctima cuando pretendía huir de quienes le ordenaban la inmovilización, no fue un disparo de frente. El forense expresa que el impacto fue de atrás hacia un costado, lo que significa sin variar el análisis

de la sentencia sobre este aspecto, que fue recibido cuando el occiso daba la espalda al agresor Importante habría sido saber el grado de visibilidad existente en el sector donde estaban escondidos los sujetos que los increparon para que detuvieran la marcha, para que la defensa contara con los elementos fácticos que confrontados con la sindicación arrojaran un juicio ecuánime sobre estas circunstancias de lugar.

Al practicarse la inspección judicial se habría sabido si la víctima recibió el disparo en línea con relación al lugar donde les requirieron su detención, y ya herido avanzó otro tanto, porque María Fernanda Sanabria sostuvo que estaba en su casa cuando escuchó los disparos y al salir vio, a dos casas de la suya, el cuerpo de Juan Carlos gravemente herido. Tampoco se pudo saber si la casa de la testigo quedaba próxima al lugar donde fue herido Vallejo.

3. Si la inspección judicial se hubiera practicado, contaba la defensa con argumentos para cuestionar la sinceridad de los testigos que aseguraron haber llegado al sitio donde estaba herido Juan Carlos, se habrían apreciado sus ubicaciones, grados de visibilidad por luz artificial, obstáculos naturales, casas, vehículos, etc. Con nada de esto se pudo contar Como consta en las declaraciones de Julián Sánchez, Florián Rodríguez, María Fernanda Sanabria, Wilson Arias Carrillo y José Guillermo Valencia, todos llegaron al lugar pero ninguno se vio con el otro. Con la diligencia de inspección se había podido saber los motivos de tales inexactitudes. Ningún testigo puede ser cuestionado sin contar con elemento de juicio sobre su ubicación.

En la demanda se hace un recuento histórico en torno al decreto de la inspección judicial, reconoce haberse librado las comunicaciones respectivas en aras de su realización, así como que para entonces el procesado equívocamente se hallaba recluido en centro destinado a menores.

Se queja de la circunstancia en virtud de la cual el 18 de septiembre de 1991 fue puesto el procesado a disposición del Juzgado Quinto Superior, y no se programó fecha para practicar la diligencia existiendo el tiempo suficiente para hacerlo y sin que de haberse procedido así, hubiesen transcurrido los seis meses para que el acusado tuviera derecho al beneficio de excarcelación.

Insiste en la vital importancia de la inspección judicial porque con ella el procesado había podido controvertir la sindicación, ya que califica al testigo Julián Sánchez como recolector de los "comentarios de oídas" que cada persona compuso para no dejar sin autoría el homicidio.

Agrega que la ausencia de la diligencia no facilitó la demostración de que su representado no llevaba arma de fuego sino que quien la portaba era Palarroyo, autor de los disparos.

Aduce que no se ha podido creer en la inocencia de su defendido en razón a la no práctica de la inspección judicial, pues en su sentir, habría variado el criterio del juzgador sobre una coautoría impropia.

Resalta el esfuerzo de la defensa dentro de la actuación judicial y concluye que al dejarse de evacuar una prueba legalmente decretada, se mengua la oportunidad de cuestionar todo el conjunto de testimonios en torno a la autoría que se predicó de Alexis Londoño.

Reitera que ninguno de los testigos vio cuando fue herido Juan Carlos Vallejo y que el juicio concluyente de la jurisdicción es establecer la coautoría impropia para enlazar responsabilidad de los que ese día estaban en el lugar, con base en el testimonio de Sánchez Cruz quien coloca al procesado armado de un revólver y huyendo del escenario del crimen.

Dice que Javier Florián debió ser ubicado en la inspección judicial para establecer si con la precaria iluminación pudo realmente darse cuenta de las personas que estaban en el grupo.

Entra a cuestionar los testimonios de Julián Sánchez, María Fernanda Sanabria y Javier Florián, para hacer una apreciación personal de su contenido y concluye afirmando que existen demasiadas incongruencias en sus dichos y por ello carecen de consistencia para que el Juez los estimara a plenitud y considerara innecesaria la inspección judicial. La pretensión era demostrar cómo los testimonios están impregnados de insuficiencia, y expresa que no entra a cuestionar su validez porque sería lo mismo que reconocer la legalidad del proceso. El medio probatorio tenía como finalidad llevar al procesado a un campo de donde tuviera las garantías otorgadas por la ley para controvertir e impugnar los cargos imputados en la resolución de acusación.

Cita como normas infringidas los artículos 1º, 358-3 del C. de P.P. y 29 de la C.N.

Segundo cargo: Violación del derecho de defensa por quebrantamiento de la conexidad procesal al calificar el mérito de la investigación ordenando compulsar copias para las otras coautorías impropias, cuando desde un principio se supo de la participación de otros tres sujetos, y con ello se debilitó la oportunidad de controvertir la prueba en conjunto en relación con ellos.

1. La Corte admite la ruptura de la conexidad procesal cuando los hechos imputados constituyen una unidad probatoria que aunque se separen de todas formas no pierden su morfología con relación al delito endilgado y la prueba militante en él. Empero, este asunto escapa a este criterio, toda vez que al procesado inicialmente le atribuyeron una autoría sin ninguna coparticipación. Al verse que su conducta podía escapar a la censura por no existir prueba directa de su responsabilidad ante la ausencia de testimonio que dijera que vio disparar el arma homicida, se resolvió la posible duda compulsando copias para que se investigara por separado la coautoría de Patarroyo y Juan Carlos Nuñez.

2. El Juez aceptó, y es precisamente en lo que estriba la censura, que cualquiera Patarroyo, Nuñez y Londoño- pudo disparar el arma con la cual se causó la muerte a Juan Carlos Vallejo, lo cual es cierto, pero el procesado dijo no haber llevado arma de ninguna clase. El fallo se apoyó en la prueba militante en el proceso, particularmente con los testimonios de María Fernanda Sanabria, Julián Sánchez y Javier Florián que ese día le vieron portar armas.

Está en tela de juicio la validez de la sentencia porque se profirió en un proceso viciado de nulidad al desconocerse el derecho de defensa cuando se dejó de practicar una prueba que la defensa estimó decisiva en la demostración de inocencia del procesado, pues se frustró la aspiración de controvertir los testimonios con un medio eficaz como era la inspección judicial y que aquéllos en conjunto dejan entrever que los deponentes no estuvieron en el sitio de los hechos.

Critica con idénticos argumentos a los aducidos en la parte final del primer cargo, los testimonios tantas veces citados, destacando que las deponencias son excluyentes unas con otras y bajo esa incertidumbre sobre la presencia en el lugar de los hechos menos se puede aceptar la ruptura de la conexidad procesal.

El Juez de instrucción dispuso del tiempo necesario para vincular al proceso a los demás individuos, y Alexis Londoño sindicó a uno de ellos bajo juramento, lo que imponía la conservación de la unidad procesal tal como lo revelan las copias autenticadas de las piezas procesales según las cuales se resolvió la situación jurídica de Alex Patarroyo, absteniéndose el Juez de decretar medida detentiva en su contra.

3. Plantea que si la verdad procesal permanece incólume, al pretender hablar de una coautoría impropia no puede suceder lo mismo, pues para el censor nacen muchos interrogantes acerca de la ideación del plan criminal, el reparto de maniobras criminosas etc., y por ende, al romperse la conexidad procesal se debilitó la defensa del procesado.

Se pregunta, ¿qué puede suceder si la Jueza Séptima de Instrucción Criminal decide "cesar proceso en contra de Juan Carlos Núñez y Patarroyo Gil?", y responde: "De inmediato se abriría la opción de una causal de revisión de la sentencia de Alexis Londoño Rodríguez porque estaría demostrado que no hubo una autoría impropia y que el crimen lo debió cometer una persona de los tres", pretendiéndose por tanto evitar la injusticia de condenar a una persona restándole defensa al tolerarse la ruptura de la conexidad procesal.

Cita como normas violadas los artículos 1° y 305 del C. de P.P. y 29 de la C.N.

Bajo el título *Conclusión de los razonamientos de los cargos* el censor sostiene que hubiera sido menos dispendioso acudir a la formulación de los cargos desarrollando la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, al distorsionarse el sentido de la prueba estableciendo un juicio equivocado en el contenido, pero cree más sensato, ante la omisión de la práctica de una prueba incisiva en el fondo de la cuestión, coger por el camino más difícil ante el criterio rígido que se viene exponiendo sobre la omisión de pruebas en diversas sentencias de casación.

Estima que las circunstancias de lugar (su proximidad al sitio de los hechos), modo (forma como se encontraba en el acto de insuceso), y tiempo (la hora, día, noche, luz natural o artificial), en los cuales los testigos presenciaron el acontecer criminal, no fueron analizadas, y que la inspección judicial era tan idónea, que de haberse practicado, el funcionario habría absuelto, pero como no se realizó, se colocó en situación desfavorable al procesado, incurriéndose en violación de los artículos 1° y 358 del C.P.P.

Finalmente solicita que se case el fallo y se declare la nulidad del proceso desde el auto calificatorio inclusive.

IV. Concepto del Ministerio Público

Primer cargo: El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que este cargo es impróspero por las siguientes razones:

Considera digno de destacar de acuerdo con el pensamiento del demandante, que el ámbito dentro del cual se mueve su censura no puede trascender al extremo de considerar la falta de realización de una inspección judicial como alteración a los

"esquemas del debido proceso consagrada su petición en el artículo 29 de la Constitución Nacional", pues en el caso estudiado, así se dotase de vital importancia al medio probatorio en el campo de la abstracción, no es dable obtener su efecto relevante porque existen otras pruebas para llegar a una conclusión acerca de la responsabilidad penal del incriminado.

La tesis del censor no reviste la fortaleza que aparenta, ya que la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos es facultativa del juez, siéndole permitido por ende prescindir de ella cuando evidencia que no es necesario esclarecer ni fijar certidumbre sobre algunos aspectos, ni establecer homogeneidad testimonial, cuando los elementos de convicción obrantes en los autos ofrecen valoración certera y suficiente.

No resulta consecuente la posición del censor de atribuir la condena, totalmente al hecho de la omisión de la prueba, habida cuenta de que si bien sintetiza cronológicamente las actuaciones cumplidas por el Juez luego de frustrada la mencionada inspección, dejando de lado su propia incuria por no insistir en su realización, los argumentos que expone no se refieren a los hechos *ciertos* que podrían obtenerse de la diligencia, sino que simplemente alega que sus resultados bien habían podido orientar la interpretación testimonial en sentido diverso al asumido por los juzgadores de instancia, con lo cual pone de presente que el ataque carece de sentido frente a la nulidad porque su inconformidad se manifiesta exclusivamente, en el valor probatorio que los sentenciadores atribuyeron a las pruebas recaudadas.

En realidad y así no quiera reconocerlo el libelista, acudiendo a la sutileza, su auténtica pretensión radica en restarle credibilidad a los testimonios sobre los cuales se apoyó el fallo. Para que no quede la menor duda el Procurador transcribe algunos apartes de la demanda.

No obstante que lo expresado plasma con claridad "el ataque dirigido por vía equivocada en contra de las deposiciones rendidas", emergen algunas posturas que cabrían en la formulación del cargo por lo que procede determinar su capacidad destructora del fallo.

El Ministerio Público hace una reseña de lo que se hubiera establecido con la inspección judicial que extraña el casacionista, para señalar luego que es inevitable aclarar que si bien esa avalancha de alegaciones que plantea el impugnante es de recibo en aras de la determinación de circunstancias históricas, el fondo del asunto se traduce es en sí de verdad el derecho de defensa sufrió una mengua y lo que pretendía probar habría repercutido en el fallo censurado.

Es cierto e innegable que el Juez ordenó la práctica de la diligencia, pese a ello concluyó la sentencia sin su evacuación; lo mismo hizo el Tribunal. Su razón dentro del proceso obraban testimonios oferentes de claridad acerca de la forma como ocurrieron los hechos que unidos a otros elementos técnicos y aún a la explicación del sindicado, predicaban la responsabilidad de éste. De allí que se configurara la "coautoría impropia" criticada por el defensor.

Es decir, el derecho de defensa no sufrió deterioro, máxime si lo que se pretendía probar en nada podría haber influido en el fallo, pues a más de ser el mismo procesado

quien aceptó haber estado presente en la escena de los acontecimientos, tal circunstancia se complementó con otros elementos que fueron estructurales de la coautoría impropia.

Transcribe algunos apartes de las sentencias de primera y segunda instancia, para demostrar que aún en el evento de que se hubieran probado los hechos a que se refiere el censor, nunca tendrían la posibilidad de variar el fallo impugnado, por ser inanes ante los aspectos certeros que fueron los que a la postre auxiliaron la concepción de la sentencia.

El esfuerzo del casacionista en lo restante de su memorial no pasa de ser un escrito contentivo de su inconformidad con la sentencia criticando la coautoría impropia que asumió el juzgador como base de la condena de Alexis Londoño, incluso acudiendo sin límite a hipótesis irreales como cuando dice: "Al atribuírsele al procesado la coautoría impropia se quiso resolver de una vez por todas la incertidumbre de quién fue la persona que accionó el arma de fuego", argumento lejano al verdadero que motivó el fallo, como quiera que no se estimó al sujeto condenado como el que realmente operara el revólver expulsor del proyectil que ultimó a la víctima.

Si bien, a ninguno de los testigos les consta el instante en que ocurrieron los hechos, al decir del censor, ello no es situación que haya sido desmentida en autos, ni que logre afectar o disminuir la responsabilidad del acusado, porque fue una amalgama factorial la que sirvió de base a los sentenciadores para emitir el fallo, factores entre los cuales se destaca el lapso agónico del moribundo dentro del cual señaló a Alexis como el causante del insuceso, circunstancia esta última que reprobada por el censor, es tan sólo un personal criterio de aquél en torno al juicioso estudio elaborado por los juzgadores.

Lo imperativo para el demandante de indicar cuál era la importancia de la prueba omitida, quedó sumergida en el fracaso, el señalamiento concreto de los hechos que hubieran podido ser demostrados con ella y como estos eran determinantes para cambiar la decisión adversa al procesado, fue tarea fallida. La situación en examen tiene evidentes deficiencias en su fondo, pues constituye una exposición personal del impugnante, con abandono (así no pareciera por la extensión del texto) del carácter estricto y fundamentado que requiere esta modalidad de escritos en sede de casación.

Segundo cargo. En criterio del Procurador Delegado, este reproche tampoco está llamado a prosperar, con base en los siguientes argumentos:

El demandante niega con delicadeza aquello que con fuerza realiza -cuestionar los testimonios- amparado en la causal de nulidad siendo esta dirección equivocada. Lo único crucial en este acápite es determinar jurídica y procesalmente si en verdad se socavó el derecho de defensa del procesado al compulsar copias a fin de que se investigara por separado las conductas en que pudieron haber incurrido otros sujetos dentro del homicidio de Juan Carlos Vallejo.

En el auto calificatorio se separó la actuación procesal, que inicialmente de acuerdo con las reglas generales del procedimiento debería seguir bajo un trámite único por tratarse de un solo delito, pero que dio origen a otro proceso, habida cuenta de que algunos de sus autores o partícipes no habían sido vinculados a la investigación en el trámite primigenio. Se produjo de esta forma el rompimiento de la unidad procesal, que sin embargo, no comporta la anulación de lo actuado, por lo siguiente:

La expedición de copias se ordenó porque al dictarse la resolución de acusación contra Londoño Rodríguez, se conoció por el Juez lo infructuoso de su gestión tendiente a vincular a los otros sujetos. Es más, tal reconocimiento es avalado por el trabajo contenido en el expediente, el cual reseña detalladamente la Delegada.

Trafda la secuencia, la conducta del Juez no encarna nulidad legal, como tampoco vulnera el derecho de defensa, pues era una necesidad inaplazable compulsar copias, ya que se trataba de personas sin plena identificación ni individualización en el proceso y éste no podía detener su marcha y por el contrario sí era dable originar la instructiva con respecto a los no indagados.

No es cierto que inicialmente se le atribuyera al procesado una autoría sin coparticipación, pues en contravía de lo dicho por el censor, se encuentra la actividad procesal desarrollada luego de dadas las exculpaciones del sindicado tendientes a vincular a los demás coautores, esfuerzo que se vio frustrado y obligó a la expedición de las copias, pues de otra forma el sumario se habría extendido con evidente violación de los derechos del procesado para obtener una pronta y adecuada justicia.

Critica las apreciaciones del censor, respecto a la posibilidad de una posterior acción de revisión, puesto que nunca sería un hecho nuevo el reanudar una controversia sobre aspectos probatorios y apreciaciones conocidas cabalmente como objeto de debate en el curso del proceso.

Concluye que no se vulneró el derecho de defensa del procesado por cuanto no existe anomalía alguna que hubiese influido en la decisión contraria a sus intereses, lo que impide la nulidad de la actuación realizada.

De otro lado, la Delegada advierte una circunstancia consistente en que al tenor del numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia proferida en primera instancia y confirmada por el Tribunal, se impuso al procesado como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal -diecinueve años-, lo que constituye un error de los falladores en franco tropiezo al contenido del artículo 44 del C.P., porque la duración de la sanción no puede pasar de diez años.

En consecuencia solicita que se case parcialmente la sentencia impugnada y se declare que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas para el procesado es de diez años.

V. Consideraciones de la Corte

Primer cargo. El demandante considera que se violó el derecho de defensa y el debido proceso, porque se dejó de practicar una inspección judicial legalmente decretada en la etapa probatoria.

En el folio 168 del cuaderno original, se observa un memorial suscrito por el defensor, en el que solicita una inspección judicial con reconstrucción de los hechos, por considerar que "entre las varias pruebas testimoniales allegadas afloran varias discrepancias, frente a la ubicación de los mismos testigos e incluso del lugar donde venía o estuvo el hoy occiso Juan Carlos Vallejo Domínguez", advirtiendo que lo que se desea acreditar "es el lugar exacto donde se lesionó al occiso, el estado de visibilidad, el mencionado cerco donde al parecer se ocultaban los atacantes de Juan Carlos y la posición que tenían cada uno de los testigos que han rendido sus exposiciones".

El Juzgado Quinto Superior en auto de julio 10 de 1991 ordena que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 492 del Estatuto Penal adjetivo, de manera oficiosa se practiquen una serie de pruebas, "así como la diligencia de inspección judicial".

Posteriormente en auto de agosto 28 del mismo año, de acuerdo con lo ordenado en el auto anterior, se fija fecha para la práctica de la inspección judicial, con el fin de establecer la visibilidad, ubicación de los protagonistas antes y en el momento del hecho, ubicación de los testigos en el escenario fáctico, así como su distancia respecto de los protagonistas, para lo cual se contará con la presencia de los testigos y el procesado, e igualmente se plasmen aquellos aspectos que se consideren importantes en aras a la dilucidación del acto criminoso.

Se libraron las citaciones pertinentes, la orden de traslado del procesado al sitio de los hechos y la comunicación a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal con el fin de que se dispongan los respectivos perito y topógrafo para la diligencia (fls. 249 y ss.).

Según comunicación de la Cárcel del Distrito Judicial de Cali, el interno Alexis Londoño Rodríguez fue trasladado al Centro de Capacitación Lili, por petición del Juzgado 13 de Instrucción Criminal, quedando a órdenes de la Juezu 2ª Penal de Menores, quien mediante comunicación informa al Juez Quinto Superior que el procesado no puede seguir por cuenta de esa oficina judicial en un centro de rehabilitación para el menor, porque contaba con mayoría de edad al momento de cometer el delito. El Juez del conocimiento, en forma enérgica solicita al Juzgado de Menores y al Séptimo de Instrucción Criminal que hagan claridad sobre el impase suscitado en torno a la presencia del procesado en el centro de capacitación para menores y no en la Cárcel Distrital para Varones, donde se le requería para conducirlo al lugar donde se debía practicar la diligencia. El inculpado fue colocado a disposición del *a quo* al día siguiente de la fecha señalada para la diligencia.

Es verdad que la inspección judicial no se practicó en la fecha señalada por causas ajenas a la voluntad de los sujetos procesales, pero no se puede pasar por alto, que éstos no insistieron en su realización a pesar de que hubo tiempo para hacerlo, como se desprende de la misma síntesis cronológica (que hace el defensor en su demanda), de las actuaciones cumplidas por el Juez luego de frustrada la mencionada diligencia.

Independientemente de la anterior consideración, es importante recordar el criterio de la Corte, en el sentido de que el demandante debe demostrar que la prueba cuya práctica fue omitida tenía capacidad para modificar el fallo, pues de lo contrario la irregularidad es intrascendente, sobre este aspecto el impugnante en su extenso escrito se limita a reiterar la vital importancia del elemento probatorio, pero realmente no se ve de qué manera esa inspección judicial pudiera incidir en la demostración de la inocencia del procesado, pues no es dable obtener su efecto relevante porque existen otras pruebas para llegar a una conclusión acerca de la responsabilidad penal de éste, como se verá más adelante.

De otro lado, cabe precisar que la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos es facultativa para el Juez, luego se está permitido prescindir de ella cuando evidencie que no hay necesidad de fijar certidumbre sobre algunos aspectos, ni

establecer homogeneidad testimonial, porque los elementos de convicción obrantes en los autos ofrecen la certeza suficiente.

La Sala comparte la apreciación del Procurador Delegado frente a los argumentos que expone el libelista, puesto que en verdad "no se refieren a hechos *ciertos* que podrían obtenerse de la diligencia, sino que simplemente alega que sus resultados bien habían podido orientar la interpretación testimonial en sentido diverso del asumido por los juzgadores de instancia, con lo cual pone de presente que el ataque carece de sentido frente a la nulidad porque su inconformidad se manifiesta, exclusivamente, en el valor probatorio que los sentenciadores atribuyeron a las pruebas recaudadas".

A pesar de que el libelista no lo reconoce expresamente, lo cierto es que su verdadera pretensión radica en restarle credibilidad a los testimonios sobre los cuales se apoyaron los sentenciadores en el fallo, como se aprecia con meridiana claridad de los siguientes apartes de la demanda:

"El sentenciador estimó con suficiente mérito de credibilidad la versión de Julián Sánchez Cruz, porque según su criterio, le permitió reconstruir históricamente el suceso concomitante y subsiguiente a la muerte de Carlos Vallejo Domínguez.

"Si la inspección judicial se hubiera practicado contaba la defensa con argumentos para cuestionar la sinceridad de los testigos... En fin, aparecen demasiadas incongruencias que debían destacar con el fin de poder demostrar las versiones de los testigos (sic) aparecen incongruentes y de poca consistencia probatoria en torno a poder llegar a decir era (sic) suficiente para que el Juez Colegial las estimara en su plenitud y por lo tanto, innecesaria la diligencia de inspección judicial".

Como puede verse, el ataque dirigido a la prueba testimonial no corresponde a la vía escogida.

En cuanto a la avalancha de circunstancias, que según el casacionista se había establecido en la inspección judicial, basta observar que si bien resulta de recibo para determinar el acontecer histórico, es evidente que no tiene la fuerza suficiente para demostrar que el derecho de defensa se haya vulnerado y que lo que se pretendía demostrar habría repercutido en el fallo censurado, puesto que como acertadamente lo señala el Ministerio Público, dentro del proceso obran testimonios que ofrecen claridad y seguridad acerca de la forma como ocurrieron los hechos, que unidos a otros elementos técnicos y aún a la propia explicación del sindicado predicaban la responsabilidad de éste, quien aceptó haber estado presente en el escenario de los hechos y tal circunstancia se complementó con otros elementos que fueron estructurantes de la "coautoría impropia", criticada por el defensor.

No puede pasarse por alto, que en la demanda no hace referencia a los hechos suficientemente probados, que sirvieron de base para las consideraciones de los falladores de instancia, que concluyeron con el señalamiento de la coautoría impropia endilgada al procesado recurrente, y en estas condiciones las circunstancias que se pretendían probar en la inspección judicial carecen de la potencialidad de modificar el fallo.

Otro aspecto que se destaca en la sentencia atacada hace referencia a que la propia víctima, en su estado agónico acusó a Alexis como su autor, lo que fue escuchado por

varias personas y traído al proceso por Julián Sánchez Cruz (fls. 7-21), Martha Lucía Rodríguez (fl. 38), María Fernanda Sanabria (fl. 95), José Guillermo Valencia (fl. 222).

Al decir del censor, a ninguno de los testigos les consta el instante mismo en que ocurrieron los hechos, sin embargo, ello no logra disminuir la responsabilidad del acusado, porque como lo expresó el Procurador, fue una amalgama factorial la que sirvió de base a los sentenciadores para emitir el fallo, y la circunstancia anotada respecto del señalamiento del autor por parte de la víctima, es reprobada por el censor tratando de imponer su personal criterio al juicioso estudio elaborado por los juzgadores de instancia.

En síntesis, dadas las particularidades de la coautoría imputada, ninguna trascendencia podría tener respecto al fallo la realización de la inspección judicial, y por ende no puede afirmarse que la omisión de esa prueba implique la declaratoria de nulidad, porque ni se afectó el debido proceso, ni tampoco el derecho a la defensa. El demandante ha debido tener en cuenta, que mientras se partiera de la participación criminal en la forma como fue considerada en las instancias, ninguna modificación podía producir una diligencia orientada a generar duda sobre el autor del disparo, ya que el hecho fue atribuido como una empresa común.

Una cosa es que de un grupo de personas no se tenga certeza respecto a quienes participaron en un hecho, y otra muy diferente, que exista seguridad de que un hecho fue producido por la acción conjunta de un grupo de individuos, pues en este último evento la imprecisión de los detalles no altera la responsabilidad que como coautores les es imputable a todos.

La censura será desestimada.

Segundo cargo: Lo presenta así el libelista: "Violación del derecho de defensa al permitir el Juez que se quebrara la conexidad procesal, al calificar el mérito de la investigación ordenando compulsar copias sobre las otras coautorías impropias si desde un principio se supo la participación de otros tres sujetos y con ello se debilitó la oportunidad de controvertir la prueba en conjunto con relación a ellos".

En el desarrollo del reproche el censor repite la crítica que hizo en el primer cargo a la prueba testimonial, lo cual desde luego resulta desatinado, al amparo de la causal de nulidad.

Sin embargo, lo que corresponde determinar en este caso, es si evidentemente se violó el derecho de defensa del procesado al compulsar copias para que se investigara por separado las conductas en que pudieron haber incurrido otros sujetos en relación con el homicidio investigado.

Al respecto, se tiene que es un hecho cierto que en el auto calificatorio se separó la actuación procesal, que de acuerdo con reglas generales del procedimiento debería seguirse conjuntamente, por tratarse de un solo delito; y que al ordenarse que se compulsaran las copias referidas, tal determinación originó otro proceso, lo que produjo el rompimiento de la unidad procesal, sin embargo, ello no comporta la nulidad de lo actuado, como pasa a verse.

Es claro que la expedición de copias se ordenó porque al dictarse la resolución acusatoria en contra de Alexis Londoño Rodríguez, el Juez reconoció lo infructuoso de

su gestión tendiente a vincular a los otros sujetos. Tal reconocimiento surge del trabajo judicial contenido en el expediente.

Es así que al resolverse la situación jurídica del sindicado, el Juez Instructor dice a folio 55:

"De la diligencia de descargos del acriminado, se infiere sin necesidad de hacer mayores esfuerzos mentales que su intervención va encaminada única y exclusivamente en radicar la responsabilidad en una tercera persona, *en este caso Alex Patarroyo*, a quien ha sido imposible vincular a la investigación y quien dicho sea de paso ya abandonó el sector sin saber actualmente cuál es su paradero". (Destacado fuera del texto).

Se libró orden de captura contra el citado ciudadano con la siguiente observación: "Se tiene conocimiento que pertenece a la gallada de 'Juanito', la cual opera en San Luis II Etapa" (fl. 83).

Mediante oficio número 0140 por segunda vez el Juzgado solicita a la Registraduría Nacional del Estado Civil, sea remitida copia de la cartilla decadactilar y de la cédula expedida a Alex Patarroyo "sus más datos" (fl. 108).

En oficio número 0338 se solicita a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal, informe sobre los resultados de la orden de captura. (fl. 109), y obra en autos el resultado negativo respecto a la captura de Alex Patarroyo (fl. 115).

En oficio número 0368 dirigido al Registrador Municipal del Estado Civil se pide el envió de las tarjetas dactilares y la cédula (fl. 117), e igualmente se solicita al Registrador Municipal del Estado Civil la expedición de la tarjeta de identidad de Alex Patarroyo (fl. 122).

En el auto calificatorio el Juez en forma atinada consideró lo siguiente:

"...desde los albores de la investigación se ha señalado a los sujetos Juan Carlos Núñez Villegas y Alex Patarroyo como presuntos actuantes en el ilícito que se investigó, situación ésta que obligó a la instancia a tratar por todos los medios posibles de vincularlos a la investigación era personalmente ordenando su captura, ora mediante emplazamiento, lo que no fue posible debido a que no se logró la plena identificación e individualización de los sujetos en mención.

"Es por lo anterior y en aras de una adecuada administración de justicia que se debe compulsar copia de lo pertinente al Juzgado de Inscriminal reparto de la ciudad a efecto de que se investigue el grado de responsabilidad que les pueda caber a estas dos personas dentro del homicidio agotado en cabeza de Juan Carlos Vallejo Domínguez, ya sea como autores, cómplices o determinadores de dicha conducta".

Salta a la vista, que la conducta del Juez no entraña nulidad legal, puesto que no vulneró el derecho de defensa, toda vez que era una necesidad inaplazable compulsar las copias, puesto que no le era dable detener el proceso ya que ello conllevaría una evidente violación a los derechos del procesado para obtener una pronta y adecuada justicia.

Los argumentos del censor, en el sentido de que al romperse la conexidad procesal se debilitó la defensa, por existir incertidumbre del reparto de la actuación criminal, así

como denotar con interrogantes la no participación de Alexis Londoño en el acontecer criminal para culminar aduciendo una posible acción de revisión, no pasa de ser un sofisma que no puede tener éxito para demandar la nulidad, máxime si se tiene en cuenta, que nunca sería un hecho nuevo reanudar una controversia sobre aspectos probatorios y apreciaciones conocidas cabalmente como objeto de debate en el curso del proceso.

No se vulneró el derecho de defensa del procesado, porque no existe anomalía alguna que hubiere podido influir en una decisión contraria a sus intereses.

Sobre este punto en cuestión, esto es, sobre la connotación que representa la unidad del proceso sobre la base de acciones conexas que debieron investigarse y fallarse en un solo proceso como factor de validez del mismo, existe abundante doctrina de la Corte. Al respecto, se transcribe el siguiente pronunciamiento:

"Al interpretar la motivación y finalidad de la unidad procesal como principio rector, relieva su justificación con base en la economía procesal; en que se evita la repetición de pruebas, la producción de fallos contradictorios y se obtiene una pronta y simultánea decisión. No obstante, así mismo, recalca cómo, en algunas ocasiones, la economía que inspira esa unidad debe ceder su lugar a otros principios y fines procesales, referidos a la oportuna calificación y fallo de los hechos demostrados y a su necesidad de que el adelantamiento del proceso, de ser posible, no quede indefinidamente postergado o a la espera de la prueba necesaria sobre otros hechos, o de la recaudada para la formulación de acusación o del fallo por todos ellos".

"Con fundamento en estos criterios, se ha afirmado que la ley procesal debe tener por propósito investigar y definir, en la medida de las posibilidades, todos los aspectos personales y de hecho que comprenden la comisión de un delito. Pero dejar por fuera una conducta o algún sujeto, por dificultades de averiguación, por errada apreciación al considerar que no interesan al juzgamiento, no puede implicar invalidez de todo lo actuado. Establecida la intranscendencia en tales irregularidades, ellas deben ser remediadas mediante la expedición de copias de lo pertinente al proferir los fallos de primera o segunda instancia, al resolver el recurso de casación, o con posterioridad a estos pronunciamientos por el funcionario que las advierta". (C.S.J. Jurisprudencia de septiembre 12 de 1991. M.P., doctor Dídimo Páez Velandia).

No siendo procedente el reproche presentado por el recurrente, la Sala lo desestimará.

Petición del Procurador Delegado

En la sentencia de primera instancia, que fue confirmada por el Tribunal, se impuso al procesado como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal -diecinueve (19) años-.

Lo anotado anteriormente constituye una violación al principio de legalidad, puesto que con esta determinación se ha desconocido el artículo 44 del Código Penal, que impone que la duración máxima de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas es "hasta de diez (10) años".

Así las cosas, la Sala accediendo a la solicitud del Ministerio Público, en forma oficiosa casará parcialmente la sentencia para declarar que la pena accesoria impuesta al procesado es de diez (10) años.

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

RESUELVE:

Primero: *Casar parcialmente* la sentencia impugnada.

Segundo: *Declarar* que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al procesado es por el término de diez (10) años.

Tercero: En todo lo demás se mantiene el fallo recurrido.

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

Juan Manuel Torres Fresneda (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / INASISTENCIA ALIMENTARIA

El delito de inasistencia alimentaria es de carácter permanente, toda vez que su comisión permanece hasta cuando se ejecute la prestación debida, dependiendo del culpable hacer cesar tal estado, lo que sucede en el momento en que realice la conducta a que está obligado. Igualmente es un punible de los conocidos como propios de omisión, pues paradójicamente, hay un no hacer al incumplirse la obligación impuesta por la ley. /En cuanto al aspecto territorial, el artículo 13 del Código Penal señala que el hecho punible se considera realizado en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8522.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado por Acta número 60.

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

Vistos

De plano procede la Corte a pronunciarse sobre el conflicto de competencia surgido entre los Juzgados Primero Penal Municipal de Honda (Tolima) y Primero Penal Municipal de La Dorada (Caldas), quienes se han declarado incompetentes para conocer de estas diligencias.

Antecedentes

1°. El 30 de marzo de 1993 la señora Edna Patricia Patiño Amaya formuló querella por el delito de inasistencia alimentaria contra el señor José Antonio Palomo, correspondiéndole por reparto al Juzgado Primero Penal Municipal de Honda. Según su relato, hace tres años que reside en la ciudad de La Dorada en compañía de su hijo menor; allí conó

que su denunciado "desde el mes de febrero del año pasado no aporta el valor de los alimentos a que fue condenado...".

2°. La Juez de Honda consideró que no era competente para adelantar la investigación y ordenó remitir las diligencias a su homólogo de La Dorada, aduciendo que el artículo 271 del Código del Menor señala que en los delitos de inasistencia alimentaria será competente para conocer el Juez Municipal de la residencia del titular del derecho.

3°. La denuncia y sus anexos correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal Municipal de La Dorada, despacho que ordenó adelantar indagación preliminar, en el curso de la cual la querellante en diligencia de ampliación (mayo 19 de 1993) sugiere que se traslade la investigación a la ciudad de Honda, por estar residiendo allí desde hace "como un mes", convirtiéndose los desplazamientos hasta aquella ciudad en una carga para ella. El Juez en auto de mayo 20, señala que de acuerdo con el certificado expedido por el Juzgado de Familia de Honda (Tolima), la conducta omisiva comenzó en el año de 1988, fecha en que el menor y su madre residían en dicha ciudad. Con fundamento en lo anterior considera que no es competente para seguir conociendo de las presentes diligencias, y en consecuencia ordena enviarlas nuevamente al Juzgado de origen, proponiendo "colisión negativa de jurisdicciones" en caso de que no sea compartido su criterio.

4°. A su turno, la Juez de Honda rechaza los argumentos del colisionante anotando que el sindicado dejó de dar a su hijo el sustento económico desde el mes de febrero de 1992 como lo señala la querellante y no desde el año de 1988 como erróneamente lo indica el Juez de La Dorada; en dicha fecha según la constancia expedida por el Juzgado de Familia, se comenzó a descontar al denunciado el valor correspondiente a las mesadas impuestas y así lo confirma la quejosa, que señala que cuando Palomo estaba trabajando le descontaban la cuota por nómina y desde febrero del año pasado no volvió a cancelar.

Agrega que cuando se presentó la querella, hacía tres años que la señora Patiño y su menor hijo residían en La Dorada, y en ampliación fechada el 10 de mayo de este año la denunciante señala que cuando el sindicado dejó de cumplir con la obligación alimentaria (febrero de 1992), la citada residía en La Dorada y por lo tanto es allí donde radica la jurisdicción para conocer de estas diligencias, de conformidad con lo establecido en el artículo 271 del Código del Menor, "ya que allí se produjo la conducta omisiva del sindicado, la que se ha venido prolongando hasta el momento que se formuló la denuncia respectiva".

Admitió el conflicto, y remitió el asunto a la Corte para que proceda a resolver.

Consideraciones de la Sala

Lo primero que conviene reseñar, es que tanto la doctrina como la jurisprudencia son enfáticas en sostener que el delito de inasistencia alimentaria es de carácter permanente, toda vez que su comisión permanece hasta cuando se ejecute la prestación debida, dependiendo del culpable hacer cesar tal estado, lo que sucede en el momento en que realice la conducta a que está obligado. Igualmente es un punible de los conocidos como propios de omisión, pues paradójicamente, hay un no hacer al incumplirse la obligación impuesta por la ley.

En cuanto al aspecto territorial, el artículo 13 del Código Penal señala que el hecho punible se considera realizado en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida.

En la actualidad, que es cuando se discute la competencia en estas diligencias, es perfectamente dable sostener que el pretendido delito de inasistencia alimentaria por el que se acusa al señor José Antonio Palomo ha tenido ocurrencia en varios sitios -La Dorada y Honda- y que puede seguir cometiéndose en otros lugares, en la medida en que subsistiendo el cargo de "sustracción"- el menor acreedor de los alimentos continúe trasladando su residencia, sin que esto, como se vea haga cambiar de competencia. Lo anterior significa también que el presunto ilícito fue perfecto en La Dorada, esto es, que allí se consumó, igual que continuó siéndolo en Honda: de ahí su condición de permanente.

En este caso el meollo del asunto no está en saber dónde se consumó, como parece entenderlo los colisionantes, sino quién es el competente para conocer del delito de inasistencia alimentaria, dado que la ley ordena -artículo 271 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989 que empezó a regir el 1º de marzo de 1990- que corrozca de él el Juez Municipal de la residencia del titular del derecho.

La Sala, al tratar un caso análogo al presente, dijo en auto de agosto 29 de 1990, Magistrado Ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez:

"Se ha entendido, con razón que esa residencia del titular del derecho -establecida con el objeto de favorecer a la parte desvalida-, es al momento de la presentación de la querella, pues no es de recibo que fenómeno jurídico tan trascendental como la competencia esté variando, según los desplazamientos de residencia que, por inconvenientes económicos mismos o factores de otra índole, haya de soportar el titular del derecho o su representante legal".

En el caso que nos ocupa, cuando se formuló la querella en el Juzgado Primero Penal Municipal de Honda -marzo 30 de 1993- se señaló como lugar de residencia La Dorada, remitido el asunto a dicha ciudad, en ampliación de la diligencia -mayo 10- se ratificó la residencia en esa municipalidad y cuando posteriormente la querellante solicitó ampliar la denuncia -mayo 19-, sugirió que se enviaran las diligencias a Honda, lugar donde estaba ubicada su residencia desde hacía aproximadamente un mes.

Así las cosas, no hay duda que cuando se formuló la querella el menor en cuestión residía con su madre en la ciudad de La Dorada, siendo entonces este el lugar donde ha de quedar radicada la competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 271 del Código del Menor, que es la norma aplicable para este caso concreto.

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

RESUELVE:

Declarar que la competencia para conocer de estas diligencias corresponde al Juzgado Primero Penal Municipal de La Dorada, Caldas, a donde se devolverá el expediente.

Con inserción de este proveído, dése el respectivo aviso al Juzgado Primero Penal Municipal de Honda, Tolima.

Cópiese, 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.

Rafael Cortés Garnica. Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA / CONTRAVENCION

1. El Código Penal Militar, extiende su imperio a quienes están sometidos a su regla, en el ámbito de los delitos, mediante previsiones que se pueden concretar en estas tres grandes categorías: a) Definición de conductas punibles esencialmente propias al elemento militar, y que traducen la parte principal y más saliente de este ordenamiento. b) Definición de conductas punibles recogidas de otras normatividades jurídicas, en especial del Código Penal Militar, usualmente con los mismos rasgos típicos y pena que aquella codificación señala, pero que tienen que relacionarse, circunstancialmente con el quehacer de la fuerza pública para merecer la aplicación de este fuero. c) Delitos que no aparecen en el Código de Justicia Penal Militar pero sí están previstos en otros dispositivos legales, en los cuales es necesario advertir que su realización ha tenido que ver con la función militar desempeñada, para merecer esta especial forma de juzgamiento y sanción. 2. La situación foral la restringe perentoriamente la Constitución Política -artículo 221- a "los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública (militares y Policía Nacional -artículo 216-) en servicio activo, y en relación con el mismo servicio...", debiéndose entender que los aspecto contravencionales, salvo el tema disciplinario -artículo 217, inciso tercero- que también mantiene esta reserva de conocimiento, así estén adscritos a otros organismos, no los atrae este tratamiento especial, ni siquiera como fenómeno de conexidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7187.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado por Acta número 57.

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

Vistos

El Cabo Segundo del Ejército Ismael Naranjo Vargas, por los delitos culposos de homicidio, lesiones personales y el intencional de desobediencia, fue condenado a

purgar cuarenta y ocho (48) meses de prisión, así como las accesorias legales, por el Tribunal Militar, fallo que está fechado el 28 de octubre de 1991.

El recurso de casación interpuesto que ahora se define, fue admitido en auto de 7 de julio de 1992 y la demanda en proveído de 7 de julio de este mismo año.

Hechos

Dijo al respecto la primera instancia:

"Sucedieron el 1º de noviembre de 1990 a las 21:00 horas aproximadamente, en la vía que de Melgar conduce a Bogotá, a la altura del kilómetro 90, cuando el Cabo Segundo Naranjo Vargas Ismael, quien venía en estado de embriaguez conduciendo a gran velocidad el vehículo Pick-Up. EJC-89262 perteneciente al Batallón Rifles, en el que transportaba material de construcción desde la ciudad de Girardot con destino al Casino de Oficiales de la Unidad, perdió el control del automotor causándole su repetido volcamiento, lo que dejó como consecuencia la muerte inmediata de un soldado, lesiones de gravedad en otros cuatro y la destrucción casi total del vehículo".

Actuación Procesal

Sobre el particular destaca la Procuraduría Segunda Delegada:

"Con base en el informe suscrito por el Mayor Rodrigo Restrepo Rivera, Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Infantería No. 29 Rifles, en noviembre 6 de 1990 el Juzgado 39 de Instrucción Penal Militar abrió la correspondiente investigación penal, despacho este que, luego de recibir una declaración, procedió a escuchar en indagatoria al Cabo Segundo Ismael Naranjo Vargas, a quien se le resolvió la situación jurídica decretándosele la detención preventiva.

"En el curso de la investigación se recepcionaron múltiples declaraciones; se aportaron la respectiva diligencia de necropsia y los reconocimientos medico- legales de los lesionados; se allegó la hoja de vida del militar procesado; se llevó a cabo inspección judicial y se adjuntaron varios y distintos documentos de interés para la averiguación.

"Perfeccionada la investigación la misma fue clausurada, mediante Resolución número 004 del 19 de febrero de 1991, el Comandante del Batallón de Infantería No. 29 Rifles convocó un Consejo de Guerra Verbal con la intervención de Vocales para juzgar la conducta del procesado Naranjo Vargas, por los delitos culposos de homicidio, lesiones personales y peculado y por el delito de desobediencia.

"Celebrado el juicio, en donde se decretaron unas pruebas, y obtenidas respuestas afirmativas a los cuestionarios puestos a consideración de los vocales, sobrevinieron las sentencias de primera y segunda instancia ya referidas".

La Demanda

Con apoyo, fundamentalmente, en el artículo 442-3 del C. de Justicia Penal Militar se afirma el proferimiento de la sentencia en juicio viciado de nulidad, ya que "el señor Comandante del Batallón de Infantería No. 29 Rifles del cual hacía parte, como orgánico

del mismo en su calidad de Cabo Segundo, el procesado Ismael Naranjo Vargas y el señor Presidente del Consejo Verbal de Guerra convocado para juzgar al procesado, carecían en forma absoluta de jurisdicción y competencia para juzgarlo por los hechos punibles de lesiones personales culposas agotados en la humanidad de los soldados Miguel Antonio Rodríguez Garzón, Misael Antonio García Martínez, Oscar Orlando Pérez Pérez y Luis Alfonso Ruiz Rojas, por haber entrado en vigencia la Ley 23 del 21 de marzo de 1991".

A. Se recuerda que para el 17 de mayo de 1991, fecha de iniciación del respectivo Consejo Verbal de Guerra, ya regía la citada Ley 23 de 1991 que "desjudicializó" -como se dice ahora- los hechos punibles de lesiones personales culposos cuando se dan las circunstancias de los numerales 9º y 10 del artículo 1º de dicha norma, esto es, cuando la incapacidad es menor de treinta (30) días y no queden secuelas, ya que tales conductas quedaron reducidas a simples contravenciones especiales de competencia de los Inspectores de Policía en forma exclusiva.

"Pese a esto, de todas maneras en la Corte Marcial se le formularon al procesado los cuestionarios números 2, 3, 4 y 5 (fls. 348 a 351) que tienen que ver con lesiones personales culposas con incapacidades por debajo de los treinta (30) días, sin consecuencias o secuelas, lo que indica que al procesado se le formularon cargos por hechos que habían dejado de ser hechos punibles, sin tener en cuenta que la Jurisdicción Penal Militar solamente puede conocer y juzgar hechos punibles, conforme al artículo 14 del Código Penal Militar, ya que las faltas se juzgan conforme a los reglamentos disciplinarios, según dice el artículo 15 de la misma codificación y las contravenciones como se señala en la Ley 23 del 21 de marzo de 1991.

"De ahí que por falta de jurisdicción y competencia, en cuanto respecta al hecho punible de lesiones personales, en el señor Juez de Primera Instancia y por delegación en el señor Presidente del Consejo Verbal de Guerra, y desde luego, del Tribunal Superior Militar, este proceso es nulo desde el auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación.

"Nótese cómo el Tribunal Superior Militar responde displicentemente y sin ninguna fundamentación jurídica el pedimento de nulidad formulado por la defensa con estas palabras '... en cuanto hace relación al pedimento del defensor sobre una eventual nulidad del Consejo de Guerra por haberse juzgado al C.S. Naranjo Vargas con violación a la ley pues desde la vigencia de la Ley 23 de 1991, el hecho de lesiones personales dejó de ser delito y se convirtió en una simple contravención, en verdad es un argumento respetable, pero lamentablemente no compartido por la Sala, por cuanto la ley citada no afecta el Código Penal Militar' (fol. 460).

B. Después de celebrado el Consejo Verbal de Guerra, el Tribunal encontró que no se configuraba el delito de peculado culposo, lo cual estimó como propio a una nulidad parcial; pero, luego de invocar los artículos 307 del C. de P. P. y 466 del C. de J. Penal Militar, dictó sentencia por los demás delitos y por el peculado ordenó cesar el procedimiento. El recurrente anota que el Tribunal Superior Militar "lo que debió haber hecho, estimamos nosotros, fue decretar la contraevidencia del veredicto por peculado culposo, por cuanto la cesación de procedimiento y más en tratándose de Consejo Verbal de Guerra con intervención de vocales es de competencia del juez como se indica en el artículo 316 del Código Penal Militar.

"Así que por este aspecto tampoco se cumplió, pese a lo favorable para el procesado, con el debido proceso y esto genera nulidad de todo lo actuado a partir del cierre de la investigación por parte del Juez de Primera Instancia".

C. "En el juzgamiento del procesado no se dio aplicación al principio de la favorabilidad normativa, puesto que no se aceptó que las lesiones personales culposas por las cuales se le llevó a Consejo Verbal de Guerra habían sido "desjudicializadas", presentándose el fenómeno jurídico al cual concretamente se refiere el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, por una parte y por la otra, que el hecho punible de peculado culposo no se configuraba... La violación del principio de la favorabilidad normativa, como garantía procesal del rango constitucional, acarrea también la nulidad de todo lo actuado desde el auto de cierre de investigación y más cuando se consagra específicamente este hecho como nulidad, según se aprecia en el numeral 4ª del artículo 464 del Código Penal Militar".

Criterio de la Procuraduría Segunda Delegada

Así el recurso de casación no se refiera propiamente al delito que lo permitía (homicidio culposo) pues todo se centra en el de lesiones personales *ídem*, debe procederse a su consideración, tanto porque el recurso involucra la violación al debido proceso como por lo que manda el artículo 218, inciso segundo, del C. de P.P.

Respecto de la primera censura, se descarta la aplicación de la Ley 23 de 1991 al ámbito penal militar porque el objetivo de esa normatividad "fue el de crear mecanismos para descongestionar los 'despachos judiciales', entendiéndose que tales mecanismos de descongestión tienen como destinatario el sistema de justicia ordinario en la medida que es éste el aquejado por múltiples y complejas dificultades, no pudiéndose incluir allí el Régimen Penal Militar.

Tanto es así que la mencionada ley, en forma particular, contempla variaciones no sólo en el 'ámbito penal ordinario sino que también cobija temas como laboral, tránsito, familia y contencioso administrativo, siendo fácil observar que en nada se refirió a la ley Penal Militar".

Y, además, se relaciona la especialidad castrense y lo atinente al fuero de los sometidos a sus dictados, de lo cual se infiere "que no es posible que un militar sea investigado y juzgado por parte de un Inspector de Policía y, por razón de una contravención. Mírese bien cómo el Decreto 0800 de 1991 no creó cargos de Inspección de Policía 'militares' lo que en últimas permite entender que la Ley 23 no contempló esa especial materia".

Finalmente, no viene al caso el principio de favorabilidad, "pues es bien sabido, que dicha regla es predicable de la sucesión o tránsito de leyes siempre y cuando que ellas se ocupen de una idéntica materia, punto este que, como se ha visto, no es el relacionado con el asunto objeto de estudio, siendo por lo tanto infructuoso pretender una inexistente nulidad so pretexto del referido principio".

De la segunda objeción expresa "que la nulidad alegada es superficialmente planteada en la medida que el actor no desenvuelve a plenitud los fundamentos de su censura ni precisa la incidencia que la irregularidad tuvo en la decisión tomada en la

sentencia, además que se muestra contradictorio al presentar paralelamente dos posibles soluciones a la pretendida anomalía, desconociendo el libelista que la nulidad en el recurso extraordinario de casación no es de libre postulación y, al igual, que las demás causales, no escapa a las exigencias técnicas que lo gobiernan, no pudiendo la Corte entrar a suplir los vacíos de la demanda y mucho menos buscar el alcance que el censor no pudo darle al ataque".

De otro lado, así la solución acordada por el Tribunal Superior Militar está lejos de corresponder a una decisión jurídica correcta, la posición del impugnante refluiría en un propósito de agravar la situación del procesado, proyección improcedente en esta clase de acusaciones.

Reflexiones de la Sala

Son aspectos puntuales en este asunto los que a continuación se anotan:

1. No pocas de las razones expuestas por la Delegada, respecto de este primer cargo, se muestran rotundamente acertadas, al punto de constituir, por sí, suficiente y válido motivo para rechazar esta censura. Pero a lo dicho por el colaborador del Ministerio Público, y en forma coincidente con su opinión, la Sala se permite agregar lo siguiente:

El Código de Justicia Penal Militar, extiende su imperio a quienes están sometidos a su regla, en el ámbito de los delitos, mediante previsiones que se pueden concretar en estas tres grandes categorías:

a) Definición de conductas punibles esencialmente propias al estamento militar, y que traducen la parte principal y más saliente de este ordenamiento, como por ejemplo, toda la amplia gama de delitos contra la disciplina (artículo 97 y ss. del Decreto 2550 de 1988), contra el servicio (artículos 108 y ss.), de la libertad indebida de prisioneros de guerra (artículos 120 y ss.), contra los intereses de las Fuerzas Armadas (artículo 122), contra el honor (artículos 123 y ss.), contra la seguridad de las Fuerzas Armadas (artículos 142 y ss.), infracciones que por sí, llevan ínsitas el ejercicio de esa especializada actividad castrense;

b) Definición de conductas punibles recogidas de otras normatividades jurídicas, en especial del Código Penal Común, incorporadas al Estatuto Penal Militar, usualmente con los mismos rasgos típicos y penas que aquélla codificación señala, *pero que tienen que relacionarse, circunstancialmente, con el quehacer de la fuerza pública* para merecer la aplicación de este fuero, adicionándose, innecesariamente, en algunos casos la expresión "con ocasión del servicio", como en el homicidio, artículos 259 y ss., las lesiones personales, artículos 266 y ss., hurto, artículos 278 y ss., etc., o dejando por fuera tal connotación, como en los delitos de fraude procesal, artículo 236, falsedad en documentos, artículos 242 y ss., daño, artículos 283 y ss., y

c) Finalmente, delitos que no aparecen en el Código de Justicia Penal Militar pero sí están previstos en otros dispositivos legales, v. gr., el Código Penal, como serían los delitos contra la salubridad pública (artículos 203 y ss.), contra el sufragio (artículos 248 y ss.), contra la familia (artículos 259 y ss.), contra la libertad y pudor sexuales (artículo 298 y ss.), etc., en los cuales es necesario advertir que su realización ha tenido que ver con la función militar desempeñada, para merecer esta especial forma de juzgamiento y sanción.

Pues bien, en el caso examinado no puede negarse que los delitos de lesiones personales, por los cuales fuera sometido a Consejo Verbal de Guerra el procesado, pertenece en al segundo de los grupos antecedentemente determinados en esta providencia. De ellos afirma el Casacionista, con base en la Ley 23 de 1991, su desnaturalización para convertirse en contravención, cuando la secuela apenas alcance una incapacidad para el trabajo, inferior a 30 días. La reforma, a su entender, repercute integralmente en la órbita militar. Pero, por lo anotado, bien se comprende la independencia, a este respecto, de los Códigos Penal y de Justicia Penal Militar, imposibilitándose la absoluta e indiscriminada traslación de toda modificación introducida en el primero de ellos, al segundo, requiriéndose, si se quiere asumir esta finalidad una expresión *particularizante* de señalar para la enmienda esa amplia e total cobertura, o se advierta la necesidad insoslayable de aplicar estas sus consecuencias, como lo fue, en su oportunidad, la supresión de la pena de presidio que se hizo indispensable sustituir por la de prisión, en las sanciones de esta especializada normatividad o como sería el caso de que desaparecieza de toda posible represión una conducta, legitimándose la misma. No se trata, en el caso de autos, de ninguna de estas alternativas y, por el contrario, es advertible, como ya se dijo, la autonomía de los enunciados de una y otra legislación, al punto que ni siquiera (apreciación importante para algunos) se dio el fenómeno de la simple remisión (dar por reproducido el texto con la mención del respectivo artículo), sino que se reprodujo o compuso su texto completo, con lo cual se afirmó la característica individualizante de la incorporación. Con esto se excluía toda posible subordinación al Código Penal, y se le otorgaban atributos propios dentro del Código de Justicia Penal Militar. No sobra recalcar que, el objetivo de la Ley 23 de 1991 (descongestionar por esta vía los espacios de la Rama Judicial), no se reformaba siquiera con aproximado aprestio en uno y otro ámbito de justicia, pues la reforma quiso circunscribirse a esferas desligadas y extrañas a la competencia castrense.

Lo anterior indica que el juzgamiento realizado sobre los comportamientos apreciados como delitos de lesiones personales, fue el pertinente y que tales conductas, para los militares activos que las ejecutan con ocasión de sus actividades *idem*, mantiene actualmente el carácter delictivo.

Conviene sí advertir un aspecto de la opinión de la Delegada, de la cual se aleja la Sala, y relacionada con la intervención de autoridades de policía en situaciones relacionadas con militares. Sobre este particular el disenso se marca en recordarle al Ministerio Público que la situación foral la restringe perentoriamente la Constitución Política -artículo 221- a "los *delitos* cometidos por los miembros de la Fuerza Pública (militares y Policía Nacional -artículo 216-) *en servicio activo*, y *en relación con el mismo servicio...*", debiéndose entender que los aspectos *contravencionales*, salvo el tema disciplinario -artículo 217, inciso tercero- que también mantiene esta reserva de conocimiento, así estén adscritos a otros organismos, no los atrae este tratamiento especial, ni siquiera como fenómeno de conexidad.

2. Igualmente, en relación con este cargo, debe coincidirse con la Delegada en cuanto a estimar como fenómeno ajeno la invocación del principio de favorabilidad. Y esto se dice por resultar muy cuestionable su incidencia en el caso analizado, pues de separarse las investigaciones el *quantum* punitivo a que se vería expuesto el procesado, para atender a la alegada y no procedente variación de la naturaleza de la conducta

cumplida (de delito a contravención) aumentaría con la exclusión del cúmulo jurídico atendido en su sancionamiento y además, porque la pena privativa de la libertad, al menos en su mínimo, se intensificó en la Ley 23 de 1991, sin que el procesado hubiera advertido, tan pronto fue factible atender un pedimento de esta índole, su deseo de correr este riesgo (Ley 153 de 1887, artículos 44 y 45), advertido claramente de la ninguna incidencia que tendría en la anulación de este juzgamiento en cuanto al homicidio y la desobediencia, única ventaja que podría llevarle a asumir tan gravosa consecuencia.

De otro lado, la conclusión se sostiene fundamentalmente porque la permisibilidad supone una variación legislativa, al punto que varios dispositivos, unos más odiosos que otros, puedan proyectarse en el juzgamiento del procesado, como lo sería, en el evento comentado, el que siquiera pudiera hablarse de un espacio en el cual el comportamiento fue considerado como delito y luego como contravención, cambio que, por lo anotado al contestar la primera censura, no se da, pues no resulta del todo superfluo volver a repetir que, para el sentenciado, ayer y hoy sigue estimándose su obrar de lesiones personales, como delito.

3. Por último, debe responderse negativamente a este último motivo de censura por la patísima razón de no haberse escogido la vía adecuada para plantearla, puesto que si se trataba de advertir una incongruencia entre el cuestionario sometido a los vocales del Consejo Verbal de Guerra, en cuanto al peculado culposo, su respuesta y el de sobreseimiento que se hiciera de ello en la sentencia del Tribunal Superior Militar, ha debido acudirse a la causal segunda del artículo 442 del Decreto 2550 de 1988. Conviene destacar, así el medio procesal utilizado se resintiese de cierta heterodoxia, que el fallador de la segunda instancia empezó por restarle procedencia a la veredicción obtenida sobre el peculado culposo (declaró su nulidad -atipicidad- porque este segmento comportamental del procesado formaba parte de las otras conductas por las cuales se determinaba una sanción -*non bis in idem*-) y terminó cesando todo procedimiento.

En esta reprochada decisión tampoco debe perderse de vista que la misma resultó ampliamente favorable al sentenciado, pues se logró disminuir el fallo de primer grado, a este título, en dieciocho meses, con lo cual se atendió a este respecto la pretensión del defensor al interponer el recurso de alzada. No se advierte interés alguno, mediante la casación, en hacer más gravosa la situación del condenado con un propósito de esta índole, salvo el tratar de destruir lo que si se admitiera el punto, no alcanzaría su logro, pues se tendría que mantener lo dispuesto para el homicidio, las lesiones personales y la desobediencia, ordenándose la revocatoria de la cesación de procedimiento, con su consiguiente contraevidencia y nueva intervención de vocales sobre el peculado culposo, si el Tribunal persistiese en mostrarse benigno aunque no acertado en la valoración que a ello corresponde.

Las circunstancias consignadas y las peculiaridades de las decisiones en que ello se asumiera, no permite el ejercicio de una actividad de oficio por parte de la Corte para recomponer en este punto la demanda presentada.

Las objeciones no prosperan.

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

RESUELVE:

No casar el fallo recurrido ya señalado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

TERMINO / RECURSO

La irregularidad, originada en la equivocación del dependiente judicial a cuyo cargo se encuentra el control de los términos, no amerita que el recurso se declare desierto. Pues bien miradas las cosas, desde el punto de vista práctico a las partes sólo se le puede exigir que respondan por sus cargas procesales, en la medida en que la realidad procesal les permita conocerlas y ejercerlas oportunamente. En esas condiciones, los efectos, y por tanto, sanciones procesales, no pueden afectar a las partes cuando no cuentan con un punto de partida definido para iniciar la contabilización de un término legal, concedido en su favor y ello depende de las constancias que deban obrar en el respectivo expediente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8218

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado por Acta número 60.

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

Vistos

Revisado el trámite que se imprimió al recurso extraordinario de casación que interpusieron el defensor del procesado William Gallego López y el sentenciado Rafael Antonio Posada Ospina, procede la Sala a decidir lo que en derecho corresponde.

Antecedentes

En decisión del 17 de julio de 1992, el Tribunal Nacional decidió la apelación que se interpuso contra la sentencia que el 27 de abril de ese año dictó un Juzgado de Orden Público de esta ciudad, condenando a Rafael Antonio Posada Ospina a siete años de prisión y a William Gallego López a seis años de prisión, como responsables de los delitos de homicidio (tentado), hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas e infracción al artículo 19 del Decreto 180 de 1988.

Oportunamente, el procesado Posada Ospina y el defensor de Gallego López, interpusieron recurso de casación contra el fallo de segundo grado.

El 4 de septiembre pasado se concedió el recurso y se dispuso correr los traslados de ley. El auto que contiene esta decisión se notificó a los procesados Posada y Gallego y al defensor de este último el 8 de septiembre y a Procurador Judicial el 9 de septiembre.

En las fechas respectivas, la Secretaría del Tribunal Nacional dejó constancia de que el 11 de septiembre de 1997 se inició el término del traslado a los recurrentes para presentar las demandas y que el 26 de octubre siguiente se venció ese plazo sin que se hubiera presentado el libelo correspondiente, por lo que pasó el expediente al despacho.

Por auto del 27 de octubre de 1992 el Tribunal Nacional declaró desierto el recurso de casación interpuesto por Rafael Antonio Posada a nombre propio y por el defensor de Gallego López, doctor Hirlán Quiceno Betancur.

Contra esa decisión el doctor Quiceno interpuso recurso de reposición en memorial presentado el 30 de octubre, por cuanto sólo se había surtido el primer traslado, quedando pendiente el que le correspondía al procesado Rafael Posada; y en la misma fecha, en otro escrito pidió la libertad de su poderdante Gallego López.

El 5 de noviembre pasado el Tribunal Nacional revocó parcialmente el auto de sustanciación que había dictado el 27 de octubre anterior y en consecuencia dispuso que efectivamente se corriera el traslado de treinta días al procesado Rafael Posada. De otra parte se denegó la libertad invocada en favor de William Gallego.

La decisión anterior se notificó, en el mismo mes de noviembre de 1992, el día 9 al Procurador Judicial; el 10 a William Gallego; el 11 a Rafael Posada y el 12 por estado.

El defensor de Gallego recurrió en reposición la decisión que denegó la libertad de su mandante. Del 19 al 23 de noviembre se surtió el traslado de la reposición (inhábiles los días 21 y 22), sin pronunciamiento del 24 de ese mes, el Tribunal Nacional se negó a reponer la determinación que había adoptado con respecto a la libertad de Gallego López y no concedió el recurso de apelación.

Las notificaciones de este último pronunciamiento se cumplieron: el 26 de noviembre a William Gallego y aparentemente también la de Rafael Antonio Posada, pues la de éste carece de fecha; el 1° de diciembre la del Procurador Judicial ante el Tribunal Nacional y el 3 de diciembre por estado.

En la última fecha, pasaron las copias del expediente al despacho para resolver nuevamente sobre la libertad de William Gallego por cuanto de la cárcel llegó un certificado de trabajo de ese recluso, dando lugar a otra decisión desfavorable.

El 10 de diciembre de 1992 la Secretaría del Tribunal dejó constancia de que desde ese día se iniciaba el traslado de treinta días en favor del recurrente en casación Rafael Antonio Posada Ospina.

El 22 de enero de 1993, el doctor Hirlán Quiceno Betancur, asumiendo ahora la representación de Rafael Posada Ospina presentó la demanda de casación en favor de este procesado.

Por auto del 19 de abril de 1993, el Magistrado Sustanciador en esta Corporación declaró ajustada a los requisitos formales establecidos en el artículo 225 del C. de P. P., la demanda de casación presentada por el doctor Quiceno Betancur en nombre del sentenciado Rafael Antonio Posada Ospina y dispuso correr el traslado de ley al Procurador Delegado en lo Penal.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

El señor colaborador del Ministerio Público ante esta Corporación considera que la sustentación del recurso extraordinario de casación se realizó extemporáneamente, por cuanto el término de presentación de la demanda transcurrió del 19 de noviembre de 1992 al 5 de enero de 1993, no obstante lo cual, fue introducida el 22 del último mes mencionado.

Explica el Delegado que el término del traslado para el recurrente Posada Ospina se cumplió entre las fechas que señaló por cuanto el día 18 de noviembre de 1992 se ejecutorió el auto, ya inimpugnable, proferido el 5 de ese mes, por medio del cual se revocó parcialmente la decisión de declarar desierto el recurso de casación que este procesado había interpuesto en nombre propio.

Insiste el señor Agente del Ministerio Público en expresar que aún en el evento de descontar el lapso del trámite de la reposición interpuesto con respecto a la libertad no concedida a otro procesado, William Gallego, el término de presentación de la demanda de casación se habría iniciado el 25 de noviembre de 1992, venciendo el 12 de enero de 1993, por lo que de cualquier forma la presentación del libelo resultó extemporánea.

Como consecuencia de sus reflexiones, el Delegado concluye que no tenía por qué aparecer la tardía nota secretarial del folio 86, conforme a la cual el descuento del término procesal se iniciaba el 10 de diciembre de 1992, porque ese yerro consentido por el defensor recurrente condujo a que no se observaran las disposiciones de los artículos 172, 175 y 231 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose configurado una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

Con base en tales razonamientos el Procurador Delegado impetra a la Sala la declaratoria de nulidad de la actuación a partir del auto que declaró ajustada a las exigencias de ley la demanda presentada en nombre de Rafael Antonio Posada Ospina.

Consideraciones

No carece de razón el Procurador Delegado cuando contabiliza los términos de ejecutoria de las providencias dictadas por el Tribunal Nacional en el trámite del recurso de casación interpuesto en este proceso.

Es así como, el proveído del 5 de noviembre de 1992 contiene dos determinaciones: La primera, repone el auto del 28 de octubre anterior que había declarado desierto el recurso extraordinario interpuesto por Rafael Antonio Posada Ospina y en su lugar dispone correr el traslado que a este proceso le corresponde para que por intermedio de apoderado presentara la respectiva demanda. Esta determinación, como resultado de una reposición ya no era susceptible de otro recurso.

La segunda decisión que adopta el mencionado auto de 5 de noviembre de 1992 alude a la negativa de conceder la libertad provisional a William Gallego López, la cual, posteriormente fue objeto de impugnación dando lugar a otros pronunciamientos, todos relacionados con este último aspecto, y que por lo tanto en nada podían modificar la orden de surtir el traslado.

La última notificación del proveído que se menciona se realizó por estado el 12 de noviembre de 1992; por consiguiente, habiendo sido inhábiles los días 14, 15 y 16, la ejecutoria se cumplió el 18 de ese mes, lo que obligaba a iniciar el traslado el día 19 de noviembre de 1992, que vencía el 5 de enero de 1993, puesto que el Tribunal Nacional no tiene vacaciones colectivas. Sin embargo, el Secretario del Tribunal Nacional, sólo surtió el traslado hasta cuando se ejecutorió el auto de 24 de noviembre, lo que ocurrió el 9 de diciembre, iniciando el cómputo correspondiente al día siguiente (10 de diciembre de 1992), en forma equivocada, tal como lo ha expuesto el funcionario que impetra la nulidad.

No obstante lo anterior, en contra de lo resuelto en pretéritas oportunidades, la Sala estima que tal irregularidad, originada en la equivocación del dependiente judicial a cuyo cargo se encuentra el control de los términos, no amerita que el recurso se declare desierto. Pues, bien miradas las cosas, desde el punto de vista práctico, a las partes sólo se les puede exigir que respondan por sus cargas procesales, en la medida en que la realidad procesal les permita conocerlas y ejercerlas oportunamente.

En esas condiciones, los efectos y, por tanto, sanciones procesales, no pueden afectar a las partes cuando no cuentan con un punto de partida definido para iniciar la contabilización de un término legal, concedido en su favor y ello depende de las constancias que deban obrar en el respectivo expediente.

En este caso específico, surgió una situación equívoca respecto del día en que debía comenzar el traslado para presentar la demanda de casación a nombre del procesado Posada Ospina, por cuanto la decisión que lo dispuso (auto de noviembre 5 de 1992) fue impugnada para atacar otra determinación allí adoptada por el Tribunal, dando lugar a una confusión con respecto a la ejecutoria de la orden de correr el traslado, que evidentemente impidió al recurrente establecer por sí mismo el momento en que empezaba el término para sustentar el recurso de casación. Tanto es así que el propio Delegado en la petición que se está resolviendo planteó dos formas distintas de computar el mismo término, una de las cuales ha compartido la Sala.

Corresponde a la Corte, como a todas las altas corporaciones de Justicia hacer efectivo el principio garantista del derecho procesal, en aras del cumplimiento de los preceptos constitucionales, conservando un equilibrio entre el seguimiento de los pasos y términos de ley, los derechos de las partes y las situaciones de orden práctico que surgen en el trámite de la aplicación del derecho.

En un evento como el que aquí se ha suscitado, para ejercer el derecho ya postulado de recurrir por la vía extraordinaria, a la defensa no le bastaba conocer el término que la ley le otorgaba y la respectiva disposición judicial; era necesario que la administración de justicia le indicara el momento en que se iniciaba el traslado, ocurriendo que el subalterno judicial encargado de ello se equivocó en ese señalamiento, yerro que, por lo tanto no podría repercutir en perjuicio del recurrente.

En un caso similar ya la Sala, en pronunciamiento del 5 de mayo del presente año, con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel, puntualizó:

"...si bien es cierto, que el proceder del Secretario fue equivocado, también lo es que no sería justo descontarle al recurrente, de los treinta días que la ley le da para hacer la demanda, diez en los cuales es evidente que no tuvo acceso al proceso para sustentar la impugnación.

"Obsérvese que en este caso no se trata de un simple error en la contabilización de los términos, sino de la imposibilidad del sujeto procesal para disponer de las diligencias durante todo el tiempo que la ley le otorga. Si una actuación irregular del Secretario no puede aceptarse como razón suficiente para ampliar un término, tampoco es motivo válido para restringirlo, y eso sería lo que ocurriría en el asunto que nos ocupa si se atiende la petición del Procurador. Diciéndolo de otra manera, al no darle curso a lo ordenado en el auto, poniendo el proceso efectivamente a disposición del abogado, el término no podía empezar a correr, so pena de afectarse el derecho a la defensa...".

Bajo tales consideraciones la Sala no encuentra fundamento para decretar la nulidad que advierte el representante del Ministerio Público en esta actuación, a quien, por lo tanto se le devolverá el expediente para lo de su cargo.

Ahora bien, habida cuenta que la errónea actuación de la Secretaría del Tribunal Nacional ha implicado el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 231 del C. de P.P., se compulsarán las copias pertinentes de la actuación con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, con el fin de que se determine si hay lugar o no a adelantar proceso disciplinario.

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

RESUELVE:

No decretar la nulidad impetrada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal. *Devolver* el expediente al despacho del mencionado funcionario, para lo de su cargo. *Compulsar* las copias a que alude la motivación de este proveído con el fin y destino allí señalados.

Cópiese, 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 E. Cortés Garnica, Secretario.

TERMINO

Dice el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil: "La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio y en su defecto como lo disponen los numerales 1° y 2° del artículo 320". /Al prever la prórroga de términos, el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal dice: "Los términos legales o judiciales no pueden ser prorrogados a petición de los sujetos procesales, hecha antes de su vencimiento, por causa grave y justificada".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8502.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado por Acta número 61.

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

Resolverá la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada a nombre del procesado Raúl Antonio García.

Antecedentes

1. Mediante sentencia de 14 de octubre de 1992 (fls. 107 y ss.-4), el Juzgado 54 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá condenó a los procesados Raúl Antonio García y Manuel González Posada a la pena principal de 18 años de prisión, como autores de los delitos de homicidio agravado y hurto.

Apelado este fallo por los defensores de los procesados, el Tribunal, mediante el suyo de 18 de diciembre de 1992, lo confirmó, modificándolo en el sentido de fijar en un tiempo igual a la pena principal, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas (fls. 79 y ss.-5).

2. Interpuesto por el procesado García el recurso extraordinario de casación, se le concedió por el Tribunal, dándose aviso a las partes (fls. 96 y ss.). El término para la

presentación de la demanda empezó a correr el 4 de marzo y vencía el 22 de abril, según constancia dejada por el Secretario (fl. 105).

El 30 de marzo, el recurrente designó defensor para la presentación de la demanda, quien, con fecha 21 de abril, hizo llegar un memorial renunciando irrevocablemente al poder a él otorgado, ya que "se me incumplió por parte de los interesados en el pago de los honorarios pactados" (fl. 107).

El mismo día (21 de abril), el proceso pasó a despacho del magistrado sustanciador, quien dictó auto de fecha 22 de abril, en el cual tomó las siguientes decisiones, fundamentándose para el efecto en los artículos 69 y 320 del Código de Procedimiento Civil:

a) Suspender el término para presentar la demanda de casación, "a partir del 21 de abril en curso, inclusive";

b) Enterar al procesado de esta situación procesal;

c) Comunicar al abogado renunciante, "para que no incurra en falta disciplinaria por el incumplimiento de sus deberes profesionales a los que se comprometió al aceptar el poder" (fl. 113).

Al ser enterado de ese auto, el procesado manifestó que "he nombrado a uno de defensoría pública de la Cárcel Nacional Modelo" (fl. 112). Y al hacerse lo propio con el defensor, éste presenta un escrito de 23 de abril, en el que dice: ". . .con respeto le manifiesto que para no vulnerar interés jurídico y obrando aún como defensor del procesado, según lo preceptuado en el artículo 69 del C. de P. C., en el sentido de que la renuncia al poder sólo surte efectos 5 días después, y a pesar de no haber recibido mis honorarios profesionales, estoy dispuesto a presentar la sustentación del recurso o demanda de casación..." (fl. 114).

Por auto de 23 de abril el Magistrado sustanciador dice al respecto que "debe entenderse que desestima la renuncia unilateral al poder, por lo cual se reanudará el trámite del recurso de casación, en aras del principio de defensa y de celeridad, a partir del próximo lunes 26 de abril" (fl. 116).

El 27 de dicho mes, el defensor presentó entonces demanda de casación (fls. 120 y ss.), el 28 se dio traslado de la misma a los no recurrentes y, mediante auto 30 de mayo, se dispuso remitir el proceso a la Corte (fl. 132).

3. El Secretario de esta Sala pasó el expediente a despacho con el siguiente informe: "El traslado al recurrente empezó en fecha oportuno y vencía el 22 de abril de 1993, pero ante 'renuncia irrevocable' del defensor, el magistrado resolvió suspender los términos, los que ordena reanudar después de que el mismo renunciante desiste de su manifestación al día siguiente de la fecha inicial de vencimiento" (fl. 2 cuaderno Corte).

Se Considera

1. Dice el arguido artículo 69 del Código de Procedimiento Civil: "La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido

a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1° y 2° del artículo 320".

Emerge entonces, claro, que si el 21 de abril el defensor renunció al poder, éste continuó vigente hasta una fecha que excedía al 22 de dicho mes, cuando venció el término para presentar la demanda de casación. Siendo ello así, el magistrado sustanciador no podía por su propia iniciativa suspender ese término, como efectivamente lo hizo, para reanudarlo el 26.

Al prever la prórroga de términos, el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal dice: "Los términos legales o judiciales no pueden ser prorrogados sino a petición de los sujetos procesales, hecha antes de su vencimiento, por causa grave y justificada". Aquí no se dio ninguna de esas previsiones, por lo que el magistrado al suspender el término para reanudarlo el 26 (con vencimiento el 27), decidió irregularmente una prórroga. En otras palabras, manifestada la aludida renuncia el 21, de todos modos el término venció el 22. De ahí que la demanda de casación presentada el 27 resulte extemporánea, lo cual obliga a declarar desierta la impugnación.

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

RESUELVE:

Declarar desierto, por ser extemporánea su sustentación, el recurso de casación interpuesto por el procesado Raúl Antonio García.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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 Cortés Garnica, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / COMPETENCIA

Corresponde al juez de ejecución de penas o de primera instancia por aplicación del artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motivada la resolución que haga cesar o rebaje una pena o medida de seguridad impuesta (artículo 510 *ibidem*) o quien esté conociendo del proceso para los efectos del beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2° del artículo 415 del citado estatuto, en cuyo caso deberá acompañarse la solicitud del certificado del Consejo de Disciplina sobre buena conducta del procesado (artículo 532).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicació número 8155.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado por Acta número 061.

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

Vistos

El procesado Eliseo Reyes Bello, quien se halla detenido en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota", solicita la redención de pena por trabajo y estudio prevista en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual, acompañó certificados a los meses de febrero a mayo y de octubre a diciembre de 1991 y todo el año de 1992.

Consideraciones de la Corte

Corresponde al juez de ejecución de penas o de primera instancia por aplicación del artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motivada la resolución que haga cesar o rebaje una pena o medida de seguridad impuesta (artículo 510 *ibidem*), o a quien esté conociendo del proceso para los efectos del beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2° del artículo 415 del citado estatuto, en cuyo caso

deberá acompañarse la solicitud del certificado del Consejo de Disciplina sobre buena conducta del procesado (artículo 532).

En el presente caso, Reyes Bello fue condenado por el Juzgado 55 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de fecha 13 de julio 1992, a la pena privativa de la libertad de 10 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo del 7 de septiembre siguiente, el que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

Es claro que si los hechos tuvieron ocurrencia el 31 de diciembre de 1990 y desde la misma fecha se encuentra privado de la libertad el peticionario, el tiempo efectivo en reclusión y la rebaja de pena que reclama por trabajo y estudio resultan insuficientes para que la Corte pueda pronunciarse sobre el beneficio consagrado en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Además, no se acompañó la correspondiente acta del Consejo de Disciplina, motivo adicional para afirmar la improcedencia de la solicitud que eleva Reyes Bello, razón por la cual, la Sala se abstendrá de pronunciarse al respecto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Se abstiene* de pronunciarse respecto de la petición del procesado Eliseo Reyes Bello, con relación a la redención de pena por trabajo y estudio, por las razones consignadas en la parte motiva.

Cópiese, 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 E. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / SENTENCIA / SEGUNDA INSTANCIA

1. Cuando la estimación valorativa de la prueba se agota sin contradecir los principios rectores que disciplinan el sistema de la sana crítica, esto es, los datos de la experiencia, los principios de la lógica y las reglas del correcto entendimiento humano, no puede el demandante respaldar sus reproches al fallo simplemente oponiendo su personal juicio crítico al del sentenciador./2 Si la sentencia de segunda instancia no aborda los diferentes temas en forma explícita, tampoco rechaza expresamente los planteamientos del inferior, con lo que se entiende que los comparte, y por ende, los aprueba.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 6966

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 61.

Santafé de Bogotá, D. C., julio ocho (8) de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado por el apoderado de la parte civil, a la sentencia de septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991), mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmó el fallo dictado por el Juzgado Sexto (6°) Superior de la misma ciudad, en julio veinticinco (25) de esa anualidad, que absolvió a la procesada Olaris Rosenda Casado Vides, de los cargos formulados en su contra por el delito-tipo de homicidio, cometido en la persona del doctor Ronaldo Camacho Lara.

Habiéndose declarado admisible el recurso, sustentado en su oportunidad y agotado el trámite de rigor, en el cual el colaborador fiscal solicita no casar el fallo recurrido, llegado es el momento de resolver lo pertinente.

Hechos

Aproximadamente a las ocho (8) de la mañana del cuatro (4) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y en momentos en que el doctor Ronaldo Camacho

Lara se encontraba en su residencia situada en la carrera 53 número 103-62 del área urbana de esta capital, se escucharon dos disparos de arma de fuego uno de los cuales hizo impacto en su región pectoral izquierda, herida que le produjo la muerte minutos después cuando era trasladado a la Clínica Shaio.

Actuación Procesal

El resumen pertenece a la Delegada:

"...El Juzgado Ciento Once de Instrucción Criminal Permanente de esta ciudad, por auto del 4 de enero de 1988 ordenó indagación preliminar, y con fecha 15 de enero del mismo año decretó la apertura de la investigación dentro de la cual vinculó mediante indagatoria a Olaris Rosenda Casado Vides, quien para la época de los hechos convivía extramatrimonialmente con el hoy occiso Ronaldo Camacho Lara.

Por providencia del 1º de febrero de 1988 el Juzgado 59 de Instrucción Criminal decretó la detención preventiva de la procesada Olaris Rosenda Casado Vides por el punible de homicidio, y ordenó la suspensión en el cargo que ésta desempeñaba como Juez 91 de Instrucción Criminal de Bogotá.

Cerrada la investigación, el Juzgado 59 de Instrucción Criminal por proveído del 7 de enero de 1989 calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación en contra de la procesada Olaris Rosenda Casado Vides por el delito de homicidio.

Celebrada la correspondiente audiencia pública, el Juzgado Sexto Superior de esta ciudad mediante sentencia del 25 de julio de 1991 absolvió a Olaris Rosenda Casado Vides de los cargos que le habían sido formulados por el reato de homicidio.

Finalmente, el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, al desatar el recurso de apelación que fue interpuesto contra esa fallo absolutorio de primera instancia, lo confirmó en su integridad mediante decisión del 27 de septiembre de 1991.

Contra la anterior decisión se impetró recurso extraordinario de casación..." por el representante de la parte civil.

La Demanda

Primer cargo

Arguye el censor que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho en la sentencia quebrantando de esta forma, indirectamente, la ley sustancial, al considerar que el contenido de la diligencia de descargos de Olaris Casado Vides tiene eco y respaldo probatorio en las declaraciones de Teresa de Jesús Legrizamón (empleada doméstica del occiso) y en los testimonios de Ronaldo Andrés, Rosmery, Javier y Oscar Francisco Camacho, (hijos del occiso). Critica el fallo por haberse dado a estas deposiciones un valor probatorio del que carecen, afirmando que si el juzgador hubiese realizado una labor de sana crítica sobre el contenido de tales exégesis jamás les hubiera otorgado credibilidad para edificar la duda y absolver, de contera, a la inculpada, lo que conlleva -son sus palabras- a sostener que ese error de hecho determinó al Tribunal a una

indebida aplicación de la ley sustancial (artículos 323, 66 y 2º del C.P.) (fls. 44 y 45 del cuaderno de casación).

Segundo cargo

En éste, plantea un error de hecho por falso juicio de existencia al no haber tenido en consideración el fallador de segunda instancia las siguientes probanzas que obran en el proceso, quebrantando el artículo 254 del C. de P.P., lo que condujo a la violación de los artículos 323 y 66-2 del C.P.

a) Las declaraciones de algunos parientes del occiso, cuyos nombres concreta el actor en el aparte denominado "...La verdad procesal frente a las consideraciones del honorable Tribunal Superior...", especificando su contenido y la incidencia que sus dichos hubieran tenido en la decisión de habérseles examinado. En el mismo orden de ideas, los testimonios acerca del estado psicológico y anímico que presentaba la víctima en los días inmediatamente anteriores a su muerte;

b) Los dictámenes periciales rendidos por balística y medicina legal, amén de las fotografías tomadas en la diligencia de levantamiento del cadáver;

c) La diligencia de inspección judicial y los peritazgos emanados de ella, lo que provocó que se desdibujaran los hechos y se les diera otro carácter.

A renglón seguido asegura que la falta de apreciación de estas pruebas elimina la duda razonable, poniendo de presente, además, en lo que pareciera una nueva tacha, otro yerro del fallador al haber tenido en cuenta un dictamen del laboratorio de toxicología relacionado con el hallazgo de "...benzodiazepinas en una tableta blanca...", pese a que, mediante auto anterior se había ordenado no considerarlo como evidencia.

Alegaciones de la Procesada

Manifestando que ejerce el derecho de defensa y que su actuación a este nivel jurisdiccional no está prohibida por la ley, la acusada Olaris Rosenda Casado Vides, presenta un memorial en donde pide a la Corte -previo análisis de los defectos que en su sentir adolece la demanda de casación- que sostenga la providencia protestada. Es de anotar que su defensora coadyuva la anterior impetración.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

No tiene vocación de prosperidad el primer cargo, señala la Delegada. El recurrente no precisa cuál de las modalidades del error de hecho es la alegada. Se limita tan sólo a criticar la valoración dada por el fallador a las pruebas en referencia, configurando una contraposición de su criterio personal con la estimación que de los medios de prueba hiciera el sentenciador. La inexistencia de la tarifa legal para estas pruebas, indican la improcedencia del reproche.

Aunque en el segundo cargo el actor plantea un error de hecho por falso juicio de existencia, tampoco es de recibo. No menciona los nombres de los testigos ignorados, ni especifica concretamente los peritazgos a que se refiere, ni tampoco aduce lo que con tales elementos de juicio pretende probar. Luego se refiere a la experticia con relación al hallazgo de una sustancia en una tableta blanca, tomada en cuenta por el fallador pese

a que el instructor había determinado que no debía tenerse como prueba. No es de recibo este segundo yerro -advierte la Delegada- pues el actor no expresa en forma concreta qué fue lo que consideró demostrado el sentenciador con esta prueba y de qué manera incidió en la decisión judicial.

Además -asegura el Ministerio Público- lo que hizo el instructor fue negar una solicitud de ampliar el dictamen de toxicología, por considerar que tal sustancia no había sido encontrada en la diligencia de levantamiento del cadáver, aparte de que sólo en el fallo de primera instancia se enunció su hallazgo sin que se hubiese tenido como prueba y menos de aquéllas, determinantes en el fallo. En esencia, concluye la Delegada, la impugnación se limita a la transcripción de extensos apartes de las pruebas aludidas y a ofrecer el criterio de valoración personal sobre ellas, posición rechazable en sede de casación. Solicita, por tanto, no se case la sentencia impugnada.

La Corte

Primer cargo

1. Plantea el impugnante que el Tribunal incurrió en error de hecho al considerar que la diligencia de inquirir rendida por Olaris Resenda Casado Vúes aparece corroborada con las declaraciones de Teresa de Jesús Legarizamón (empleada del servicio de la familia) y de Ronaldo Andrés, Rosmery, Javier Aníbal y Oscar Francisco Camacho (hijos del occiso), testimonios a los cuales se le otorgó un valor probatorio que en estricto rigor no poseen.

2. Las acusaciones fundadas en esta crítica carecen de toda relevancia jurídica por lo siguiente:

a) No obstante manifestar el censor la existencia de un yerro de hecho en la apreciación de las pruebas reseñadas, al desarrollar el reproche no señala sus modalidades. No aclara si el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en autos o si ha ignorado la presencia de la que sí está en el proceso o si ha distorsionado el contenido real de su expresión fáctica, hipótesis que, como bien se sabe, determinan, en su orden, el falso juicio de existencia por suposición, el falso juicio de existencia por omisión y el falso juicio de identidad;

b) Conviene recalcar que el actor dedica buena parte de su exposición a criticar y censurar la estimativa probatoria dada por el Tribunal a la prueba testimonial, anteponiendo al análisis judicial, sus propios puntos de vista, lo cual no es suficiente para la prosperidad de un recurso, como lo ha dicho la Corte numerosísimas veces. Y estará bien recordar que cuando la estimación valorativa de la prueba se agota sin contradecir los principios rectores que disciplinan el sistema de la sana crítica, esto es, los dictados de la experiencia, los principios de la lógica y las reglas del correcto entendimiento humano, no puede el demandante respaldar sus reproches al fallo, simplemente oponiendo su personal juicio crítico al del sentenciador.

Señalar, por ejemplo, la falta de credibilidad que en el proveído calificatorio se le endilgó a los testimonios de Teresa Legarizamón y Andrés Ronaldo Camacho, como razón para descalificar al fallador por haberlas considerado en la sentencia "...de credibilidad absoluta...", reduce el asunto a un problema de justiprecio, enmarcado

dentro del ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción, amén de que la tacha no se compadece con el análisis que se hizo en las instancias de toda la prueba en su conjunto. En efecto, recuérdese que en la resolución de acusación, el instructor encontró sospechosas las declaraciones de la doméstica, hecho que lo llevó a ordenar la compulsación de copias para investigar un presunto falso testimonio. No obstante, el fallador de primera instancia desatendió esta prevención de su colega advirtiendo que "se olvida que un testigo es vulnerable e impreciso" en su versión mayormente cuando los hechos se producen de improviso o se suceden vertiginosamente, otorgándole, por tanto, una determinada importancia en la medida en que las otras probanzas ratificaban el dicho de la empleada.

Lo propio hizo el Tribunal. Luego de exponer las razones que le llevan a predicar la ausencia de certeza para dictar una sentencia condenatoria, provocando la existencia de una duda razonable, habla de los dos disparos que se escucharon en la habitación de Ronaldo. Es entonces cuando aborda el testimonio de la doméstica pero en compañía de uno de los hijos del occiso -Andrés Camacho- para aseverar que luego del primer disparo, salió Olaris por las escaleras, produciéndose a continuación el segundo, acompañado de un quejido. De allí deduce el Tribunal que entre los dos disparos existió un lapso breve, tesis que se opone a la que había venido sosteniendo la parte civil, que habla de un intervalo de media hora. Además, con el examen de esas deposiciones manifiesta que sólo cuando se produjo el segundo disparo se escuchó el lamento. "...luego bien podría concluirse que el mismo se produjo pasadas las ocho de la mañana, cuando allí se encontraba la empleada del servicio doméstico...", y que esta bala fue la letal. Bien puede verse, que hubo un análisis serio y ponderado del hecho y sus circunstancias, el que llevó a los juzgadores a tomar en cuenta, entre otras, las declaraciones de la empleada del servicio doméstico y de Andrés Camacho.

El párrafo siguiente confirma que todo se reduce a un problema de simple estimativa cuando precisa que a los susodichos testimonios se les dio "...un valor probatorio del que carecen...", advirtiendo, a continuación, que el examen conjunto del acervo probatorio indica "...que esos testigos mintieron a la administración de justicia...", rematando con una hipótesis propia no confirmada procesalmente "...la sirvienta Teresa fue escondida u ocultada el día de los hechos para impedir su versión, ahí sí, libre y espontánea...".

Ahora bien, cabe preguntar: ¿cuál, entonces, era el valor probatorio que poseían tales declaraciones? Aparte de la afirmación sobre su mendacidad -producto de una opinión muy personal- el demandante no le enseña a la Sala en qué consiste la discordancia entre lo señalado por la ley para justipreciar esta prueba y la estimativa otorgada por el fallador. La razón del silencio es obvia. No existe una tarifa legal para el testimonio, única manera de establecer a ciencia cierta la diferencia entre los valores normativo y judicial y con ella el yerro correspondiente.

Pero otros son los propósitos del actor. En el fondo de su escrito subyace la intención de enfrentar su propia visión del acontecer procesal con la del Tribunal, controversia reservada a las instancias en donde se persigue el hallazgo de la verdad por medio de las probanzas, los análisis correspondientes y sus consecuencias. El recurso de casación es ajeno a la polémica. Su examen se limita a examinar si el fallo se pronunció *secundum ius* por haberse construido sobre un proceso inobjetable al observar fielmente el discurrir de los actos procesales y las garantías legales.

3. En el caso de la especie, el Tribunal trazó tres lineamientos fundamentales en su exposición de motivos. En primer término, como lo reconoce el censor, controviene los elementos de juicio que le sirvieron de sustento a la resolución de acusación, para enaltecer -tras el análisis probatorio de rigor- la injurada de Olaris Casado, la versión de Gladys Gutiérrez y las declaraciones de los hijos del interfecto, Javier, Renaldo Andrés y Rosse Marie (sobre Oscar Francisco no se pronuncia). Respecto de la primera destaca su negativa a aceptar la autoría del mismo, la convivencia conyugal de varios años y su condición de Juez de la República, conocedora, por tanto, de la gravedad de un homicidio, así como de las normas que permitían una solución legal a sus desavenencias. Sobre los demás, resalta la coincidencia que presentarán sobre las depresiones que afectaban al occiso y las tendencias al suicidio mostradas en los últimos tiempos, fiel reflejo de los varios problemas que lo aquejaban, como los conflictos "cotidianos", con su compañera, el matrimonio de su hija, y su misma edad, la cual ya consideraba avanzada.

Más adelante, el *ad quem* se dedica a escudriñar las pruebas que podrían servir de soporte a la calificación de los hechos como homicidio. El indicio de presencia de Olaris en el sitio de los acontecimientos *lo* explica por ser este el lugar de su residencia.

La discusión habida entre la pareja momentos antes -tomada en el calificatorio como móvil de la presunta conducta criminosa- a desvirtúa con la multiplicidad de estos incidentes en los meses anteriores. Y en lo que se refiere al " ...cambio de escenario..." por colocar en otra posición las cosas de la habitación, asándola después, lo justifica por tratarse de un suicidio y de la propia situación de angustia, natural ante el espectáculo que se le ofrecía. No podía exigírsele a Olaris una actuación fría y calculada para disponer que todo se dejara como estaba al momento de la muerte de su esposo. En esos instantes, asevera la Corporación, no se puede tener la calma y serenidad necesarias para enfrentar el fallecimiento de la persona con quien se convivía.

En segundo lugar, pone de presente el Tribunal las insuficiencias probatorias de la investigación, destacando las críticas que hoy merece la prueba del guantelete de parafina, la tardanza en practicarla y el no haberse realizado con el cuidado debido, lo que impidió atender sus resultados negativos.

Recuérdese que en el momento de la diligencia del levantamiento del cadáver no se pudieron tomar las muestras pertinentes por carecer los técnicos del equipo necesario para tal fin. Fue por ello que el funcionario optó por tomar algunas precauciones como el sujetarle las manos al tórax con esparadrapo y envolverlas en una bolsa plástica. Sin embargo, su transporte a la clínica en busca de ayuda médica, y el manejo de su cuerpo por varias personas (la procesada, su vecina Gladys Gutiérrez y Teresa, la empleada del servicio doméstico) que lo llevaron al centro asistencial, han podido afectar los resultados posteriores, pues incluso, antes de llegar las autoridades a dicho lugar fue amortajado para su sepelio.

Aborda luego el tema de la desaparición de la pijama, y llama la atención sobre el testimonio del doctor Freddy Camacho, hermano del interfecto y hoy representante de la parte civil, quien tuvo la oportunidad de ver las prendas en manos del funcionario que efectuó el levantamiento del cadáver, entregadas luego a Medicina Legal, donde finalmente desaparecieron. En este punto, la Sala resalta la constancia de la Clínica Shaio

(folio 155) en la que se advierte que, tanto la sábana como la pijama del occiso, fueron desechadas por la institución. De todas maneras las dos versiones descartan cualquier clase de intervención de la acusada en su extravío.

Siguiendo el discurso conocido, la providencia del *ad quem* trae a colación los testimonios de Ronaldo Andrés Camacho, Gladys Gutiérrez Zuluaga y Freddy Camacho Lara, quienes vieron la prenda con el orificio y manchas negras alrededor, lo que permite inferir un disparo a corta distancia. En seguida habla de los dos disparos y el breve intervalo entre ambos, especificando que se ignora la posición de Ronaldo. Finaliza su exposición argumental concluyendo que no existe en el plenario "...la prueba que nos indique con certeza la tipificación de un hecho punible, específicamente de homicidio, y que, por el contrario, se encuentran razonables dudas que en este instante procesal no hay modo de eliminarlas y de contera favorecen a la procesada...", con lo cual le da la razón al funcionario de primera instancia en su decisión absolutoria.

4. Bien se observa que las reglas de la sana crítica fueron observadas por el Tribunal, siendo su sentencia el fruto de un estudio serio y razonable del acervo probatorio pero, especialmente de la prueba testimonial atacada, explicando con suficiencia las razones que lo llevaron a convencerse de la inexistencia de certeza para condenar. El que sus proposiciones y aseros entren en conflicto con las del censor, no amerita su discusión, y, por ende, son incapaces de desvertebrar el fallo a través de este recurso extraordinario. Apenas se reducen al rol de una simple constancia sobre el desacuerdo.

No prospera el reproche.

Segundo cargo

1. Ataca el fallo de segunda instancia por haber incurrido en un "...error manifiesto de hecho por ignorar la existencia de pruebas, o porque existiendo se dejaron de aplicar...", tropiezo que de no haber ocurrido habría dado como resultado una decisión condenatoria.

Denuncia el censor -en primer término- los testimonios de seis (6) hermanos y un (1) sobrino del occiso, quienes coinciden "...en sostener la equilibrada personalidad de Ronaldo y cómo en los días inmediatamente anteriores jamás hizo expresiones de querer quitarse la vida y ni siquiera aquella de que no quería vivir más de cincuenta años...". De igual manera cita a otros diez (10) declarantes que contradicen la depresión que, al decir de Ronaldo Andrés, Rosse Marie, Oscar Francisco, Javier y Mónica, padecía su padre.

Luego se refiere al testimonio ignorado del doctor Dimas Contreras, quien habla sobre el tiempo probable de vida del doctor Camacho Lara luego de recibir las heridas (entre 15 y 30 minutos), cotejando su exégesis con lo dicho por Ronaldo Andrés quien asegura que su progenitor ya estaba muerto cuando lo entró a ver al escuchar el segundo disparo, lo que también contradice las versiones de la acusada y de la empleada del servicio. Además, afirma el casacionista, el galeno proporciona otros datos sobre la ubicación de los orificios que determinan que el disparo se produjo de abajo hacia arriba y de izquierda a derecha, a corta distancia, lo que indica, son sus palabras, que ". jamás podía Ronaldo producirse ese disparo sobre su humanidad. .".

A continuación cita como omitido el dicho de Hernando Pareja, Fiscal que intervino en el levantamiento del cadáver, quien sostiene que la prueba de guantelete a Olaris la solicitó él a petición del impugnante y que ésta se la practicó "...mucho tiempo después...", desvirtuándose lo sostenido por los peritos Borda y Niño, quienes afirmaron que fue la acusada quien la pidió, aparte de que contra éstos se ordenó compulsar copias para investigar su posible falso testimonio al "...querer desvirtuar las consignaciones hechas en el acta de levantamiento y del contenido del guantelete de parafina... al señalar ...ubicación de manchas de sangre en las manos de Ronaldo...". Así mismo, destaca que no se tomó en consideración lo aseverado por Balbina Ruiz, María de Ruiz y Zuly Ruiz, quienes desvirtúan a Olaris "...respecto de su alegada vida armoniosa con Ronaldo y, por el contrario, fijan con claridad la innumerable cantidad de veces en que la conducta de Olaris no era la de una mujer hogareña, ni de las calidades advertidas o mejor vertidas por el honorable Tribunal...".

En un segundo aparte se refiere a los dictámenes periciales y a la inspección judicial que tampoco tuvo en cuenta la Colegiatura, lo cual hizo que se desdibujaran los hechos y se les diera otro carácter. Sobre esta última advierte que comprobó la nula visibilidad que se tiene desde el último escalón de la escalera hacia el segundo piso lo que demuestra la mentira de Teresa cuando sostiene que "...desde el primer piso vio a Ronaldo cuando se acostaba en la cama después de los disparos...". En cuanto a las peritaciones, indica que ellas demuestran que el occiso "...jamás disparó el arma...", ya que "...una persona que trate de producir un disparo en condiciones normales, es decir, montado y empuñándolo, es imposible que pueda producir la fuerza necesaria sobre el dedo índice, para accionar el disparador...". Además destaca que en una de las ampliaciones del dictamen se asegura que "...necesariamente quien efectúa el disparo, debiera presentar adheridas sobre el dorso de sus dos manos ciertas partículas correspondientes a la deflagración de la carga y partículas metálicas del cual está constituido el proyectil, las cuales al practicarse el guantelete de parafina son extraídas y... se pueden observar... a través de microscopio...", aparte de que descarta que el suicida haya tomado "...una posición anormal e incómoda ...en ningún caso el proyectil trazaría la trayectoria determinada por el médico dentro del cuerpo del occiso...".

2. La relación de la demanda, como se ve, es prolija y abundante y por ello no es cierto que adolezca el cargo de falta de precisión o argumentos -como lo señala la Delegada- pues si bien es cierto que no hubo alusión expresa a los testimonios en el momento de formalizar los reproches, limitándose a indicar su ubicación en el expediente, también lo es que, en los acápites anteriores tuvo buen cuidado el actor en señalarlos expresamente, refiriéndose a cada uno de ellos y los hechos que mostraban, al tiempo que los comparaba con lo expuesto por el Tribunal, extrayendo con ello, a su modo de ver, las falencias en que incurrió la Corporación.

3. De las pruebas citadas por el casacionista han de consultarse las providencias de primera y segunda instancias, como que forman un solo cuerpo en lo que la última no descalifique expresamente a la primera. Al respecto, es pertinente anotar que el *a quo* ciertamente sí se refiere a las declaraciones de los hermanos del interfecto (Freddy, Laureano, Luis Azael, Flor Myriam, José Francisco, Rosse María, Oscar Francisco, Javier Aníbal y Mónica del Pilar) quienes, a su modo de ver, "...coinciden en una circunstancia de tipo subjetivo en cuanto a que Ronaldo sí hablaba frecuentemente de

quererse quitar la vida, de estar aburrido, de no querer llegar a los cincuenta años de edad, de sentirse viejo,

etc...".

Igualmente tuvo en cuenta lo dicho por Balbina Ruiz, amante de Ronaldo por cerca de tres (3) años y medio, relación de la que supo Olaris, quien recordó que en alguna ocasión al ser víctima de un hurto, aquél le "...manifestó que no sería capaz de quitarse la vida pero que sí le buscaría pelea a algún 'desgraciado para que lo matara'...". Además, informa que Ronaldo había comprado un apartamento y que pensaban formalizar en él su relación amorosa.

Dimas Contreras también es citado por el sentenciador, como el galeno que "...declaró para precisar algunas circunstancias de la muerte y aclarar respecto de una medida que erróneamente fue transcrita por la sección de mecanografía de esa entidad (el Instituto de Medicina Legal)...". Se refiere el *a quo* a las precisiones que hizo sobre el sitio del orificio (5.5 centímetros en vez de 1.5 centímetros de la línea media, región pectoral izquierda) aclarando que la diferencia se debe a un error mecanográfico de quien transcribió el borrador elaborado por él. Además, habló sobre el tatuaje que encontró en el cuerpo y la posibilidad de que una persona, con una herida de esta magnitud, sobreviva entre 15 y 30 minutos. Sobre el particular, también el Tribunal se refirió a la inquietud del censor acerca del tiempo considerable transcurrido entre los dos disparos, rechazando esta postura por no encontrarse plenamente acreditada en el proceso. Al respecto, señala las declaraciones de la doméstica y de Ronaldo Andrés, que hablan sobre el poco tiempo que hubo entre las dos detonaciones.

Por último, aclara que el cadáver fue recibido en Medicina Legal sin prenda alguna. Lo propio sucede con Fernando Pareja, por haber manifestado "...no recordar haber visto pijama o prenda alguna que se hubiese indicado pertenecía al occiso...".

Ahora bien, cuando reúne ante sí todo el acopio probatorio, advierte que se le "...presenta un dilema sobre la propia certeza de la materialidad de un posible delito de homicidio...". Se dedica, entonces, al análisis de tres secuencias fácticas que son las situaciones anterior, concomitante y posterior a los hechos.

Sobre la primera, habla del conflicto interno de la pareja, los amoríos de Ronaldo con Balbina Ruiz y la depresión que sufría, según su propio hijo. Cuanto a la segunda, se refiere al altercado entre Ronaldo y Olaris y los dos disparos. Finalmente, con relación a lo acaecido después de la causación de la muerte, indica la alteración de la escena y la desaparición del pijama.

Luego pasa a desquiciar la resolución de acusación, descartando de entrada el indicio de presencia o de oportunidad para delinquir, puesto que "...la presencia de ella en dicha casa era apenas lógica, pues se trataba de la compañera permanente del occiso...". En lo que se refiere al móvil para delinquir, que se concreta en los enfrentamientos de Olaris con Ronaldo, momentos antes de sucederse el hecho, asevera el fallador "...que si ello fuera así motivos hubiera tenido entonces siempre, pues los altercados fueron frecuentes...".

El ocultamiento que hizo Olaris de sus desavenencias conyugales lo explica por querer mantener a toda costa su privacidad, actitud que también tomó la legítima esposa

de Rolando, Alcyda Casado de Camacho, quien se negó a declarar, argumentando este motivo.

A continuación, si bien no se refiere en forma explícita a las inspecciones judiciales y los dictámenes de balística, se fundamenta en ellos y centra su estudio en el escenario de los hechos, resaltando el disparo que aparece en la pared, frente a la cama, de donde deduce que: "...si ambos disparos son del homicida quedaría sin explicación que primero disparara a la pared que está a su espalda cuando entra y luego tendría que girar el cuerpo y disparar contra Ronaldo, lo que resulta ilógico e inverosímil...". Luego plantea interrogantes que no tienen respuesta "...lógica ni real..." como el de la manera como llegó a manos de Olaris el arma, el porqué no se defendió Ronaldo o, porqué no aparecen signos de lucha en sus cuerpos.

En lo que hace con el cambio del escenario, (lavado de la colchoneta, retiro del arma y uno de los proyectiles y aseo y ordenación de la alcoba) aunque el *a quo* reconoce que la acriminada no da explicaciones satisfactorias, las justifica por ser "...apenas entendible que se recojan las cosas, pues se parte del hecho de que allí no ha ocurrido nada criminoso...", amén de que la angustia hace posible la comisión de torpezas y equivocaciones, sin que se pueda exigir que actúe con la frialdad de la funcionaria judicial, ante un caso ajeno.

Más adelante menciona "...los disparos y su trayectoria...", evidenciando que quienes se encontraban en la residencia primero escucharon un disparo, luego un cuerpo rodando por las escaleras y de inmediato un quejido y una segunda detonación. "...Es aceptable -concluye- que el segundo es el que impacta a Ronaldo...", por lo que "...emerge... más aceptable el dicho de Olaris, que desde su lecho Ronaldo, luego de discutir, trata de enderezarse, aquélla huye, se produce el primer disparo y luego el segundo, coligiéndose entonces que él mismo se disparó...".

Luego destaca las contradicciones de la peritación, que señala una trayectoria recta, con las fotografías que obran a folio 216, cuaderno 3°, y habla sobre la posibilidad de que el occiso se hubiese hecho el disparo con ambas manos. Seguidamente explica la ubicación de los proyectiles y el arma, en sitios diferentes a los que les correspondía y en lo que se refiere a las huellas del impacto en la pijama, pese a su desaparición, resalta a los declarantes que aseguraron haber visto una mancha negra alrededor del orificio por donde penetró la bala.

La prueba del guantelete de parafina también merece comentario aparte. Antes de la reseña correspondiente, la Sala pone de presente que ciertamente se produjo la omisión del dicho de Fernando Pareja representante del Ministerio Público en la diligencia de levantamiento del cadáver, en lo atinente a la solicitud que hiciera de realizársela a la procesada, contradiciendo la afirmación de los peritos Borda y Niño que colocan la iniciativa en cabeza de Olaris. Sin embargo, el yerro carece de la trascendencia necesaria para conmover el fallo. No solo por la idoneidad de la prueba en sí, cuestionada científicamente por su ambigüedad, sino por la existencia de testimonios serios que señalan el interés de Olaris en practicarse inmediatamente la prueba, como así lo asevera la doctora Ana Elvia Cetina de Rivera (folio 179).

Ahora bien, según el parecer del *a quo*, la toma de la muestra para la prueba del guantelete "...fue desafortunada ...pues se hizo tardíamente y no se tomaron las medidas

precautelativas a tiempo en el cuerpo de Ronaldo...", ya que se manipularon sus manos, trasladando el cuerpo a varios lugares y amarrándoselas con esparadrapo, haciendo el embalaje "...cuando ya resaltaba inútil tal medida...". En lo que se refiere a Olaris, destaca la tardanza en practicársele dicha prueba, culminando este aparte con una crítica a su carencia de cientificidad y cuidado, plasmándose en "...informes inecanografiados...".

Finaliza su análisis el *a quo* refiriéndose a las manchas de sangre que aparecieron en las manos del obitado, detallando las diferentes explicaciones dadas por los sujetos procesales. Mientras la defensa arguye que debe tenerse en cuenta la prueba del guantelete pues demuestra el suicidio, la Fiscalía enfatiza que las manchas impiden un resultado correcto de la experticia, al tiempo que la parte civil resalta que no debe dársele crédito pues a quien practicó la prueba se ordenó compulsarle copias por una posible conducta dolosa. Tal ambigüedad provoca en el fallador que se tome "...esa circunstancia con beneficio de inventario, pues no está demostrado que desde un principio tuviera esas manchas el cuerpo de Ronaldo...".

Las palabras postreras de la providencia son para la personalidad del interfecto y su tendencia al suicidio, según la dicción de sus hijos, y de la vecina, Gladys Gutiérrez, concluyendo que, una vez examinado este acopio probatorio, el Despacho no encuentra persuasión sobre si el hecho constituye homicidio o suicidio, por lo que acepta las argumentaciones del Fiscal y la defensa "...de que no puede condenarse en este caso por no tenerse certeza fuera de toda duda razonable para condenar, pero como tampoco puede predicarse absoluta inocencia, debe optarse por el principio *in dubio pro reo*...".

De otra parte, respecto a la inconformidad del censor por haberse tenido en cuenta en la providencia de primera instancia el hallazgo de una tableta de benzodiazepina, su crítica no tiene razón de ser. Examinado el cuerpo de la providencia se observa que, aparte de su mención, en el acápite denominado, contenido Procesal", no es objeto de atención ninguna en la parte considerativa. No se le analiza ni mucho menos se le valora al efectuar el estudio del acervo probatorio. La nimiedad del hecho para el fallador, es evidente. Lo mismo se predica del Tribunal.

No se le encuentra sustento alguno al dicho del censor, máxime que no le enseña a la Corte, cuál fue la trascendencia de esta prueba en el fallo, es decir, el hecho que se consideró demostrado con la sustancia y su importancia al proferir la decisión.

4. Como bien se advierte, en el fallo de primera instancia se encuentra un examen prolijo de toda la actuación procesal, destacando las flaquezas y la fortaleza de las diferentes pruebas, haciendo un análisis en conjunto para -luego de realizar la necesaria confrontación- concluir en la carencia de convicción para condenar o absolver, dando como resultado el favorecer a la procesada con su exculpación, pues no se pudo demostrar que se tratara de homicidio o suicidio.

El estudio es ponderado y equilibrado. Los argumentos expuestos son razonables y encuentran fundamento en la realidad probatoria. Las pruebas recaudadas son valoradas en su totalidad y justipreciadas de acuerdo con las demás. No hay, por tanto, razón alguna para señalar que no se tuvieron en cuenta los testimonios, los dictámenes periciales, la diligencia de inspección judicial y los peritazgos emanados de ella, como lo señala el actor. Si la sentencia de segunda instancia no aborda los diferentes temas en

forma explícita, tampoco rechaza expresamente los planteamientos del inferior, con lo que se entiende que los comparte y, por ende, los aprueba.

El cargo ha de ser rechazado.

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

RESUELVE:

Denegar la casación impetrada.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda (Con Salvamento de Voto), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Cartero Luengas, Guillermo Duque Ruiz* (Con Salvamento de Voto), *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

SEGUNDA INSTANCIA
(Salvamento de Voto)

Radicación número 6966.

No se podría interpretar este salvamento de voto a manera de condicionamiento para la absolución que por decisión mayoritaria de la Sala queda en firme para la doctora Olaris R. Casado Vides ante el cargo de homicidio que suscitó su convocación en esta causa, en cuanto el fallo penal absolutorio sólo admite el relevo puro e incondicional de los cargos formulados, como consecuencia obligada del respeto debido hacia una efectiva presunción de inocencia (artículos 29 y 248 de la Constitución Política).

Este principio, valido para la parte resolutiva de la sentencia, no significa sin embargo, ni la imposibilidad para que en su motivación se expresen las razones que conducen al favorecimiento, ni la presencia de una inhibición que obstruya la consignación dentro de un salvamento de voto de los fundamentos de una minoría discrepante cuando de un órgano colegiado de juzgamiento se trata.

Consecuentemente y como en el caso que se examina, del estudio de los cargos que contiene la demanda y su cotejación con la realidad que emana del proceso y el contenido y sustento de los fallos de instancia encontramos demostrada la grave omisión en que incurrieron Juzgado y Tribunal pretermitiendo el análisis de las pruebas técnica y directa con que contaba el proceso, ningún inconveniente hallamos para explicar nuestra reserva al suscribir la decisión de mayoría, y sí por el contrario la necesidad de expresar que la demostración de los cargos por el casacionista, debió llevar al éxito de sus pretensiones.

1. Claro ante todo aparece en el plenario, que ningún motivo legal ni valedero existía en la actuación para que el juzgador dejase de tomar en cuenta la prueba directa recaudada en la diligencia de inspección verificada por la funcionaria de instrucción en la residencia de la acusada para captar con detalle las circunstancias dentro de las cuales percibieron los hechos los testigos claves del fallo absolutorio, como tampoco para abstenerse de analizar la prueba técnica surgida de la autopsia y de los análisis balísticos.

Comprendiendo su importancia incriminatoria en contra de la acusada, es comprensible que la defensa hubiera objetado como en efecto lo hizo y en dos ocasiones, inclusive, los dictámenes médicos y de balística, encontrándose con decisiones adversas adoptadas la primera por el Juzgado de Instrucción (auto de junio 22 de 1988) y la segunda por el de conocimiento (auto de marzo 15 de 1991), que de modo invariable el

Tribunal ratificó en segunda instancia dejando inamovibles las respuestas del experto (providencias de septiembre 5 de 1988 y mayo 16 de 1991).

2. Los términos en que la parte civil presenta la demanda de casación, cuyos defectos técnicos no alcanzaban para impedir una respuesta de fondo según se acepta por la mayoría, resultaron claros, suficientes y precisos para centrar la inconformidad del censor sobre la violación indirecta de la ley sustancial por errores manifiestos de hecho; y en particular por la presencia en falsos juicios de existencia porque el sentenciador supuso la prueba sobre el suicidio del doctor Camacho Lara, y en su lugar incurrió en falta de apreciación de la inspección y la pericia, en grado tal que de haberlas contemplado en oportunidad, habrían conducido al proferimiento de un fallo de condena.

Bajo esa advertencia se comprende la entidad y trascendencia de cada uno de los dos cargos formulados:

El primero se orientó a probar que los dichos de Teresa Leguizamón -empleada del servicio- y de Ronaldo Andrés Camacho -hijo de la acusada- a los cuales se atienen de manera sustancial los juzgadores para darle soporte a la injuriada habían sido desechados por mendaces según cotejaciones verificadas en la resolución acusatoria, originando la orden para investigación de los dos primeros por falso testimonio. La prueba de inspección que servía para el rechazo de estos testimonios se omitió, y en su lugar la prueba de descargo se supuso.

En el segundo se reclama por la omisión de diferentes aportes testimoniales, pero particularmente por los de la prueba técnica balística y médica, que de haber sido tenida en consideración hubiera ratificado como inadmisibles las versiones de la acusada, su empleada y su hijo, haciendo decaer la duda del suicidio ante la certeza del homicidio cometido en contra del abogado Camacho Lara.

3. Repasando el fallo de segunda instancia, notorio se muestra su sustento casi exclusivo en las explicaciones de la acusada, cuya credibilidad se funda sustancialmente en el respetable oficio que ésta desempeñaba como funcionaria de instrucción y con el cual le excusa todos los indicios surgidos de sus contradicciones y comportamiento posterior a los hechos, pues adicionalmente tan sólo se evoca el estado depresivo que algunos declarantes atribuyen a la víctima y de manera tangencial los dichos de sus dependientes, prefiriendo, a cambio de un análisis de la prueba directa que había servido de base para investigar por un falso testimonio y de la técnica hacer la mención de aspectos que carecen de demostración cierta en el proceso como lo fue el comenzar dando por probado que el occiso "se encontraba acostado en su residencia" al producirse el disparo (hoja 2), o el afirmar que se le condujo herido "hasta la clínica, no sin antes habérsele amarrado las manos con esparadrapo" (hoja 7), hecho éste que carece de respaldo en el proceso.

Aceptando que la decisión confirmatoria de segunda instancia ha de entenderse integrada en sus razonamientos con la de primer grado, no se encuentra en esta alusión alguna a las observaciones directas realizadas por la juez de instrucción en la diligencia de inspección -folios 145 y siguientes del primer cuaderno de originales-, y que sirvieron para descubrir la mendacidad de la empleada Teresa Leguizamón y de las acomodaticias

versiones del menor Ronaldo Andrés Camacho, por quienes apenas sí logra saberse que cuando una y otro ingresaron a la pieza del occiso, la única persona que lo acompañaba era la acusada.

Tampoco se refirió el *a quo* a la prueba técnica de febrero 19 de 1988, abril 29 y julio 1º de ese mismo año que luego de superar las objeciones de la defensa tenía el deber de sopesar, porque en lugar de realizar su análisis con miras a acogerla o desestimarla, prefirió el Juzgado plantear a sus espaldas su propia hipótesis sobre los hechos, y aun recurrir a explicaciones salidas de la realidad que abrigaba el proceso, como le ocurrió con la infortunada cita de la muerte del poeta José Asunción Silva presumiéndola producto de un suicidio, cuando los más recientes trabajos de investigación histórica reviven en la polémica la tesis del homicidio.

4. Los medios que el impugnante acusa desestimados en los fallos de instancia eran justamente los que descartaban la hipótesis del suicidio del doctor Camacho Lara. Considerarlos como se imponía, dentro de una sopesación conjunta de la prueba, sólo llevaba a la inequívoca conclusión de responsabilidad penal de la acusada como autora de la muerte de su compañero:

4.1. La inspección verificada en la residencia de la pareja Camacho-Casado por parte de la funcionaria de instrucción advirtió que las versiones suministradas por la doctora Casado, su empleada doméstica y su hijo no coincidían respecto del tiempo ni de la ubicación de la enjuiciada durante el itinerario de los disparos, de manera que de ser cierto que la acusada huía tomando la escalera hacia abajo mientras se oían las detonaciones, necesariamente la llegada en su orden a la habitación del occiso la hubiera anotado el menor Rolando, y el ingreso de la empleada con el de su señora, hubieran resultado prácticamente simultáneos. De merecer recibo las apreciaciones del instructor apoyadas por el personal técnico-judicial que asistió a la diligencia, sólo podía concluirse como lo había hecho ya la resolución acusatoria, en que los declarantes mintieron y los hechos no sucedieron como la acusada y sus dependientes lo afirmaron.

4.2. La prueba de balística coincidente con el dictamen médico ratificó la mendacidad de la indagatoria, pero además permitió concluir que la víctima no pudo ocasionarse a sí misma el disparo que le causó la muerte:

-El disparo no se produjo hallándose el cañón del arma en contacto con el cuerpo de la víctima, sino a una distancia apenas calculada como inferior a un metro (aspecto omitido en el análisis de las instancias).

-Los peritos realizaron experiencias de laboratorio con el arma homicida, y tomando en cuenta el largo del cañón (cuatro pulgadas), el punto de impacto del proyectil (región pectoral izquierda a 15 centímetros de la línea media y 40 centímetros del vértice), el orificio de salida (región paravertebral derecha a 51 centímetros del vértex y 1 centímetro de la línea media) así como la trayectoria del disparo (de adelante hacia atrás, hacia abajo y hacia la derecha), reconocieron que además de resultar muy difícil de adoptar gracias a la experiencia que un suicida recurra a posturas extrañas o rebuscadas para procurarse y asegurar el resultado buscado, ni siquiera bajo la hipótesis de la autoeliminación hallaba explicación el resultado descrito en la necropsia, porque sobrepasando la notoria dificultad de aplicar la fuerza suficiente requerida para accionar

sobre el disparador, la dirección -de haberse dado el auto-disparo- tenía necesariamente que haber sido diferente, pues "en ningún caso el proyectil trazaría la trayectoria determinada por el médico dentro del cuerpo del occiso", respuesta que ratificó con su afirmación juramentada del legista al afirmar que de haber descubierto una desviación de trayectoria como consecuencia de fenómenos balísticos dentro del cuerpo del occiso, la necropsia la hubiese precisado.

5. Razón le asistía, entonces, al impugnante en este recurso extraordinario para impetrar la casación de la sentencia de segunda instancia, porque si la pericia de balística probó que el occiso no pudo ejecutar contra sí mismo el disparo mortal, y la observación directa del funcionario de instrucción demostró mentirosa la excusa de la procesada, no asoma duda que estas pruebas esenciales, eran idóneas para ocasionar sobre la situación de la enjuiciada una modificación de fondo irreversible y suficiente que conducía a su condena:

¿Podría acaso y de haber sido contemplados esos medios, continuarse con el rechazo especulativo y genérico que las instancias hicieron del examen de los guanteletes negativos para el ofendido, cuando de haber sido quien accionó el arma y para más, dos veces, debió mostrar residuos de la deflagración de pólvora que la pericia afirmó característicos del revólver homicida según pruebas de laboratorio?

¿Sería posible desatender aún frente a la prueba de descargo del suicidio la pluralidad y gravedad de los indicios que recaían sobre la doctora Casado como autora material del homicidio, si se supo fue quien contó con la plena ocasión de cometer el hecho? ¿Que era ella la única en quien recaía de los varios allegados del occiso el motivo de los celos y disgustos conyugales que ya habían explicado las escoriaciones que mostró el cadáver de Camacho Lara a la necropsia? ¿Que a sabiendas como experimentada funcionaria de instrucción sobre la necesidad de conservar inalterable el sitio de ocurrencia de una muerte violenta fue además la doctora Olaris la responsable de la modificación de la habitación del interfecto, limpiando y lavando la sangre impregnada en los colchones y ropas de cama, removiendo el arma y los proyectiles del sitio natural donde quedaron? ¿Que luego de iniciado el proceso fue también la acusada quien procuró contacto subrepticio con los peritos que apoyaron las primeras diligencias obligando que se les investigara, y para remate su versión injurada la que se descubrió fruto de contradicciones y mentiras?

La prueba sobre el estado depresivo del interfecto los días que precedieron su deceso, con todo y ser contradictoria, podría, es cierto, resultar de apoyo para la tesis del suicidio. Pero llevar su magnificación hasta el desconocimiento de los imposibles físicos que revelaron los dictámenes emitidos en su contemplación, con los cuales se descontó la posibilidad de un auto-disparo, resulta a tal punto inadmisible y desproporcionado como el tratar de confundir la respetable y angelical virtud de la inocencia, con el grosero defecto de la ingenuidad, a toda vista inexcusable en aquellos funcionarios a quienes la comunidad confía la delicada labor de administrar justicia.

Respetuosamente,

Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrados.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Sería contrario al principio de favorabilidad, que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional, imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, que pueda restringir con perjuicio manifiesto, el derecho inalienable de defensa. De ahí que la Corte haya aceptado siguiendo la voluntad del legislador, que el principio de favorabilidad es predicable no sólo de la ley penal material, sino también de la ley procedimental en aspectos sustanciales, cuando el nuevo precepto restrinja o disminuya las garantías del juzgamiento o el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8531.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*.

Aprobado Acta número 61 - Julio 8 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de julio de 1993.

Vistos

Decide de plano la Corte, la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre un Juzgado Regional de Cúcuta (Norte de Santander) y el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barrancabermeja (Santander), por cuanto los dos despachos judiciales se han declarado incompetentes para conocer de la causa adelantada contra Nidia Rosa Altafulla Sandoval, residenciada en juicio penal por el delito de hurto de hidrocarburos.

Considera el Juzgado Regional de Cúcuta, que el Decreto 005 de enero de 1993, que atribuyó competencia a los jueces regionales para conocer del delito de hurto que recaiga sobre petróleo y sus derivados, sólo puede ser aplicado a partir de su vigencia y únicamente a hechos posteriores a su promulgación. Que como el delito de hurto imputado a la señora Altafulla Sandoval, se perpetró en el año de 1991, su tramitación y fallo corresponde a la justicia ordinaria.

Responde a su vez el señor Juez del Circuito de Barrancabermeja, que el Decreto 005 de 1993 establece en su artículo primero, lo siguiente: "*Competencia*. Los Jueces Regionales conocerán del delito de hurto y los conexos con el mismo, cuando aquél

recaiga sobre petróleo y sus derivados, siempre que la cuantía exceda de cinco (5) salarios mínimos legales...", que por voluntad del legislador en el artículo 3º del citado Decreto se estatuye que la norma anterior rige a partir de su promulgación. Pero arguye el distinguido funcionario, que de acuerdo a la Ley 153 de 1887 en su artículo 4º, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir.

Que por lo anterior, la nueva ley (Decreto 005 de 1993) que modificó la competencia para conocer del delito de hurto sobre hidrocarburos y la atribuyó a los jueces regionales, se aplica no sólo a los procesos que surjan con posterioridad a su vigencia, sino además que se hallen en curso.

Es indudable, como lo afirma con acierto el Juzgado de Circuito de Barrancabermeja, que la ley procesal y en especial la que fija la competencia, una vez promulgada se aplica no sólo a los procesos que puedan nacer después de su vigencia, sino también a aquéllos que se hallen en curso, porque por ser tal ley de carácter público y constituir una expresión directa de los intereses generales de la sociedad, tiene aplicación inmediata y extiende sus efectos a los juicios en trámite, iniciados por delitos cometidos con anterioridad a su promulgación. Este principio de la retroactividad de la ley procesal penal, ha sido universalmente aceptado y consagrado entre nosotros en la Ley 153 de 1887 y el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal de 1987.

Sin embargo, este principio tiene sus excepciones, como por ejemplo, cuando la nueva ley señala expresamente que la ley anterior siga vigente para cierta clase de procesos, como ocurrió con aquéllos en los cuales se hallaba ejecutoriado el auto de cierre de la investigación (Código de Procedimiento Penal de 1987) o en los cuales se hubiese celebrado la audiencia pública (Código de Procedimiento Penal de 1991).

Y una segunda excepción de especial importancia se deriva de la aplicación del principio de favorabilidad, que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional, la reproduce el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal y contempla el parágrafo del artículo 9º del Decreto 2271 de 1991, al regular la competencia de los jueces regionales.

Sería contrario al anterior principio, imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, que pueda restringir con perjuicio manifiesto el derecho inalienable de defensa. De ahí que la Corte haya aceptado siguiendo la voluntad del legislador, que el principio de favorabilidad es predicable no sólo de la ley penal material, sino también de la ley procedimental en aspectos sustanciales, cuando el nuevo precepto restrinja o disminuya las garantías del juzgamiento o el derecho de defensa.

Y no existe duda para la Sala, que al aplicar al caso en estudio la nueva ley especial (Decreto 005 de 1993) y adelantar un juzgamiento por los Jueces Regionales, que deben actuar dentro de un procedimiento igualmente especial, como el contemplado en los Decretos 1199 de 1987, 2270 y 2271 de 1991, que limita la publicidad, las nulidades y los recursos, el beneficio de la libertad provisional, existen jueces secretos, se carece de audiencia pública, existe un decomiso especial que afecta los bienes de los procesados, etc., se estarían restringiendo de manera evidente garantías y derechos consagrados en

la legislación procesal anterior, vigente para cuando se consumó la infracción, como son las normas del Código de Procedimiento Penal.

Se desprende de lo anterior, que si se diera aplicacion en el caso que se examina al Decreto 005 de 1993, desfavorable y restrictivo en su contenido y posterior a delito que se juzga, se estaría quebrantando lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta y 10 del Código de Procedimiento Penal, al desconocer derechos sustanciales de la procesada.

Lo anterior, es suficiente para que la Corte dirima la presente colisión de competencias, atribuyendo el conocimiento de este proceso a la justicia ordinaria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, dirime el presente conflicto, atribuyendo la competencia para conocer de la presente causa, adelantada contra Nidia Rosa Altahulla Sandoval, por el delito de hurto al señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Barrancabermeja a quien se le remitirá el expediente

Copia de esta decisión, remítase al señor Juez Regional de Cúcuta para los fines pertinentes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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 Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / EXCARCELACION / REBAJA DE PENA / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

La tesis de la Corte de que cuando en la demanda de casación se ataca la sentencia de segundo grado por haber omitido pronunciamiento sobre las rebajas de penas (Ley 48 de 1987, confesión, etc.), sólo es posible decidir el punto en el fallo correspondiente, ya que, hacerlo en un incidente de libertad implica un prejuzgamiento, debe recogerse en esta ocasión por ser equivocado, toda vez que en guarda del derecho de libertad nada impide a la Corporación considerar dicha rebaja siempre que las instancias hayan guardado silencio respecto de ella, con el único objeto de otorgar la libertad provisional, si hubiere lugar a ella, háyase o no impugnado ese aspecto en la demanda de casación. Así mismo cabe anotar, que cualquier determinación que la Corte tome al respecto en un incidente de excarcelación, no la inhibe para atender el cargo que concretamente se haya presentado sobre el mismo tema. Tampoco la decisión desfavorable por haber incurrido el casacionista en errores de técnica en la presentación de la acusación, se repite, exclusivamente en aquellos casos en que los fallos de instancia han guardado silencio sobre una determinada rebaja, impide a las partes solicitar su reconocimiento ante el juez de ejecución de penas y a éste, pronunciarse sobre la solicitud concreta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8281.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 061 de julio 8 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de julio de 1993.

Vistos

El apoderado del procesado Francisco Prieto Baquero, nuevamente solicita en favor de su representado el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º

del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que en detención efectiva y las rebajas de pena a que tiene derecho por aplicación de la Ley 48 de 1987 y artículo 530 del estatuto procesal, le permiten acreditar el cumplimiento de las dos terceras partes de la sanción que se le impuso en este proceso en los fallos de instancia.

Consideraciones de la Corte

En providencia de fecha 20 de mayo del corriente año, la Sala negó al procesado Prieto Baquero el beneficio de libertad provisional por no acreditar las dos terceras partes de la sanción impuesta en los fallos de instancia, ya que, la rebaja prevista en la Ley 48 de 1987, es objeto de reclamo por su apoderado en la demanda de casación. Dijo la Sala con relación al tema que "...la Corte no puede pronunciarse en un incidente de excarcelación, por cuanto ello es motivo del recurso extraordinario de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia, al presentarse en la demanda un cargo (el segundo) al amparo de la causal primera, cuerpo primero, numeral 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la ley sustancial, *por falta de aplicación*. Dice el recurrente en su demanda que '...el juzgador no podía desconocer y excluir la menguante punitiva: toda vez que él mismo está afirmando, en su sentencia que el señor Francisco Prieto Baquero atrazesó (sic.) todas y cada una de las etapas del recorrido criminal y de allí, que se le hubiere condenado por los delitos de falsedad ideológica en documento público, falsedad material de particular en documento público y estafa...'".

"Resulta claro que entrar a reconocer o negar la rebaja que se reclama, sería tanto como decidir en forma anticipada el cargo planteado con lo cual se estaría violando el debido proceso".

En providencia del 15 de junio último, la Sala negó el recurso de reposición interpuesto por el procesado, por cuanto " ...el apoderado de Francisco Prieto Baquero en forma expresa, presentó un cargo contra la sentencia recurrida, concretamente para obtener de esta Corporación, en sede de casación, el reconocimiento de la rebaja de pena consagrada en la Ley 48 de 1987, sin que le sea permitido a la Sala pronunciarse en forma anticipada al fallo, pues ello implicaría la violación del derecho constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política. El debido proceso no implica, como lo entiende el procesado, asunto secundario que pueda ser sacrificado para la obtención de beneficios que son motivo de discusión y tema central del fallo recurrido en casación. Por ello, resulta improcedente el recurso interpuesto por Prieto Baquero.

En la nueva petición el apoderado de Prieto Baquero manifiesta que "como quiera que la honorabilísima Corte Suprema de Justicia se abstuvo de conceder la excarcelación a mi procurado en razón a que eventualmente se estaría vulnerando el artículo 29 de la Carta Política cuanto que en mi calidad de defensor del procesado había efectuado un cargo contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá; muy comedidamente, me permito manifestar taxativamente que *desisto* de ese segundo cargo... Como consecuencia de mi manifestación hecha... ruego a la honorable Sala de Casación Penal que dé aplicación a la reducción de pena que consagra la Ley 48 de 1987 y que se tengan en cuenta mis apreciaciones del orden jurídico que plantee en memoriales anteriores...".

No admite duda alguna que el desistimiento parcial que ha presentado el defensor del procesado del cargo segundo de su demanda, resulta condicionado ya que tal manifestación obedece al resultado adverso de su anterior petición sobre el mismo punto, lo que implica su no aceptación en guarda del derecho de defensa que le asiste a Prieto Baquero.

El criterio sentado en las providencias precedentes por la Corte consistente en que cuando en la demanda de casación se ataca la sentencia de segundo grado por haber omitido pronunciamiento sobre rebajas de pena (Ley 48 de 1987, confesión, etc.), sólo es posible decidir el punto en el fallo correspondiente, ya que, hacerlo en un incidente de libertad implica un prejuzgamiento, debe recogerse en esta ocasión por ser equivocado, toda vez que en guarda del derecho de libertad nada impide a la Corporación considerar dicha rebaja -siempre que las instancias hayan guardado silencio respecto de ella- con el único objeto de otorgar la libertad provisional, si hubiere lugar a ella, háyase o no impugnado ese aspecto en la demanda de casación.

Así mismo cabe anotar, que cualquier determinación que la Corte tome al respecto en un incidente de excarcelación, no la inhibe para atender el cargo que concretamente se haya presentado sobre el mismo tema. Tampoco la decisión desfavorable por haber incurrido el casacionista en errores de técnica en la presentación de la acusación, se repite, exclusivamente en aquellos casos en que los fallos de instancia han guardado silencio sobre una determinada rebaja, impide a las partes solicitar su reconocimiento ante el juez de ejecución de penas y a éste, pronunciarse sobre la solicitud concreta.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala está habilitada para pronunciarse provisionalmente sobre la rebaja contenida en la Ley 48 de 1987 al tenor del inciso final del artículo 2° del Código de Procedimiento Penal, por cuanto en los fallos de instancia se guardó silencio respecto de su aplicación. Al estarse demandado el beneficio de libertad provisional previsto en la citada disposición, será procedente su consideración anticipada en esta sede *"...cuando se den las circunstancias establecidas para gozar del beneficio"*. (Artículo 4°).

Francisco Prieto Baquero, fue condenado por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, según fallo de fecha 12 de noviembre de 1991 a la pena privativa de la libertad de cincuenta y seis (56) meses de prisión como cautor responsable de los delitos de *falsedad ideológica en documento público, falsedad material de particular en documento público*, agravados por el uso y *estafa*, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad, mediante sentencia de fecha 12 de junio de 1992.

Dice el peticionario que se remite a sus "apreciaciones de orden jurídico" que planteó en escritos anteriores y en uno de ellos manifiesta que el Tribunal en la sentencia de segundo grado expresamente consignó que "'...es el cúmulo de hechos indicadores: de circunstancias, de diversa índole, apuntan, sin más, a señalar a dicha trilogía de personajes, como los cerebros *ideadores y ejecutores del plan criminal, en perfecta sincronía, que es convergencia cruminosa*, propia de la empresa delictiva, que realizaron *a cabalidad* y cumplieron, a su vez, *el iter criminis y consumirlos...*" (las cursivas son del denunciante).

"Entonces, entendiendo *iter criminis*, en sus diferentes etapas, tenemos que ellas son, a saber:

"a) Designio criminal

"b) Fase oral

"c) Actos preparatorios

"d) Actos ejecutivos, y

"e) Actos consumativos".

"...Téngase que el poder que fue retargüido de falso tiene fecha de presentación el día *5 de febrero de 1986*; y el paz y salvo que también dio origen a la sanción aparece con fecha del 26 de junio de 1986; y dicho documento, valga decir, el número WB 0944207 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público fue expedido por la entidad en mención el 11 de diciembre de 1985".

"Así las cosas el juzgador no podía desconocer y excluir la menguante punitiva, toda vez que él mismo está afirmando en su sentencia que el señor Francisco Prieto Baquero atravesó todas y cada una de las etapas del recorrido criminal y de allí, que se le hubiere condenado por los delitos de falsedad ideológica en documento público, falsedad material de particular en documento público y estafa".

"Si como lo reconoce el *ad quem*, los hechos que dieron origen a la investigación tuvieron ocurrencia a partir del día *5 de febrero de 1986*, ¿por qué dejó de aplicar la Ley 48 de diciembre 4 de 1987 y no disminuyó a los 56 meses de prisión, la sexta parte de que trata esta normatividad; máxime cuando dispone que se ha de aplicar a solicitud de parte o en forma oficiosa?".

"En consecuencia, debíase haber deducido de los 56 meses de prisión (en el acápite de la dosimetría de la pena) los 9 meses y 20 días de que trata la mencionada ley; para haber quedado, definitivamente, la pena a imponer de cuarenta y seis meses y diez días: cuanto que por mandamiento legal se dispuso que ella era inaplicable aún en el futuro, por delitos cometidos con anterioridad al 1° de julio de 1986".

Consagra la Ley 48 de 1987 en su artículo 1° "...una rebaja de la sexta parte de la pena privativa de la libertad impuesta, o que llegare a imponerse por delitos cometidos antes del 1° de julio de 1986", es decir, corresponde a la Corte determinar si las infracciones por las cuales se halló responsable a Prieto Baquero, en verdad tuvieron ocurrencia con anterioridad a la fecha ya indicada.

El Tribunal en su sentencia de fecha 12 de junio de 1992, refiriéndose a los extremos probatorios en que apoya el fallo de primera instancia, consignó:

"...que los acusados Chamorro y Prieto Baquero, de común acuerdo con el abogado Wilhan Bernal, urdieron el plan criminoso que culminó en el reato fraudulento cometido en contra de los intereses económicos del señor Libardo Buitrago, quien realizó el contrato hipotecario, en que se dio como prenda el inmueble *pro indiviso* de la imputada María Francisca Alvarado y de su fallecida hermana Blanca Cecilia".

"Que el aludido Bernal, ante la urgencia y necesidad de dinero, de lo cual tenía conocimiento la implicada Chamorro, quien se apersonó del asunto y decidió entrar en contacto con Prieto Baquero, a la sazón secretario del Juzgado 13 Civil Municipal de esta ciudad quien, a su vez transmitió al abogado Gabriel Reina Romero la necesidad señalada, profesional que vino a recomendar a su cliente, el referido Buitrago, como la persona indicada para hacer un préstamo por dos millones de pesos, bajo garantía hipotecaria".

"Ante esa realidad favorable, consta que la aludida Chamorro se puso en comunicación con su hijo de la acusada Alvarado, de nombre Andrés, su amigo y confidente, quien, a su vez, propuso a su progenitora acceder a dar en garantía el referido inmueble, ante una halagüeña ganancia económica, traducida en ingreso mensual del 10% de intereses que se pagarían por los dos millones de pesos obtenidos en préstamo, los cuales debían ser entregados a la Chamorro, con destino final a Bernal, como efectivamente se logró".

"Con el fin de poder adelantar los trámites legales pertinentes encaminados a hacer realidad el préstamo en mutuo, se allegó el memorial-poder otorgado por la hermana de la acusada Alvarado, fallecida diez años atrás, a la época de los hechos y, demás, el certificado de paz y salvo tributario, expedido por el Ministerio de Hacienda, a nombre de la fallecida, con fecha 26 de junio del año 1986, certificado espurio, por cuanto se había emitido, legalmente, a favor de Luis Guillermo Angel Serna, el día 11 de diciembre de 1985".

"Quedó acreditado, en el decurso instructivo, que tanto el acusado Prieto Baquero, como la implicada Chamorro, fueron las personas que asumieron las gestiones relacionadas con la documentación pertinente (Escritura, memorial-poder otorgado por la extinta de autos, autenticación, consecución del aludido certificado de paz y salvo) y parte de estas gestiones, en cuanto a la autenticación se refiere, estuvieron a cargo del mencionado procesado, en ese entonces secretario judicial, como consta de autos y son los mismos personajes que acuden a la Notaría, el día y hora señalados para la legalización de la hipoteca sobre el inmueble *pro indiviso*, único acto al cual concurre la imputada María Francisca, como ha quedado demostrado ampliamente en el proceso".

"Consta así mismo, que la nombrada Chamorro, con recomendación ante el banco respectivo, dada por Prieto Baquero, abrió una cuenta corriente, en la cual depositó el dinero recibido en préstamo, en desarrollo de la operación contractual celebrada con Buitrago Bonilla, la cual comenzó a incumplirse desde el mismo momento en que se hizo efectivo el pago de los correspondientes intereses, situación que obligó a Buitrago a recurrir a la acción ejecutiva, como efectivamente lo hizo, momento en el cual la acusada María Francisca vino a enterarse de la real situación en que se vio envuelta, decidiéndose a presentar la denuncia penal visible a folios 1 y siguientes y ampliada a folios 37 y siguientes (cd. original número 2)".

Como consecuencia de los anteriores hechos, el Juzgado del conocimiento para tasar la pena a Francisco Prieto Baquero y Blanca Cecilia Chamorro, precisó que "...siguiendo los criterios que al respecto señala el artículo 61 del Código Penal, ha de partirse del mínimo establecido en la norma violada y de aquí, según los agravantes y

atenuantes que se presenten, determinar la pena definitiva a imponer; como se trata de conductas punibles concursales, se parte del mínimo señalado para la falsedad ideológica en documento público (artículo 219 C.P.) que es la de mayor entidad con la agravación prevista en el inciso 2° del artículo 222 *ibidem* por razón del 'uso', o sea, cuarenta (40) meses de prisión, a lo cual aumentamos diez (10) meses, en cuanto corresponde a la falsedad material de particular en documento público con la misma agravante de que hiciéramos alusión anteriormente, vale decir, el denominado 'uso', y a esta suma debemos agregar seis (6) meses por motivo de la denominada estafa agravada (artículos 356 y 372 inciso 1° del mismo C.P.) para un total de cincuenta y seis (56) meses de prisión...", dosificación que el Tribunal encontró acertada para el caso que nos ocupa.

Entonces, son dos las infracciones que tuvieron ocurrencia con anterioridad al 1° de julio de 1986. Falsedad ideológica en documento público y falsedad material de particular en documento público, punibles que por no estar excluidos del beneficio consagrado en la Ley 48 tantas veces citada, deben ser objeto de la rebaja que reclama el apoderado de Prieto Baquero, mas no los incrementos por su uso y el relativo al delito de estafa que tuvieron ocurrencia con posterioridad a la citada fecha, pues basta recordar que la escritura pública mediante la cual se hipotecó el bien se suscribió el 7 de julio de 1986 y en el mismo día se hizo entrega del dinero, es decir, se consumó el delito contra el patrimonio económico.

Así las cosas, el procesado tendría derecho a la sexta parte de los 36 meses que se le impusieron por la falsedad ideológica en documento público y de 8 meses por la falsedad material de particular en documento público que considera la Sala corresponden a los punibles realizados antes del 1° de julio de 1986. Los incrementos por el uso, o sea, 4 meses para el primero y 2 para el segundo y los 6 fijados en los fallos de instancia para el delito de estafa, no pueden ser objeto de dicha rebaja. En consecuencia, de los 44 meses de pena ya anotada, la sexta parte corresponde a siete (7) meses y diez (10) días, que se le tendrían en cuenta para verificar si en verdad con ellos satisface o no las dos terceras partes de la sanción que se le impuso.

El procesado se halla detenido desde el 8 de julio de 1991, es decir, ha descontado efectivamente en reclusión veinticuatro (24) meses. Por trabajo acredita 1.192 horas y por estudio 1.390 para un total de 2.582 horas, que de conformidad con lo previsto en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, le representan una redención de pena equivalente a cinco (5) meses y once (11) días, rebaja que fuera reconocida por la Corte en providencia del 20 de mayo del corriente año, a los que adicionando siete (7) meses y diez (10) días, por aplicación de la Ley 48 de 1987, daría un acumulado de treinta y seis (36) meses y veintiún (21) días, insuficientes para acreditar las dos terceras partes de la sanción impuesta en los fallos de instancia, que equivalen a 37 meses y 10 días, razón por la cual, debe ser despachada adversamente la solicitud de libertad elevada por su apoderado.

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

RESUELVE:

1. *No aceptar* el desistimiento presentado por el apoderado del procesado Francisco Prieto Baquero respecto del cargo segundo propuesto en la demanda de casación.

2. *Negar* a Francisco Prieto Baquero el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, por no acreditar el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez* (Salvamento de Voto), *Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

REBAJA DE PENA
(Salvamento de Voto)

Cuando determinada situación se constituye en cargo de la demanda, no es dable proponer el tema como propio a un incidente de libertad, así este bien se estime con la importancia que trasciende de él. Esto con el fin de impedir un prejuzgamiento y, además, porque el asunto, con esas características, se aviene más con la sentencia que con cualquier otra decisión. /Lo deseable es que de las rebajas de penas se ocup. el juez de primera instancia.

Radicación número 8281.

La Sala tuvo a bien, y sigo considerando la decisión como acertada, señalar que cuando una determinada situación se constituye en cargo de la demanda, no es dable proponer el tema como propio a un incidente de libertad, así este bien se estime con la importancia que trasciende de él. Esto, con el fin de impedir un prejuzgamiento y, además, porque el asunto, con esas características, se aviene más con la sentencia que con cualquier otra decisión.

Ahora se dice que esto acarrearía un contrasentido porque es extraño que lo definitivo no se pueda movilizar como fenómeno pasajero o provisional y porque exigir un desistimiento del cargo impide a la Corte el que posteriormente se pronuncie sobre el asunto, con lo cual el procesado se desprende de la ocasión de mantener un aspecto importante dentro de la casación. Y este no lo encuentro razonable. De este enfoque puedo anotar:

1. Se trata de una rebaja de pena que el juzgador de primera y segunda instancia pasaron por alto y que debieron tener en cuenta al emitir el fallo. Pero no por esto aquéllos pierden ocasión para ello, puesto que incluso después de agotarse la casación, por ejemplo, si en ésta no se definió la cuestión, el juez de la primera instancia, de oficio o a petición de parte puede y debe pronunciarse sobre el punto.

2. Cuando se exige el retiro de la cuestión como propia de la demanda, para definirlo por la vía de la libertad, no se está privando de nada al procesado y antes bien, se está mejorando su situación. En efecto, no porque se defina el asunto, por esta vía de la libertad provisional, el pronunciamiento carece de atributos de acierto o se soslaya su efectividad. Tanto da una vía como la otra, pues jurídicamente la decisión sigue siendo igual de exacta y justa, ya que siempre se cuenta con el mismo caudal de información

y se aplican las mismas reglas de análisis. Entonces, lo que la ley privilegia es el fenómeno de la celeridad, puesto que se hace más expedito cuando se toma por motivo de libertad que como motivo de casación. Y, además, lo que para esta última envolvería una circunstancia de riesgo y fracaso, por consideración de técnica, en aquélla no se corre ese albur. Tomada la decisión, así se debe quedar al menos ante la Corte, pero esto impide el que posteriormente, por quien debe asumir el asunto en sus instancias propias, o sea el juzgador de primer grado, con eventual apelación ante el Tribunal, defina totalmente lo de la rebaja. Podrá coincidir entonces con lo dicho por la Corte, o repararse de ésta su valoración.

3. Más desventajoso es el que esto de la rebaja tenga que decidirse por la Corte, en casación, así hubiera sido aspecto no considerado por el fallo, porque así lo que diga la Corte ya queda como cosa juzgada, sin que de la materia pueda conocer ulteriormente el fallador de la primera instancia, como lo quiere el sistema de las rebajas que no se han considerado en el fallo, por haber sido posteriores a éste, o porque se omitió, por cualquier motivo, estimarlo así. Pero lo deseable es que de las rebajas se ocupe el juez de la primera instancia.

Estos, los motivos del disentimiento.

Gustavo Gómez Velásquez.

NULIDAD / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / DOCUMENTO PUBLICO / LIBERTAD PROVISIONAL / SECRETARIO

1. Si bien la nulidad constituye una excepción al principio de limitación que impera en la casación, lo que admite pronunciamientos oficioso, con relación a ella, sin que el censor haya hecho solicitud en tal sentido, igualmente ha sostenido la S la que cuando el cargo sostenido en la demanda fuere de nulidad, éste no es de formulación libre, sino que el impugnante, además de plantearla debe precisar la clase de nulidad que invoca, debiendo entonces indicar si considera que la irritualidad ha afectado la validez del proceso por falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación a las normas propias del juicio, violación del principio de legalidad en relación con el delito, la pena o la ley procesal, violación del principio de favorabilidad, falta de motivación de la sentencia, aceptación de la estructura fundamental del proceso o cualquiera otra motivación que haya afectado de manera sustancial los derechos de cualquiera de las partes./2. La violación indirecta de la ley se presenta por la existencia de errores de hecho o de derecho. /3. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, y dentro de tales parámetros sería imposible desconocer que el libro de control de presentación de sindicados existe en todos los juzgados y corporaciones penales, y es debidamente abierto y autorizado por el juez, se lleva bajo control y con la intervención del funcionario respectivo que tiene una trascendental importancia probatoria, porque de lo que allí conste depende de que a quien se le haya concedido el sobrogado de la condena de ejecución condicional pueda seguir gozando de la libertad provisional concedida como consecuencia de tal reconocimiento. /4. Si el condenado condicionalmente ha incumplido con las obligaciones impuestas, entre las que se encuentran hacer presentaciones al juzgado, se deberá revocar la libertad provisional y debe regresar a prisión a purgar la totalidad de la pena impuesta./5. Resulta inadmisible que las funciones del secretario de un despacho judicial se circunscriban a lo estipulado en el Decreto 1265 de 1970, porque es evidente que son mucho más amplias y no necesariamente tienen que aparecer indicadas de manera taxativa en la ley.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7256.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 60.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de julio de 1993.

Vistos

Por sentencia del 27 de agosto de 1991 el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá condenó a Arturo Velásquez Cadena y Arturo Castiblanco Torres a la pena principal de 36 meses de prisión como responsables del delito de falsedad por el que habían sido llamados a juicio.

Mediante pronunciamiento del 22 de noviembre de 1991 se confirmó la anterior decisión, adicionándo a en cuanto se concedió a los procesados el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. La demanda presentada por el propio procesado Arturo E. Velásquez, por ser abogado titulado, fue declarada ajustada a las exigencias legales. Se escuchó el criterio del Procurador Delegado quien solicitó no se casará el fallo impugnado.

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

Hechos

Artero Enrique Castiblanco Velásquez Cadena fue condenado por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Suba, hoy 14 Penal Municipal, y se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional, razón por la cual fue sometido a período de prueba con presentaciones mensuales. El 6 de marzo de 1988 dejó de presentarse, por constatación personal que el titular del Juzgado hiciera el 18 de septiembre de 1990, a solicitud que le formulara el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal Municipal.

Algunos días después, cuando el mismo funcionario volvió a revisar el libro de presentaciones, advirtió que aparecían las constancias de las presentaciones correspondientes al tiempo durante el cual el condenado había dejado de concurrir al despacho, con las fechas inscritas unas con fechador y otras a mano.

Al ser capturado Castiblanco Torres, el juez aprovechó para oírlo en declaración, ocasión en la que manifestó que había hablado con el secretario y le había dicho que podía ir a firmar, lo que efectivamente hizo, realizando las firmas con distintas clases de tinta, por sugerencia que le hicie a el mismo empleado.

Actuación Procesal

Por auto del 14 de noviembre de 1990 se abrió el correspondiente proceso penal, al día siguiente se indagó a Arturo Castiblanco Torres, y el 20 del mismo mes y año se dictó en su contra auto de detención por el delito de fraude procesal.

El 10 de diciembre de 1990 se indagó a Arturo Enrique Velásquez.

Con fecha del 19 de febrero de 1991 se dictó resolución de acusación contra los sindicados por el delito de fraude procesal y al mismo tiempo se decretó la detención preventiva de Arturo Enrique Velásquez Cadena.

Por auto del 6 de mayo de 1991 se confirmó con modificaciones la resolución de acusación precisándose que era por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público. El 8 de agosto de 1991 se realizó la diligencia de audiencia pública: la sentencia de primera instancia se dictó el 27 de agosto de 1991 y la de segunda el 22 de noviembre siguiente.

Los Argumentos de la Demanda

El procesado en su calidad de abogado presentó la demanda de casación al amparo de la causal primera, por considerar que se dio una violación indirecta de la ley por la existencia de un error de derecho, "por cuanto se ha tenido como sustrato del fallo un libro que no reúne estas calidades, algunos de cuyos folios se han incorporado en fotocopias al expediente".

Dentro de la demostración de la causal considera que el libro de presentaciones no reúne las características de un documento público, porque carece de firma responsable; luego de citar la norma procesal respectiva concluye que "trasladando estos conceptos al caso en concreto se deduce que en ningún momento se le puede asignar al citado libro el valor de documento público, pues no aparece evidencia que permita inferirse cuáles fueron las personas con función de empleado oficial que intervinieron en su otorgamiento, tal como se demostró en el acta de inspección judicial".

Concluye que al habérsele asignado el valor de documento público se incurrió en un error de derecho por no tener tal calidad.

El actor plantea un segundo cargo, también al amparo de la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial por no haberse considerado el documento oficial contentivo de un informe secretarial y auto suscrito por el procesado, en los cuales se informaba al titular del despacho sobre la situación del condenado Castiblanco Torres y la orden de librar un oficio al Juzgado Cuarenta y Nueve Penal Municipal, con el fin de que no fuera liberado.

Para comprobar la causal asegura que el comportamiento de Castiblanco Torres tenía como objetivo evitar que el Juzgado Setenta y Cuatro Penal Municipal revocara el beneficio de libertad provisional concedido a dicho sindicado cuando se le otorgó la condena de ejecución condicional, pero que el sentenciador de segunda instancia no tuvo en cuenta las actuaciones cumplidas que impedían toda decisión en contrario y que en tales condiciones le atribuyó al mencionado libro un valor del que carecía, puesto que la actividad realizada por el condenado no tenía potencialidad de engaño.

Concluye así su argumentación: "Y al pasar desapercibido el Tribunal Superior estas circunstancias, se le imprimió al proceso un giro completamente ilegal porque se le dio valor a un documento del que carecía, en tanto que se olvidó el valor de los documentos echados de menos por el Tribunal Superior, violándose directamente el artículo 280 del Código de Procedimiento Penal, que le da a tales escritos el valor de documentos oficiales auténticos, en presencia de lo dispuesto por el artículo 284 *ibidem* e indirectamente el artículo 247 que establece los presupuestos para la viabilidad de una sentencia condenatoria".

El recurrente propone una tercera causal de casación, por considerar que se violó lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1265 de 1970 orgánico de la administración de justicia.

Sustenta la existencia de la causal argumentando que entre las funciones señaladas al secretario no aparece la de ejercer el control de los libros del juzgado y menos el libro de control de presentaciones de los sindicados.

Resalta que en la inspección judicial se dejó constancia que el citado libro se encontraba dentro de uno de los compartimientos de la baranda que impide el acceso del público a las dependencias del Juzgado, al alcance de los procesados que deben firmar en él, sin que exista control de los empleados de la secretaría.

Que las funciones que se le endilgan ilegalmente son funciones del Fiscal, de acuerdo a lo que se deduce del ordinal 2 artículo 122 del Decreto 050 de 1987.

Postula un cuarto cargo de casación al amparo de la causal tercera por considerar que se incurrió en nulidad, por violación del artículo 218 del C.P

Para demostrar la causal manifiesta que la conducta tipificada en esta norma exige que sea realizada en el ejercicio de sus funciones y "en gracia de controversia, si se cometió el hecho denunciado, éste debió ejecutarse ni siquiera en horas hábiles de oficina, sino con antelación a la hora de entrada, y en este sentido se apunta que el atestiguante Gabriel Humberto Flechas Moreno, (folio 90 C. Ppal.), puntualizó que Castiblanco Torres fue visto por él faltando 20 minutos para la hora de entrada y que con posterioridad hizo entrega de un libro en la secretaría del despacho".

Que al tenerse como veraz dicho testimonio se ha de concluir que el secretario no pudo cometer el hecho imputado en el ejercicio de sus funciones.

Solicita se case el fallo y se dé cumplimiento a lo previsto en el ordinal primero del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

Los Argumentos del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Solicita no se case la sentencia con fundamento en las siguientes motivaciones.

Cuarto cargo. (De Nulidad).

"La sola presentación del cargo de dejar ver con claridad que el demandante no tiene idea sobre la forma como debe invocar y presentar la causal tercera de casación dentro de una demanda.

"En ningún momento indica el demandante cual es la clase de nulidad que invoca, debiendo haber señalado si el vicio es de falta de competencia, violación del derecho de defensa, la existencia de irregularidades que afecten el debido proceso, la violación del principio de legalidad en el delito o la pena, la violación del principio de favorabilidad o la falta de motivación de la sentencia o cualquiera otra causa. Se desconoce la materia de las nulidades procesales. Además de señalar algunos de estos eventos, se debió haber indicado en forma clara y precisa los fundamentos y las normas que el libelista considera intringidas, lo que no hizo.

"Por el contrario a pesar de que alega la existencia de una nulidad considera que se presenta es violación del artículo 218 del C.P., con lo cual y por los argumentos que plantea se podría pensar más en la posibilidad de una violación a la ley sustancial, lo que tampoco desarrolló.

Luego de hacer una cita jurisprudencial de esta Corporación, concluyó:

"En este punto se hace necesario traer a colación y para conocimiento del libelista una jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, de fecha enero 31 de 1990 con ponencia del doctor Jaime Giraldo Angel en el que se expresó:

'...De acuerdo con los postulados anteriores, cuando se trate de una demanda de casación fundada en la causal de nulidad deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) El recurrente deberá señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: Falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de legalidad en el delito o la pena (sic), violación del principio de favorabilidad o falta de motivación de la sentencia.

b) Con relación a cada uno de los eventos mencionados, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estime infringidas, así: cuando se trate de falta de competencia, deberán darse las razones por las cuales se considera no haber sido competente el funcionario que conoció el proceso, diciendo por qué la falta de competencia tiene prevista como sanción legal de nulidad, teniendo en cuenta la etapa procesal en que ella se haya dado, y las decisiones que dentro del proceso se hayan tomado por las autoridades encargadas de dirimir los conflictos que se hubieren suscitado por esta causa'.

"En el caso de violación del debido proceso se debe establecer la comprobada existencia de una irregularidad sustancial, que son las que afectan la estructura que tipifica el sistema mixto que lo informa...

"En la violación del derecho de defensa, se deberá determinar la actuación procesal que se considera lesiva, especificando la norma que se viola, y determinando con precisión la manera como tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado.

"Aparte de los defectos técnicos resulta además absurdo el sólo pensar en el problema central que quiere presentar: que no estaba en ejercicio de funciones porque el libro fue alterado antes de la hora de entrada a la oficina, es decir unos veinte minutos antes de las ocho de la mañana. Y que por ello se equivocó el sentenciador en 'ese factor de culpabilidad' relativo al ejercicio de las funciones por fuera de la hora legal de trabajo.

"Típico argumento burocrático elemental: las funciones sólo se ejercen en las horas de trabajo. La verdad y como el demandante -que es el mismo sentenciado- cometió la falsedad antes de la hora de entrada, no hay ejercicio de funciones, y no se le puede atribuir la falsedad documental. Las funciones son la actividad propia del empleo o lo que tiene que ver con el mismo independientemente de la hora, pues bastará la investidura y que la actividad esté dentro del ámbito funcional señalado en la ley o el reglamento, o en las órdenes del superior para que se admita la función como ejercicio propio.

"Así las cosas y de acuerdo con las reglas que rigen la causal de nulidad dentro del recurso de casación, es claro que en el caso en estudio el cargo no reúne las mínimas exigencias técnicas que permitan que siquiera pueda ser estudiado de fondo. El libelista denota un total desconocimiento de las reglas que se deben respetar y por lo mismo el cargo no puede prosperar".

Primer cargo

"Considera el demandante en este cargo que se configura un error de derecho, por cuanto el sentenciador le dio al libro de presentaciones el carácter de documento público, estando lo cierto del caso es que no lo tiene.

"Frente a este punto se dirá que la condición de público de un documento, se refiere al hecho de ser expedido por autoridades del Estado, o mejor por funcionarios públicos como lo define el Código de Procedimiento Civil en su artículo 251 al decir:

'...Los documentos son públicos o privados: *Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención*...

Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público' (cursivas fuera del texto).

"De conformidad con esta definición, lo fundamental para que un documento tenga la condición de público radica en que en su elaboración haya intervenido un funcionario público, con lo cual está imponiendo a la sociedad la obligación de creer en su autenticidad y en la veracidad de la prueba. No se puede olvidar que en el caso en estudio se trata de un libro de presentaciones, que es utilizado por el Juez en su condición de funcionario público para verificar las presentaciones de aquellas personas a las que se les ha concedido la libertad, pero a las que se les impone la obligación de presentarse para ejercer un control sobre los mismos.

"Así las cosas es la naturaleza de la actividad que se cumple con este libro y no la firma del funcionario, la que determina la calidad de documento público a este libro. Recordemos que el mismo está destinado a cumplir una función dentro del Juzgado, verificar que los procesados se presenten, con lo cual el funcionario judicial cumple unas de sus funciones más importantes como es la de ejercer control sobre los procesados, siendo ésta una actividad inherente a la calidad de funcionario público que tiene el Juez y que es fundamental para el éxito de su gestión como tal.

"El libro como tal tiene la calidad de documento público, teniendo en cuenta la naturaleza de la función que cumple y para la cual fue creado, con él no se busca en ningún

momento dar fe de un acto realizado entre dos particulares, sino de una serie de obligaciones que los particulares tienen con el Estado y específicamente para con la Administración de Justicia.

"Ni siquiera es atendible en el plano lógico el raciocinio sobre el hecho de que el libro de registro de las presentaciones de los reos al Juzgado 'no es un libro'. En efecto, la falsedad documental no se refiere a los libros en cuanto tales (hojas de papel reunidas en un solo volumen) sino a documentos, los cuales pueden ser ciertamente una sola hoja, o varias, siempre que se den las condiciones para tenerlo como documento.

"Si la censura se refiere a la falta de firma del documento es evidente que sí aparece un sello y el pie de firma del Juez, sin el nombre manuscrito del funcionario, en la certificación de la apertura del libro y su finalidad. Aunque ello no es indispensable pues es un libro de registro de una actividad relativa al manejo funcional de los procesos penales, es evidente que las condiciones son las de que haya un contenido que pueda servir de prueba, que sea relevante en lo jurídico, y que tenga como autor a un funcionario público en desarrollo de la función. Todo lo cual se da en el caso de autos; se olvida que en muchas existe documento sin firma, pues lo necesario es que tengan *autor conocido o conocible* y que, por tanto, la firma es sólo un medio de identificación del autor pero no condición *sine qua non* de la existencia de un documento (artículo 279 C. de P.P. 'Es documento *toda expresión de persona conocida o conocible* recogida por escrito...' y en el mismo sentido el artículo 251 del C. P. Civil: 'Todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo'), en lo que yerra el demandante.

"Más aún si lo considera como un error de derecho por que no se lo consideró como libro y menos aún si se cita la disposición de la sana crítica, que no admite formalismos como los comentados en la impugnación.

"Es evidente que el libro de presentaciones del juzgado, está destinado al servicio del Estado, como que garantiza el cumplimiento de una de las obligaciones que tiene el Juez, y que consiste en controlar las presentaciones de los procesados y sentenciados que deban hacer ante el Despacho Judicial.

"Así las cosas, el cargo no puede prosperar".

Segundo cargo

"Plantea que se presenta una violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, al no haberse considerado en el fallo el documento oficial que obra a folios 55 y 203, que contienen un informe secretarial y un auto en los cuales se informaba al titular del Juzgado sobre la situación del condenado, lo que impidió su libertad.

"Revisado el expediente a folios 55 y 56 encontramos el oficio 0488 dirigido por el señor Juez 74 Penal Municipal al titular del Juzgado 49 Penal Municipal en el que se informa entre otras cosas que el señor Arturo Castiblanco Torres fue condenado a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión, por el delito de hurto, concediéndosele el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y que además revisado el libro de presentaciones dicho señor dejó de presentarse al despacho, por lo que una vez sea dejado en libertad se le solicita sea puesto a sus órdenes, por el incumplimiento de ellas.

"Por su parte a folio 203 encontramos un informe secretarial firmado por el hoy procesado en el que indica que el señor Arturo Castiblanco, fue sentenciado por el

Juzgado a 36 meses de prisión, concediéndosele el subrogado penal de la condena de ejecución condicional por un período de tres años, el cual vence en noviembre de 1990. El informe está fechado el 13 de septiembre de 1990.

"Se considera que el Tribunal no tuvo en cuenta estos documentos atrás transcritos, por lo que le está dando a la falsedad un valor que no tiene ya que es inocua, en cuanto se percibió el fraude por el Juez correspondiente.

"*Contrario sensu* de lo que manifiesta el demandante, el Tribunal sí tuvo en cuenta estos documentos, máxime que en la sentencia de segundo grado, indicó que no es cierto de que la falsedad tenga el carácter de inocua, dando contestación a una de las argumentaciones que sobre este mismo punto hacía la defensa al sustentar el recurso de apelación.

"Así, a folio 32 del cuaderno del Tribunal la Corporación en relación con la presunta inocuidad de la falsedad expresó:

"...Conviene precisar acá lo equivocado del argumento de la defensa cuando alega la pretendida inocuidad de la falsedad investigada, en cuanto no podía engañar al Juez 74 de Instrucción Criminal si esa era su finalidad, ya que dicho funcionario se había dado cuenta con antelación a los hechos que Castiblanco Torres de tiempo atrás venía incumpliendo sus presentaciones lo que procesalmente es cierto, pero esa circunstancia deja inmutable la estructura del delito, pues no hay que olvidar que esa potencialidad de daño, como elemento del tipo, no está referida a determinado funcionario o persona, así sea el que esté conociendo del proceso en el que se cumple la falsedad, sino que es *erga omnes*, pues el bien jurídico tutelado es la fe pública en todo su contenido".

"Del argumento que presenta el Tribunal se desprende con claridad que está haciendo referencia a los documentos que supuestamente fueron desconocidos en concepto del casacionista, pero además independientemente de que esto fuera cierto su desconocimiento no tiene ninguna incidencia frente al resultado final del proceso, porque como lo manifiesta el Tribunal, no se puede olvidar que la potencialidad del daño como elemento del delito no está referida a determinado funcionario o persona, así sea el que está conociendo del proceso en el que se cumple la falsedad, sino que es *erga omnes* pues el bien jurídico tutelado es la fe pública en todo su contenido".

"Si se olvidó el valor de la prueba, ello es un tema de valoración probatoria que debe examinarse con violación indirecta por error sobre la prueba, lo que no se plantea con claridad. Pero lo más protuberante será considerar que no hay falsedad documental, porque el Juez percibió la falsedad del libro de presentaciones, que equivale a decir, que si el documento falso no logra su propósito final (v. gr. el empleado de banco se entera de que el cheque por pagar es falso porque el cliente del Banco está presente en la oficina) no se dará la falsedad, sin parar mientes en que, como lo dijo el Tribunal, la ofensa es al tráfico jurídico sustentado en las pruebas y el delito se estructura cuando se coloca o suprime una prueba en el de manera ilegítima como ocurrió en este caso. De contera la inocuidad de la falsedad debe mirarse en relación con la condición del documento en sí mismo y no por circunstancias extrañas a la prueba falseada en sí misma.

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

Tercer cargo

"En este último cargo considera que existe violación del artículo 14 del Decreto 1265 de 1970 orgánico de la Administración de Justicia.

"El cargo es a todas luces antitécnicamente presentado, toda vez que ni siquiera indica cuál es la causal que va a plantear, y se cita una regla administrativa sin correlacionarla siquiera con la ley penal supuestamente mal aplicada.

"Su argumentación es muy general, de afirmaciones tendientes a buscar que se absuelva, pero que ni siquiera son claras frente a lo que se busca y la incidencia que tengan frente al resultado final, hasta el punto que no guardan relación alguna con los cargos que se le endilgan, toda vez que la resolución de acusación se profirió en su contra al considerarse en la misma que es autor del delito de falsedad en documento público, y en este cargo se alega, que dentro de sus obligaciones no estaba la custodia de los libros estimando que esta era una obligación del Ministerio Público. Y más se debe ver como un problema administrativo disciplinario, cuando en realidad aquí no se discute ese preciso tema propio de la vigilancia judicial. Confunde además la vigilancia judicial atribuida al Ministerio Público de forma genérica con la propia de los secretarios de los Juzgados de cuestionar todos los documentos, libros y elementos propios del Despacho conforme al artículo 14 del Decreto 1265 de 1970 en su numeral 7º que así lo indica. Al parecer quiere discutir la función de cuestionar al referido libro cuando es evidente que el secretario del Juzgado tiene ese deber en la norma indicada en su numeral 7º ya citada.

"El cargo no cumple las más mínimas reglas, ya que no indica la causal que se considera configurada, no existe fundamentación y su alegato no tiene ninguna relación con los cargos que le fueron achacados.

"El cargo no puede prosperar".

Consideraciones de la Sala

Planteada una pluralidad de cargos contra la sentencia y entre ellos uno de nulidad, se hace imperioso para la Corporación el estudio del propuesto en el numeral 4 de la demanda.

Desconoce el impugnante las elementales reglas técnicas que gobiernan el recurso extraordinario, porque la Corporación ha venido sosteniendo de manera reiterada que si bien la nulidad constituye una excepción al principio de limitación que impera en la casación, lo que admite pronunciamientos oficiosos con relación a ella, sin que el censor haya hecho solicitud en tal sentido, igualmente ha sostenido la Sala que cuando el cargo contenido en la demanda fuere de nulidad, éste no es de formulación libre, sino que el impugnante, además de plantearla debe precisar la clase de nulidad que invoca, debiendo entonces indicar si considera que la irritualidad ha afectado la validez del proceso por falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa; violación a las formas propias del juicio, violación del principio de legalidad en relación con el delito, la pena o la ley procesal, violación del principio de favorabilidad, falta de motivación de la sentencia, afectación de la estructura fundamental del proceso o cualquiera otra motivación que haya afectado de manera sustancial los derechos de cualquiera de las partes.

En igual forma quien invoca una nulidad debe precisar cuáles son los fundamentos para predicar la existencia de la irregularidad, las normas que considere han sido vulneradas con la misma y de qué manera se han afectado sustancialmente los derechos de quien la alega.

Pero el censor, en el caso específico que se analiza, no indica cuál es la clase de nulidad que invoca y menos aún cuáles son los fundamentos de la misma, ni las normas infringidas con la irritualidad, ni la forma como fueron afectados sus derechos o la estructura sustancial del proceso.

Aún más, el cargo está indebidamente orientado, porque si lo que presenta como una hipótesis discutible es la necesaria ejecución de la conducta en las horas de jornada laboral ordinaria cuando se encontraba en el ejercicio de las funciones oficiales para que pudiera pensarse en el perfeccionamiento del delito que se le imputa, es evidente que, sin decirlo, está planteando la existencia de una violación directa de la ley sustancial, porque estaría atribuyendo a los juzgadores de instancia el yerro de haberlo condenado por una conducta atípica, en cuanto que la realizada fácticamente no se adecua de manera perfecta a la descripción legal propuesta por el legislador.

El impugnante tampoco desarrolla el cargo dentro de tal perspectiva, haciendo evidentes las fallas de técnica. Pero, así los defectos técnicos no existiesen, la pretensión del casacionista es inaceptable en cuanto postula que los servidores públicos sólo ejercen sus funciones durante los estrictos horarios de oficina, lo que implicaría que cuando actúan por fuera de los mismos, no podría predicarse que están ejerciendo sus funciones.

En las condiciones precedentes es entonces preciso rechazar el cargo tal como lo solicita el Procurador Delegado.

El primero de los cargos plantea la existencia de una violación indirecta de la ley por la presencia de un error de derecho por haberle dado la instancia el carácter de documento público al libro de control de presentaciones de los sindicados.

Nuevamente incurre el casacionista en errores técnicos evidentes, porque la verdad es que la impugnación ha debido formularla como una violación directa de la ley, pues en definitiva le reprocha a la instancia que lo hubiera condenado por el delito de falsedad de funcionario oficial en documento público, y que al no tener el libro de presentaciones la calidad de tal, era imposible que se le hubiera imputado la ejecución de tal conducta típica.

Recuérdese que la violación indirecta de la ley se presenta por la existencia de errores de hecho o de derecho y se dan los primeros en las siguientes eventualidades: a) cuando se ignora o desconoce la existencia de la prueba (inexistencia por omisión); b) cuando se tergiversa su alcance o expresión fáctica (deformación real); c) cuando se supone o imagina una prueba que no existe (existencia por ficción); y se presentan los errores de derecho en las siguientes eventualidades: a) cuando se aprecia una prueba que viola sus propios ritos de formación (ilegalidad intrínseca); b) cuando se aprecia una prueba que viola los presupuestos generales para su aducción (ilegalidad extrínseca); c) cuando a la prueba se le niega, de modo absoluto, el valor que la ley le absoluta), y d) cuando a la prueba se le da un valor, mayor o menor, del que la ley le otorga.

Se debe precisar que en relación con los errores de derecho, por haberse acogido el sistema de la apreciación racional de los medios de convicción, dentro del cual no se le señala un valor determinado a las pruebas, no podrían darse las eventualidades previstas en los literales c) y d), pero sí el caso de un apartamiento ostensible de las reglas que deben guiar la sana crítica.

Pero no yerra el censor sólo en los aspectos de la formulación del cargo, sino también en cuanto al erróneo concepto que tiene de lo que ha sido considerado por la ley, porque como muy bien lo precisa el artículo 251 del C. de P. C. Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención y dentro de tales parámetros sería imposible desconocer que el libro de control de presentación de sindicados existe en todos los juzgados y corporaciones penales, y es debidamente abierto y autorizado por el juez, se lleva bajo el control y con la intervención del funcionario respectivo que tiene una trascendental importancia probatoria, porque de lo que allí conste depende que a quien se le haya concedido el subrogado de la condena de ejecución condicional pueda seguir gozando de la libertad provisional concedida como consecuencia de tal reconocimiento.

En el caso motivo de análisis el libro demostraba el incumplimiento del condenado a las obligaciones legalmente impuestas y al ser llevado por el condenado con la anuencia e intervención del secretario se alteró su contenido, en cuanto que aparecía como si realmente se hubiera estado presentando.

La alteración en torno de la fe pública es en este caso evidente porque el documento que demostraba la inasistencia fue modificado, para que apareciese como si efectivamente hubiera estado cumpliendo con las obligaciones impuestas por el juez.

Si el condenado condicionalmente ha incumplido con las obligaciones impuestas, entre las que se encuentra hacer presentaciones periódicas al juzgado, se deberá revocar la libertad provisional y debe regresar a prisión a purgar la totalidad de la pena impuesta. Necesariamente, el cumplimiento o incumplimiento de tales obligaciones tiene como fundamento probatorio de primordial trascendencia, el libro de presentaciones y en tales condiciones es indesconocible su calidad de documento público, puesto que se trata de un libro que es abierto y llevado con la intervención directa del juez, así el acto en sí de las presentaciones por parte de los condenados se realice con la intervención de un empleado de secretaría. Es tan cierta la intervención del juez sobre dicho documento y su calidad probatoria, que para contestar la solicitud formulada por otro despacho judicial, revisó el libro y advirtió en ese primer momento la no presentación del procesado y posteriormente, la manera irregular como se habían hecho aparecer numerosas firmas, aparentando el real cumplimiento de ese deber.

Como muy bien lo advierte el Procurador Delegado es la naturaleza de la actividad que se cumple con este libro y no la firma del funcionario, la que determina que se trate de un documento público y no de uno privado.

En las condiciones anteriores se rechazará el cargo formulado tal como lo solicita el Procurador Delegado.

En el segundo cargo el censor plantea la existencia de una violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de un error de hecho, el de haberse omitido apreciar

los documentos que obran a folios 55 y 203, contentivos de un informe secretarial y un auto por medio de los cuales se informaba al titular del juzgado sobre la situación del procesado que impidió su libertad.

En el folio inicialmente mencionado aparece un oficio del Juez Setenta y Cuatro dirigido a su similar Cuarenta y Nueve Municipal en el que le informa que Castiblanco fue condenado a 36 meses de prisión por el delito de hurto, que se le concedió la condena condicional con presentaciones, pero que no había cumplido con éstas, lo que se verificó al revisar el libro respectivo, razón por la cual solicita que una vez sea dejado en libertad se lo ponga a su disposición para el cumplimiento de la pena.

En el segundo folio aparece un informe secretarial suscrito por el procesado en el que se indica que Castiblanco fue condenado a 36 meses y se le concedió la condena condicional, sometiéndoselo a un período de prueba de tres años que tiene vencimiento en noviembre de 1990. Este informe está signado el 13 de septiembre de 1990.

La censura consiste en que el juzgador de instancia no consideró estos documentos, pero tal afirmación no corresponde a la realidad porque en la decisión del Tribunal se hizo referencia a la presunta inocuidad de la falsedad cuando se sostuvo: "...Conviene precisar acá lo equivocado del argumento de la defensa cuando alega la pretendida inocuidad de la falsedad investigada, en cuanto no podía engañar al Juez 74 de Instrucción Criminal (sic.) si esa era su finalidad, ya que dicho funcionario se había dado cuenta con anterioridad a los hechos que Castiblanco Tortes de tiempo atrás venía incumpliendo sus pretensiones lo que procesalmente es cierto, pero esa circunstancia deja inmutable la estructura del delito, pues no hay que olvidar que esa potencialidad de daño, como elemento del tipo, no está referida a determinado funcionario o persona, así sea el que esté conociendo del proceso en el que cumple la falsedad, sino que es *erga omnes* pues el bien jurídico tutelado es la fe pública en todo su contenido".

Lo anterior nos lleva a concluir que la apreciación de los referidos documentos no se omitió, sino que por el contrario fueron analizados por los juzgadores de instancia quienes llegaron a conclusiones diversas a las que llega el impugnante.

Recuérdese que tanto el juzgador de primera instancia como el de segunda son claros en afirmar que por tratarse de falsedad en un documento público, el solo hecho de realizar el acto falsario ya afecta el bien jurídico tutelado que no es otro que el de la fe pública, independientemente de que se logre la finalidad ilícita buscada, y es así como Romero Soto en su conocida obra sobre la Falsedad sostiene: "El delito de falsedad material en un documento público, ejecutado tanto por funcionario público como por un particular o por un funcionario fuera del servicio de sus funciones, se consuma con la *editio falsi*, esto es, cuando de alteración se trata, con el hecho de cambiar o suprimir algo del texto original y si es el caso, de formación total, cuando se ha terminado la del documento falso".

Y más adelante dentro de la misma obra expresa: "En efecto, no se necesita que la falsedad haya producido un daño, pero sí que pueda producirlo. Este daño posible puede ser de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, por ejemplo, político, moral, etc. Debe, empero, derivarse directamente de la falsedad y ser jurídicamente apreciable, particularmente porque es necesario que se derive del poder probatorio del documento.

Es decir, la situación probatoria genuina debe haber sufrido un deterioro por causa de la falsedad en el documento, bien sea porque se haya hecho imposible o dificultado probar la existencia, modificación o extinción de un derecho o de una relación jurídica cualquiera o bien por otra causa. Página 250." (La falsedad documental. E. Carvajal, Cali, 1982).

En el cargo tercero, el censor considera que existe violación al artículo 14 del Decreto 1265 de 1970 orgánico de la Administración de Justicia.

En la presentación del reproche se revela una vez más la ausencia de técnica en la demanda porque ni siquiera indica cuál es la causal dentro de la que plantea la censura, debiendo la Corte presumir que pretende la existencia de una violación directa de la ley sustancial, aun cuando del texto de la impugnación no surge el planteamiento sobre qué es lo que pretende y de qué manera la violación de la ley pudo haber tenido incidencia en el fallo definitivo.

Las falencias exhibidas por el recurrente, surgen lógicas, porque si ni siquiera ubicó la censura dentro de una determinada causal (la Sala deduce que sea por la primera y por violación directa) mal podría contener el cargo la precisión de enfocarlo por una falta de aplicación de la norma, o por una indebida aplicación, o por una interpretación errónea.

Es pretensión del procesado que se acepte que en el Decreto 1265 de 1970 no aparece como parte de sus funciones secretariales el llevar libros dentro del despacho y mucho menos el de control de presentaciones, afirmando que esta es una función que incumbe al Ministerio Público de conformidad con las funciones asignadas a los miembros de tal institución en el artículo 122 del recientemente derogado estatuto procesal.

Resulta inadmisible que las funciones del secretario de un despacho judicial se circunscriban a lo estipulado en la norma que el actor cita, porque es evidente que son mucho más amplias y no necesariamente tienen que aparecer indicadas de manera taxativa en la ley; de lo contrario, la labor secretarial sería prácticamente insignificante, cuando es un hecho y una realidad que el funcionamiento de la secretaría compete fundamentalmente a su titular, quien está encargado del manejo de la totalidad de los expedientes y de los libros que por razones de orden administrativo sea necesario llevar en el juzgado, no importando que en un momento determinado, la función material de su adelantamiento esté asignado a otro subalterno del despacho.

Está probado que la colocación de las firmas como constancia de que el condenado se había presentado en las fechas en las que estaba obligado, se hizo en presencia y con el consentimiento del secretario; por ello, estando los documentos existentes bajo el cuidado de éste en la secretaría bajo su mando y custodia es imposible afirmar ahora de manera tan simple que tal función no le estaba encomendada legalmente de manera expresa.

En las anteriores condiciones se rechazará el cargo tal como lo solicita el Procurador Delegado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel*, *Fernando Arboleda Ripoll* (Conjuez), *Jorge Carreño Luengas* (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz* (salvó el voto), *Gustavo Gómez Velásquez*, *Dúlimo Páez Velandia*, *Edgar Saavedra Rojas*, *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ANTECEDENTES / PENA

Cuando se alude a la propensión delictiva, lejos de estarse apoyando el criterio en el fenómeno de los antecedentes, valoración que no se acomodaría a los dictados de la Constitución Nacional -artículo 248-, se está recogiendo e interpretando una realidad probatoria, la cual ofrece al juzgador algunos elementos para determinar la personalidad del procesado y señalar la conveniencia de efectivizar el tratamiento penitenciario mediante el purgamiento real de la pena impuesta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7720.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 60 de julio 6 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de julio de 1993.

Vistos

Procede la Corte a definir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali (abril 24/92), mediante la cual se impuso a Rolando León Granados Muñoz, por los delitos de "falsedad en documento privado y estafa", treinta y dos (32) meses de prisión, amén de las accesorias pertinentes.

La impugnación fue aceptada en proveído de diez de junio de 1992 y la demanda en auto de veintisiete de agosto del mismo año.

Conducta y Relación Procesal

Afortunado síntesis de una y otra consigna la Delegada Primera de la Procuraduría en su concepto de rigor. De ahí, entonces, la conveniencia de las siguientes transcripciones:

"En los meses de enero y junio de 1989, Rolando León Granados Muñoz vendió seis (6) cheques viajeros (Money Order) a Manuel E. Ceballos Flórez, por valor de US$5.300 ($1.650.000), títulos que al ser consignados en Bancos de Panamá y Estados Unidos fueron devueltos por aparecer falsos, circunstancia que motivó a Ceballos Flórez

a denunciar al vendedor por los delitos de "Estafa y Robo". Posteriormente y en ampliación de denuncia el quejoso informó que también había comprado a Granados Muñoz US$1.000 más, los que negociados con una agencia de viajes igualmente resultaron falsos.

"...

"Con fundamento en los antecedentes procesales, el Juzgado 22 de Instrucción Criminal radicado en Cali, abrió la correspondiente investigación y en el desarrollo de la misma vinculó mediante indagatoria a Rolando León Granados Muñoz y allegó diversidad de prueba de índole testimonial, documental, inspección judicial y pericial, como la que se efectuó sobre las grafías plasmadas por el sindicado en los títulos valores y los cheques adquiridos por el denunciante, prueba mediante la cual Rolando León Granados Muñoz ejecutó con su propio puño y letra los manuscritos de lleno en el ángulo inferior derecho del anverso de los cheques números 75269, 0019113655, 456147 y 456151 (folios 52, 53, 56 y 59) y signó como endosante con tinta azul de bolígrafo en la totalidad de los cheques... en lo que respecta a la autenticidad de tales documentos extranjeros cuestionados, se dijo que dichos cheques aparecen confeccionados en papel carente de seguridades tales como marca de agua o filigrana, fibrillas coloreadas, impresiones con reacción a la luz ultravioleta, sensibilización a la masa del papel y ante la presencia de sustancias clorinadas, lo cual hace suponer que se trata de documentos falsos integralmente. Sin embargo, para emitir concepto definitivo al particular, se requieren de patrones de esos cheques. Por vía de ejemplo para tener en cuenta que se sospecha la falsedad integral de los documentos en litigio, nótese que los cheques 0207342 y 0207403 de Brond National Bank, en el recuadro inferior conlleva lectura que al traducirse anuncia una marca de agua como seguridad pasiva (artificial Watermark), la cual no aparece por ningún lado en esos documentos". (Folios 63 y ss. del C.O.).

"La prueba recaudada sirvió de fundamento al juzgado instructor, para proferir resolución de acusación y medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva en contra de Granados Muñoz, por los delitos de falsedad en documento privado en concurso con estafa.

"Adelantada la etapa de la causa a cargo del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali y llevada a cabo la diligencia de audiencia pública, el Juzgado de conocimiento profirió sentencia condenatoria en contra de Rolando L. Granados Muñoz, a quien impuso la pena principal de 48 meses de prisión como autor responsable de los delitos de falsedad en documento privado, agotados en concurso material, y los delitos de estafa cometidos igualmente en concurso homogéneo y a su turno negó la suspensión de la condena de ejecución condicional de la sentencia; decisión que al ser apelada por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali con el fallo de fecha 24 de abril de 1992, con la excepción de lo relacionado con la pena privativa de la libertad, por cuanto que dicha corporación condenó al acusado a la pena de 32 meses de prisión".

La Demanda

1. Se cuestiona la sentencia por error en la apreciación de la prueba considerada en el fallo impugnado, concretamente el dictamen pericial que obra en el proceso y la errónea interpretación del artículo 68 del C. P.

Al respecto, en el primer punto, se censura la conclusión del Tribunal, apoyada en la pericia grafotécnica, de tener los títulos valores cuestionados como integralmente falsos cuando "cabe preguntar: en qué consiste la falsedad de los cheques cuestionados, afirmación que fundamentó en lo siguiente:

"Los bancos que tales cheques rechazaron lo hicieron colocando en ellos la anotación 'Counterfeit' que, según lo expresado por la Juez de primera instancia en su sentencia, traduce: 'contrahecho, falsificado, moneda falsa'.

"Pero cabe preguntar: ¿En qué consiste realmente la falsificación de los pluricitados cheques? ¿Se trata de instrumentos elaborados en formularios espurios, es decir, no emitidos legalmente por los respectivos bancos? ¿O la falsedad consiste en la colocación de nombres, fechas, valores, etc., que no corresponden a la realidad?

"Sobre este especial e importante punto absolutamente nada se indagó y, consiguientemente, quedó en el vacío, en la más completa oscuridad, la real razón de la falsedad de tales cheques Money Order; y en esas circunstancias ¿podría decirse, con fundamentos válidos, que se ha demostrado que los pluricitados títulos valores son falsos, como lo afirma tajantemente el H. Tribunal Superior en el fallo de que nos ocupamos? Sinceramente considero que no, máxime cuando el señor perito grafólogo oficial a quien correspondió examinados, dictaminó sobre el particular:

'...en lo que respecta a la autenticidad de tales documentos extranjeros cuestionados, se dirá que dicho (sic.) cheques aparecen confeccionados en papel carente de seguridades tales como marca de agua o Filigrana, fibrillas coloreadas, impresiones con reacción a la luz ultravioleta, sensibilización a la masa del papel y ante la presencia de sustancias clorinadas, lo cual *hace suponer* que se tratan (sic) de documentos falsos integralmente. Sin embargo, para emitir concepto definitivo al particular, se requiere de *Patrones* de esos cheques. Por vía de ejemplo para tener en cuenta que *se sospecha* la falsedad integral de los documentos en litigio...' (folios 64 y 65) Cursivas fuera del texto.

"Si el dictamen del Grafólogo Forense confiere expresiones tales como *Lo cual hace suponer* y *se sospecha* de la autenticidad de los cheques de Money Order aquí involucrados, no es posible que el H. Tribunal de manera equívoca, concluya que: se demostró que los títulos valores que el encartado entregó a su denunciante Manuel Ceballos Flórez, son falsos al ser expedidos en papel carente de seguridades, lo cual permitió al grafólogo forense concluir que la falsedad es integral.

"Resulta incuestionable, honorables Magistrados, la *errónea interpretación* de la prueba".

2. Y en cuanto al segundo, se afirma la procedencia de la condena de ejecución condicional, porque al carecer Granados Muñoz de antecedentes, es imposible determinarle como "persona con propensión al delito". La tesis del Tribunal carece de "sustentáculo en las probanzas al informativo aportadas, porque las en él obrantes no dan cuenta de elementos de juicio alguno que permita establecer que el procesado requiere de resocialización mediante encarcelamiento y, por el contrario, sus antecedentes permiten asumir su condena como algo circunstancial y aislado.

"Para llegar a la conclusión de que Rolando León Granados Muñoz requiere de tratamiento penitenciario, es decir, que debe ser sometido a un conjunto de medidas

especiales (internamiento en centro carcelario; sometimiento a vigilancia; trabajo penitenciario; educación penitenciaria) para obtener su reinserción social, su resocialización o su rehabilitación, es preciso ubicarlo dentro de cualquiera de estas dos categorías: a) Que se trata de una personalidad anómala, o b) Que se trata de una personalidad criminal. No obstante, no expone la sentencia impugnada ningún elemento valorativo que emerja del acervo probatorio indicativo de que el procesado debe ubicarse entre aquellos de personalidad anómala o criminal y por ello debo reiterar que la negación del subrogado penal respondió, indudablemente, a una errónea interpretación de la norma que lo consagra". Sobre el particular se citó un pronunciamiento de la Sala -abril 24/92, Magistrado Ponente Gustavo Gómez Velásquez-.

Réplica de la Delegada

a) El demandante adjudica la interpretación errónea a las pruebas cuando debió vincular el argumento a normas jurídicas;

b) Omite señalar el sentido del yerro;

c) La interpretación errónea del artículo 68 del Código Penal, deviene luego en una controversia probatoria;

d) La demanda parte de un error: "considerar que la única prueba, y la determinante, es la del perito en esta materia, cuando la verdad es la de que el Juez puede tomar apoyo en el dictamen y completar su juicio crítico sobre la realidad averiguada, con otros datos de prueba que aparezcan en autos, que le permita concluir en que los documentos son falsos. En efecto, admitiendo el sentido de lo censurado, (que el perito no es asertivo de manera rotunda), es claro que el sentenciador completa su juicio con el hecho de que no fueron pagados los títulos valores, y en cambio rechazados por el girado al momento del pago, que la grafología demostró que los cheques -en contra de lo afirmado en autos- fueron llenados por el propio procesado, elementos con los cuales en un juicio racional de experiencia se puede afirmar, con certidumbre completa, que los documentos son falsos. La exigencia de una prueba hasta el límite de lo absurdo del refinamiento demostrativo, no puede darse en el derecho penal, que funciona sobre la base de realidades del mundo social, y que por lo mismo sólo puede aprehender una verdad social relativa. El apotegma de la "verdad verdadera" y absoluta, no cabe ni siquiera en el marco del derecho penal, que, como todo derecho, debe conformarse con la probabilidad (entiende la Sala, para tomar medidas de aseguramiento o emitir resolución acusatoria) y la certidumbre que muestran las pruebas aportadas al expediente, y nada más. Es una verdad formal del proceso (entiende la Sala, la que señala el artículo 247 del C. de P. P.) sobre la cual decide el Juez, y no sobre realidades metafísicas de esencias únicas como en ocasiones se plantea. Por ello el análisis judicial de este caso es legítimo, en cuanto el cuadro probatorio ofrece un juicio sólido de experiencia que permite la aseveración de falsedad de los documentos en discusión.

"Como se observa, la ineptitud de la demanda es manifiesta. Desconoce el actor, se repite, las exigencias técnicas y formales del recurso, no ubica la inconformidad de manera precisa y concreta dentro de ninguna de las causales de casación, que son taxativas, ni hace una censura con una fundamentación lógico-jurídica adecuada al recurso como se ha expuesto. No sobra agregar que en una forma contradictoria a la

postura inicial, a argüir la ausencia de antecedentes de alguna índole en contra de Granados Muñoz para señalarlo como persona con propensión al delito para negarle la gracia consagrada en el artículo 68 del Código Penal, se viene a sostener luego en otro aparte de la demanda, que: "No obstante, no expone la sentencia impugnada ningún elemento valorativo que emerja del acervo probatorio indicativo de que el procesado deba ubicarse entre aquellos de personalidad anómala o criminal... y por ello que la negación del subrogado penal respondió, indudablemente, a una errónea interpretación de la norma que lo consagra". Desconociendo que el Tribunal en verdad no hizo referencia a "antecedentes" derivados de sentencias condenatorias ejecutoriadas en contra del acusado y allegadas al proceso, pero sí se refirió a que "el procesado es persona con propensión al delito, *como lo demuestra el hecho de las varias personas que fueron víctimas de su dolosa proceder*, circunstancia ella que hace que en concepto de la Sala, el condenado necesita de tratamiento penitenciario. Ello es distinto a la falta de pruebas que se invoca".

Respuesta de la Corte

Escasa coherencia se advierte en los planteamientos del escrito de casación, al punto que debe pasarse por sobre tan notorio defecto en virtud de la laxitud acordada por la legislación actual para la presentación de los cargos.

Pero, a lo dicho por el Ministerio Público, cabe agregar las siguientes prietas consideraciones:

Según el contenido de la sentencia impugnada, la demostración del delito de "falsedad en documentos" fluye como conclusión incontrovertible de la investigación realizada. Es así como se señala la carencia de respaldo procesal a las alegaciones de la defensa (el procesado fue "otra víctima, al igual que el hoy demandante, pues él los recibió- los money order- ingenuamente") y menos puede admitirse manifestaciones como las que expresa Granados, entre ellas que no era actividad suya negociar dólares (pero otra cosa hizo con Martha Inés Ramírez Puyo y Evelio Varela Jaramillo) o rechazar "la letra manuscrita que aparece en los títulos valores de su puño y letra" (pero el dictamen grafológico, al cual atiende el fallador, dice todo lo contrario en este punto).

La censura no aborda esta particularizada temática, situación probatoria y valorativa suficiente para provocar y mantener un fallo de condena. La apreciación del Tribunal, a este respecto, aparece como legalmente procedente y requería, por tanto, una específica refutación.

Lo que el escrito de casación cuestiona, en esencia, es que no se ha demostrado la falsedad de los documentos. El Tribunal y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali (y en este caso es imprescindible predicar la unidad de estos fallos ya que la primera instancia no aparece repudiada, ni expresa, ni explícitamente por la segunda) consideraron que era dable asumir dicha conclusión, porque el Banco que debía cubrir los cheques cuestionados, manifestó que se trataba de documentos "Counterfeit", locución que, en español, según el caso, puede corresponder a "contrahecho, falsificado, moneda falsa". Y de otro lado, el dictamen pericial afirmó, y así lo recuerdan los citados falladores, como "money order" confeccionados "en papel carente de seguridades tales

como marca de agua, filigrana, fibrillas coloreadas, impresiones con reacción a la luz ultravioleta, sensibilidad del papel y ante la presencia de sustancias clorinadas, hace suponer que se trata de documentos íntegramente falsos. Agregando además que algunos de los mencionados cheques conllevan lectura que al traducirla anuncia una marca de agua como seguridad pasiva, la cual no aparece por ningún lado en estos documentos".

Unos cheques repudiados por el banco extranjero por la razón anotada y considerados por el grafólogo con tan adversas características, no puede tenerse por legítimo, válido, legal, de aceptado curso y como correspondiente a una realidad crediticia bancaria, sino todo lo contrario, o sea, estimarlos como falsos. Esta es una deducción inevitable que merece una contra argumentación bien distinta a la pregonada en la demanda.

Pero, además, el fallo de primera instancia todavía exhibe mayores comprobaciones y más correcta conformación jurídica. Es así como en esta pieza se tiene ocasión, sobre la base de una acertada evaluación del dictamen en cuestión, de destacar a "Granados Muñoz como el único autor del lleno de los manuscritos obrantes a folios 52, 53, 56 y 59 del cuaderno original de. expediente en su parte inferior derecha de su anverso, y el autor de la totalidad de los endosos que obran en los 8 cheques viajeros obrantes en autos, desvirtuándose así su negativa de haberlos negociado".

¿Podrá, entonces, dudarse que los cheques fueron elaborados en formularios espurios, o que la falsedad consiste en la colocación de nombres, fechas, valores, etc., que no corresponden a la realidad, hipótesis sustentadas en la demanda para llevar confusión sobre el concepto de la falsedad? La respuesta obvia es afirmar la ocurrencia de lo uno y de lo otro, sin que se den en contrario demostraciones serias y atendibles, o siquiera con aproximación a estas caracterizaciones, con lo cual desaparece por entero la inquietud que trata de crear la demanda. ¿Carecerá de mérito, en orden a establecer la falsedad de los cuestionados cheques, la razón de su rechazo de pago (contrafacción o falsificación), la elaboración de los mismos en papeles no usados legalmente para su elaboración cuando ésta tiene origen legítimo, o la inclusión de textos sustanciales por parte del procesado, los mismos que se empeña en negar? La explicación de la defensa de haber sido una víctima más de esa delictuosa circulación, no se insinúa como aspecto verosímil: lo lógico, en esta última consideración, es estimar que la misma demuestra la falsedad documental, pues a nadie puede compadecerse como víctima en la recepción de un cheque totalmente legítimo y de autorizada procedencia. En otros términos, la comentada argumentación coloca de cuerpo entero lo que se ha pretendido negar, o sea, que los cheques sí eran falsos, pero se negociaron sobre consideración diferente.

El Juzgado sentenciador, por razón de la pena (superior a tres años -artículo 68 C.P.) negó la condena de ejecución condicional. El Tribunal, a pesar de haber removido esta situación puesto que impuso treinta y dos meses de prisión, sin embargo insertó como razón para excluir a Granados de este beneficio su "propensión al delito, como lo demuestra el hecho de las varias personas que fueron víctimas de su doloso proceder, circunstancia ella que hace que en concepto de la Sala, el condenado necesita de tratamiento penitenciario".

En este punto las afirmaciones de la Delegada bastan para desechar la objeción. Al respecto se anotó que si el censor estimó que el Tribural creó *antecedentes* irreales -suposición de prueba- ha debido escoger la vía de la violación indirecta de la ley

sustancial por falso juicio de existencia y no acudir a la interpretación errónea del artículo 68 del Código Penal.

No está, por demás, agregar que así la composición del fallo, en este pasaje, se muestre deficiente, logra subsistir por lo que puede entenderse del mismo como válido. En efecto, cuando se alude a la propensión delictiva, lejos de estarse apoyando el criterio en el fenómeno de los antecedentes, valoración que no se acomodaría a los dictados de la Constitución Nacional -artículo 248-, se está recogiendo e interpretando una realidad probatoria, la cual ofrece al juzgador algunos elementos para determinar la personalidad del procesado y señalar la conveniencia de efectivizar el tratamiento penitenciario mediante el purgamiento real de la pena impuesta. Y, en este punto cobra validez su aserto, no obstante que concepto tal pueda suscitar disentimientos pero que no llegar a destacar un desvío tan impresionante como para imponer su corrección. Es un matiz evaluativo que, incluso, pudo atraer mayores argumentos, pero que como tal le es factible perdurar, no es el caso de enmendar esta situación a expensas del fallo que a respecto cita la demanda, puesto que este pronunciamiento tiene otra orientación y finalidad.

Las censuras se descartan.

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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didima Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

1. El error de hecho manifiesto debe ostentar los caracteres de lo evidente, es decir, de lo que se impone a primera vista, sin que su demostración exija ningún esfuerzo dialéctico por parte del censor o de los jueces en sede de casación y debe repercutir en las conclusiones de la sentencia con fuerza incontrastable, vale decir que sin su concurso el juzgador hubiera definido la situación en sentido diferente del contenido en el fallo censurado. /La casación no es una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad asignada a determinada prueba, máxime cuando ésta carece de valor específico y la crítica se basa en apreciaciones personales o subjetivas del impugnador. /2. La interpretación en cuanto al sentido o alcance de un documento jamas puede generar error de hecho manifiesto porque el yerro no recae sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona, sino sobre el juicio de valor que se luce el funcionario respecto a su contenido. /3. En los ilícitos contra el patrimonio económico de que se ocupa el título XIV del Código Penal, la tutela penal no sólo cobija el derecho de propiedad, entendido con el significado que le da el Código Civil, sino que también se extiende a la posesión, la tenencia de la cosa, los derechos pecuniarios y los bienes inmateriales de valor económico; es decir, que cualquiera de los titulares de tales derechos está legitimado para reclamar el resarcimiento de los perjuicios cuando por un hecho punible ha sufrido mengua o quebranto en su patrimonio económico entendido como una universalidad de derechos y obligaciones del individuo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7309.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 61.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de julio de 1993.

Vistos

Ha sido recurrida en casación por el defensor del procesado Miguel Ernesto Salamanca Rojas la sentencia de 13 de enero de 1992 mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó, con algunas modificaciones, la dictada por el Juzgado 11 Penal del Circuito de esta ciudad, que lo condenó a veinticuatro meses de prisión y multa de $100.000.00, como responsable del delito de estafa, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos

Los que originaron la formación del proceso son reseñados por la Procuraduría Delegada de la siguiente manera:

"El señor José Mina Caicedo adquirió a través del Fondo Nacional del Ahorro un apartamento ubicado en el barrio 'El Tunal' de esta ciudad el que, luego de habitarlo directamente por algún tiempo, lo entregó en arrendamiento.

"A partir del mes de julio de mil novecientos ochenta y dos el arrendatario dejó de pagar el valor del canon mensual pactado, razón por la cual el propietario de la finca otorgó poder al abogado Miguel Ernesto Salamanca Rojas para que, por los trámites del juicio de lanzamiento, obtuviera la terminación del contrato de arrendamiento y la restitución del inmueble.

"En aquella época Mina Caicedo residía en la ciudad de Cali, razón por la que no podía estar pendiente de lo sucedido con su inmueble. Su apoderado presentó la demanda que empezó a desarrollar el mandato el día veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y cuatro, obtuvo sentencia favorable a sus pretensiones el cinco de mayo de mil novecientos ochenta y seis y recibió en forma real y material el apartamento el día ocho de agosto del mismo año. Una vez en posesión de la finca, el abogado procedió a arrendarla a la señora Magdalena Ponzón -con quien años atrás el jurista había tenido un hijo-, por el irrisorio canon de diez mil pesos mensuales.

"Habiendo regresado Mina Caicedo de Cali, pretendió que se le entregara el apartamento, pero se encontró con el hecho de que su representante judicial se negó a hacerlo alegando que se le debían honorarios profesionales por sus servicios y que había necesidad de reconocer a la por entonces arrendataria, el valor de unas mejoras que ascendía a suma aproximada a los seiscientos mil pesos. Esta manifestación fue posterior a una antecedente según la cual el Fondo Nacional de Ahorro había tomado posesión del apartamento ante lo insoluto de una elevada deuda.

"De conformidad con el dicho del denunciante, en el año de mil novecientos ochenta y cinco su apoderado le había manifestado que no había obtenido resultados positivos en su gestión porque los inquilinos alegaban derechos posesorios sobre el bien, situación ésta que el señor Mina Caicedo logró establecer que era falsa. En agosto del mismo año, ante nuevo requerimiento, el abogado aseveró que el bien lo había tomado el Fondo Nacional de Ahorro, aseveración que tampoco resultó verídica, según lo pudo comprobar el denunciante.

"Al no poder recuperar el inmueble y sentirse estafado, Mina Caicedo elevó la respectiva denuncia".

Actuación Procesal

Con fundamento en la denuncia presentada por Mina Caicedo y documentos anexos, el Juzgado Noventa y Cuatro de Instrucción Criminal de Bogotá inició investigación penal el 18 de julio de 1988 oyendo en declaración a las personas por él citadas y en indagatoria al abogado sindicado Miguel Ernesto Salamanca Rojas, oportunidad en la que éste manifestó haberse comprometido con su acusador a gestionarle el lanzamiento de las personas que ocupaban un apartamento del barrio "El Tunal" de esta ciudad y la restitución del inmueble, pactando como honorarios la suma de doscientos mil pesos, de la que no le hizo ningún anticipo, autorizándolo verbalmente para arrendarlo una vez terminado el juicio de lanzamiento y pagarse sus servicios con el producto de los cánones de arrendamiento.

Terminado el proceso de lanzamiento y entregado el apartamento en pésimas condiciones, sin que su mandante se hubiese hecho presente a indagar por la suerte de la gestión encomendada, lo dio en arrendamiento a Magdalena Pontón, mujer con la que había tenido un hijo, por la suma de diez mil pesos mensuales que serían descontados del valor de las mejoras que ella le hiciera al inmueble para dejarlo habitable, recalcando que la autorización verbal para darlo en arrendamiento le fue hecha por Mina Caicedo en presencia del doctor Rodolfo Guenero Preciado y los señores Gustavo Bonilla Echeverry y Alejandro Díaz.

Habiendo fracasado la audiencia de conciliación convocada por el funcionario instructor el cumplimiento a las previsiones del artículo 3º del Decreto 1881 de 1989 y encontrándose perfeccionada, en lo posible la investigación, el Juzgado Cien de Instrucción Criminal de Bogotá calificó su mérito probatorio con cesación de procedimiento en favor del sindicado por los delitos de estafa y abuso de confianza, ordenó reabrir la investigación por el posible delito de ejercicio arbitrario de las propias razones y se abstuvo de decretar medida de aseguramiento en su contra; pronunciamiento recurrido en apelación por el apoderado de la parte civil.

El 22 de marzo de 1991 el Tribunal Superior de Bogotá revocó la providencia apelada y profirió resolución de acusación contra el abogado Miguel Ernesto Salamanca Rojas por el delito de estafa, agravado por la cuantía.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Once Penal del Circuito de esta ciudad puso fin a la instancia condenando al profesional acusado a la pena principal de veinticuatro meses de prisión y multa de cien mil pesos, a las sanciones accesorias de rigor, la prohibición de ejercer la profesión de abogado por el lapso de la pena principal y al pago de la suma de cinco millones de pesos por concepto de perjuicios causados, otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación, reformándolo en lo relativo a la cuantificación de los perjuicios causados (equivalentes, en moneda nacional, a trescientos setenta gramos oro) y al plazo dentro del cual el procesado debía restituir el inmueble a su propietario.

Demanda de Casación

En el marco de la causal primera de casación se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial y se formulan los siguientes cargos:

Primero: Habérsele asignado "alcance de prueba de cargo" al testimonio rendido por el denunciante José Mina Caicedo a pesar de que su dicho no ofrece credibilidad por tratarse de persona interesada en los resultados del proceso, estar constituida en parte civil para reclamar cuantiosa indemnización y haber ofrecido de los hechos una versión acomodada y parcializada.

Sus manifestaciones en el sentido de atribuirle al abogado que los inquilinos querían quedarse con el apartamento alegando una supuesta posesión, que el Fondo Nacional de Ahorro había tomado el inmueble y que era necesario cambiar el expediente de Juzgado, calificadas por el sentenciador de segunda instancia como maniobras engañosas destinadas a inducir y mantener en error a la víctima carecen de la potencialidad requerida para estructurar el delito de estafa porque no se tuvo en cuenta que: "1. Que del contexto de la denuncia no se infiere artificio o engaño capaz (sic) de generar error en la víctima; 2. Que el denunciante no fue engañado ni determinado por las supuestas mentiras pues sabía que los arrendatarios no eran poseedores con justo título para obtener la propiedad del bien por la figura de la prescripción. 3. Que el Nacional (sic) de Ahorro no había promovido acción alguna en contra del adjudicatario del bien. 4. Que no hubo traslado del expediente del juzgado de Besa".

Luego expresa el demandante que "...la equivocada forma de valorar lo dicho por el denunciante se aparta de manera ostensible de los principios de la sana crítica que exige ajustar el examen de los medios de prueba a una valoración lógica, técnica, científica, racional acorde con las reglas de la experiencia. Se trata de un error de apreciación del medio de convicción con lo cual se da una violación de medio (sic), indirecta con la cual se llega a violar el artículo 356 C.P. que tipifica el delito de estafa, el artículo 3° C.P. que establece la tipicidad del hecho punible de tal suerte que sea inequívoca. Se viola igualmente el artículo 247 C.P.P. que exige imperativamente certeza del punible para imponer la condena".

Segundo: Violación indirecta por aplicación indebida de las mencionadas normas legales y otros preceptos de los Códigos Civil y del Comercio (artículos 2159 y 2188; 1273 y 1275 respectivamente) originada en el error de atribuirle "alcance de prueba de cargo" al poder otorgado para promover el proceso de lanzamiento limitando las facultades dadas por el mandante al mandatario, entre las cuales, la de recibir el inmueble objeto de restitución y hacer todo lo que fuera conveniente en defensa de los intereses del cliente, entendiéndose que quedaba autorizado para arrendarlo, percibir los cánones y realizar las mejoras necesarias.

En orden a demostrar el yerro endilgado argumenta el censor que "se aísla erradamente el contenido y alcance del poder sin mirar su verdadera intención y mucho menos las características propias del contrato de mandato y, en especial, las facultades y obligaciones que como acto bilateral generan para cada una de las partes. Para nada se menciona que el mandante no ha remunerado a su mandatario, no le ha *revocado el mandato* y exigido las cuentas que son los caminos señalados por la ley para superar las diferencias entre quienes se vinculan por estos actos. Se quiere sólo ver lo pertinente al mandatario sin que para nada cuente las obligaciones del mandante y las facultades que la ley le da para el evento de que no se le pague la remuneración".

Luego expresa:

"El error que se consolida con relación a este documento al limitarle en cuanto al ejercicio del poder y a imponer obligaciones al mandatario que físicamente no podrá cumplir, pues no tenía a donde informar a Mina los resultados del proceso. Al facultarse para recibir, como se hizo, y para realizar lo que considerara pertinente se dio vía libre a lo que se hizo, sólo que después surgen diferencias cuando el supuesto propietario del apartamento quiere que se le restituya sin reconocer los honorarios del profesional".

Tercero: Errores de hecho en la apreciación de testimonios obrantes en autos, los que el recurrente discrimina de la siguiente manera: a) Tergiversación de las declaraciones rendidas por Hugo Paz Caravalí, Jaime Alberto Romero y Luis Alberto Alvarez Quintero, porque en la sentencia dictada por el Juzgado Penal del Circuito y confirmada por el Tribunal Superior se le atribuyó a los deponentes algo que nunca dijeron como haber escuchado del abogado Salamanca Rojas que el predio se había perdido y de la arrendataria Magdalena Ponlón que el mismo era de propiedad del Fondo Nacional de Ahorro, y b) Falta de apreciación de testimonios legalmente aducidos al proceso como los vertidos por Carlos Caicedo Rodríguez, Jesús Alonso Santiago González y Rodolfo Guerrero Preciado conforme a los cuales resulta establecido que el denunciante Mina Caicedo facultó a su apoderado doctor Ernesto Salamanca Rojas para arrendar el inmueble objeto del lanzamiento a fin de que con lo producido se pagara el valor de los honorarios acordados.

Respecto a los primeros testimonios se afirma que fueron valorados contrariando las reglas de la sana crítica porque se desconoció que "ellos no oyeron las versiones calificadas por el fallador como 'maniobras engañosas' y sin acudir al contenido del alcance del artículo 253 del C. de P.P. al confrontarlos con lo dicho por el mismo denunciante que asegura que se dieron por vía telefónica en 1985" y en cuanto a los segundos, opina el actor, que de haber sido apreciados se hubiera aceptado que Salamanca Rojas estaba facultado para arrendar el apartamento y por lo consiguiente no apeló a maniobras fraudulentas para engañar a su cliente, imponiéndose una absolución en su favor por no haber quebrantado el tipo penal de la estafa descrito en el artículo 356 del C.P.

Cuarto: Violación de los artículos 104 y 107 del C.P. y normas concordantes del C. de P. P. por falso juicio de existencia consistente en que el Tribunal Superior "para tasar los perjuicios parte de la calidad de propietario que dice tener José Hiashin Mina Caicedo sin advertir el contenido y alcance del documento que obra a folios 444 y 445, este es, la matrícula inmobiliaria del inmueble en donde se lee que como propietario figura el Instituto de Crédito Territorial...".

Aduce el impugnante que el error cometido incide en la sentencia acusada porque atribuyéndosele la calidad de propietario del apartamento al denunciante Mina Caicedo se le consideró como perjudicado con el delito por lo que "demostrado el error en su apreciación fáctica al presumir como propietario a quien no lo es y por ese camino conferirle personería como parte civil y perjudicado con el delito, dictando a su favor una indemnización que legalmente no le pertenece; es un error ostensible con la potencialidad de quebrantar el fallo acusado en virtud de la violación de normas precisas y concretas que establecen y gobiernan la titularidad de la parte civil para obtener la reparación del daño particularmente causado".

Termina solicitando casar la sentencia recurrida por los protuberantes errores de hecho en la apreciación de las pruebas obrantes en autos y en su lugar absolver al procesado.

Opinión del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal examina cada uno de los cargos formulados, para concluir que ninguno puede prosperar por cuanto el libelo impugnatorio adolece de insubsanables fallas de orden técnico no susceptibles de enmienda.

Respecto al primero de ellos argumenta que aparece fundamentado como si se tratara de un falso juicio de convicción sobre pruebas como el testimonio del denunciante José Mina Caicedo que no toleran esta clase de reproches en razón del arbitrio de que goza el juez en su valoración, y en cuanto al segundo expresa que el mandato o poder conferido por el denunciante al denunciado para instaurar juicio de lanzamiento de los ocupantes del apartamento, no fue erróneamente interpretado en su contenido por cuanto si bien es cierto que entre las facultades dadas al mandatario estuvo la de hacer todo lo que estimara conducente a la defensa de los derechos del mandante, tal manifestación no puede "entenderse por fuera de los límites mismos del mandato así consignado, que estaba referido *exclusivamente* al proceso de lanzamiento en contra de los señores Ramiro Gómez, Fabio Gallego y Rafael Duque, ni puede tampoco asumirse como la facultad de disponer de bienes o derechos por fuera de los marcos mismos del proceso y aún en contra de los derechos del mandatario".

Agrega que entre las facultades del apoderado consagradas en el artículo 70 del C. de P. C. no está la de disponer o administrar a su arbitrio los bienes del mandante por lo que "Salamanca Rojas no podía tomar para sí los atributos del dominio del inmueble cuya recuperación había efectuado al término de la acción de lanzamiento y por tanto, no podía, sin que otro mandato lo autorizara, arrendarlo en beneficio propio como lo hizo. Ello, porque la entrega de la finca en arrendamiento, no era ya parte del trámite del proceso ni tampoco una de aquellas "actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente"; muy por el contrario, correspondía tal actividad a una forma de burlar las pretensiones de Mina Caicedo porque de esta forma, contaba con la vigencia del contrato de arrendamiento que imponía a éste para la recuperación de su vivienda, la necesidad de adelantar otra actuación judicial".

No hubo en consecuencia tergiversación de la prueba, porque lo cierto del caso es que de su tenor literal no puede inferirse que Mina Caicedo hubiese facultado a su apoderado para administrar el inmueble una vez recuperado, darlo en arrendamiento para pagarse los honorarios con su producido, ni menos, para hacerle mejoras.

Al ocuparse del tercer cargo pone de presente el equívoco en que incurre el censor al equiparar el error de hecho por distorsión de la prueba con el error de derecho por falso juicio de convicción descartando su existencia en los siguientes términos:

"Claro es entonces, que no existió error alguno de parte del juzgador, como lo predica el libelista. Las diferencias que puedan observarse, son simplemente enfrentamientos en el entendimiento de las frases utilizadas por el Tribunal y los testigos, pero sustancialmente los hechos y condiciones recogidos en la sentencia son fiel reflejo de las manifestaciones de los declarantes".

"Lo que en verdad parece criticar el demandante, es el hecho de la valoración misma que el sentenciador dio a las pruebas testimoniales, puesto que luego de presentar lo que en su opinión constituyen los errores de hecho denunciados, afirma que el Tribunal desconoció la circunstancia de que tales testigos no escucharon lo que en opinión del juzgador oyeron, y sin dar aplicación al contenido del artículo 253 del Código de Procedimiento Penal (apreciación de las pruebas), se valoraron equivocadamente. Es decir una crítica sobre el valor que en su convencimiento otorgó el juzgador a los medios enunciados".

Y aludiendo a las declaraciones que en opinión del recurrente fueron omitidas en la decisión impugnada explica que "lo cierto del caso es que los sentenciadores simplemente consideraron más determinantes en su juicio las pruebas de cargo con las que se encontraron en el actuar procesal, porque las pruebas de respaldo a la versión del procesado (que tales son las que se mencionan) no fueron estimadas como dignas de credibilidad o con poder suficiente para desvirtuar las acusaciones que el denunciante Mina Caicedo había hecho en contra del encartado y se encontraban respaldadas en la prueba documental y testimonial a que se ha hecho referencia".

El cuarto cargo es rechazado por el Procurador Delegado con este razonamiento que condensa su pensamiento:

"El delito por el que finalmente fue condenado el procesado no impide que, si así resultare, se condene al resarcimiento de los perjuicios a favor de una persona que no sea propietaria inscrita de un bien, pues a través de tal tipo penal se protege el patrimonio privado, no el derecho de propiedad, y por consiguiente, tendrá derecho a la indemnización todo aquel a quien se afecte tal bien. Correspondía al censor, entonces, demostrar que a más de la falta de título en el denunciante, tampoco a él correspondía favorecer con la indemnización por no haber recibido perjuicio alguno como consecuencia de la conducta del incriminado".

Consideraciones de la Corte

La Corte no ha cesado de repetir que el error de hecho manifiesto debe ostentar los caracteres de lo evidente, es decir, de lo que se impone a primera vista, sin que su demostración exija ningún esfuerzo dialéctico por parte del censor o de los jueces en sede de casación y debe repercutir en las conclusiones de la sentencia con fuerza incontrastable, vale decir, que sin su concurso el juzgador hubiera definido la situación en sentido diferente del contenido en el fallo censurado.

También ha dicho que la casación no es una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad asignada a determinada prueba, máxime cuando ésta carece de valor específico y la crítica se basa en apreciaciones personales o subjetivas del impugnador.

En el presente caso, el censor desoyendo tales enseñanzas pretende la remoción del fallo de condena sobre la base de reabrir un debate probatorio que ocupó la atención de los juzgadores de instancia, tratando de probar que el testimonio del denunciante como el de las personas por él citadas en prueba de sus aseveraciones fueron erróneamente apreciados por el Tribunal Superior al asignárseles un valor probatorio que no tienen,

olvidando que el nivel de credibilidad otorgado por los falladores a dichos medios de convicción, siguiendo en ello las reglas de la crítica, no puede ser objetado como error de hecho en casación porque dicha evaluación escapa a las hipótesis generadoras de tal yerro: Omisión, suposición o desfiguración inexcusables de la prueba o del hecho por ella revelado.

Trataríase, como advierte la Procuraduría Delegada, de un error de derecho por falso juicio de convicción, el que tampoco se daría porque la ley instrumental no le fija valor específico al testimonio, sino que difiere su valoración al racional arbitrio del juzgador.

De modo que si la credibilidad reconocida al testimonio vertido por el denunciante José E. Mina Caicedo proviene no del capricho del sentenciador, sino de la seriedad y sinceridad de sus manifestaciones y de la correspondencia y concatenación que ellas tienen con otros elementos de juicio obrantes en autos, su cuestionamiento es a todas luces infundado debiendo desestimarse.

La interpretación en cuanto al sentido o alcance de un documento, en este caso del mandato o poder conferido por el denunciante al denunciado para instaurar en su nombre proceso de lanzamiento, jamás puede generar error de hecho manifiesto porque el yerro no recae sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona, sino sobre el juicio de valor que se hace el funcionario respecto a su contenido.

Por más que el recurrente se empecine en pregonar que en las cláusulas del poder otorgado al abogado acusado iba implícita la facultad de arrendar el inmueble una vez restituido, pese a lo cual el Tribunal Superior cercenó o limitó dicha atribución; es lo cierto que de su contenido literal no se infiere ninguna autorización al respecto.

Si la voluntad del mandante aparece expresada en forma clara y precisa, como en el caso *sub judice*, a ella debe ajustarse el mandatario pues un poder no puede interpretarse de modo que sus cláusulas puedan ampliarse o extenderse a facultades que no están expresamente conferidas por el mandante.

El doctor Salamanca Rojas como profesional del derecho no podía ignorar o desconocer dichas limitaciones ni la regla contenida en el artículo 2159 del Código Civil según la cual "cuando se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca, no por eso se entenderá autorizado para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales", entre los cuales, se aclara, "la de administrarlo o arrendarlo y disponer de sus frutos.

Por eso, tampoco está llamado a prosperar el segundo cargo formulado a la sentencia.

Respecto al tercer cargo, primer aparte, es preciso advertir que no hubo tergiversación o distorsión inexcusables de los testimonios a que alude el libelista con el propósito de arribar a soluciones contrarias a la realidad probatoria que emerge del proceso, sino equivocada visión de parte suya, como fluye del siguiente pasaje de la sentencia de primera instancia, corroborada por el *ad quem*:

"En este proceso, de conformidad a la denuncia (folios 1 ss. cuad. orig.) los testimonios de José Iván Noriega (folios 54 ss. cuad. orig.) y José William Loboa Prado

(folio 53 cuad. orig.), desde antes de haberse logrado la restitución del predio por parte de los inquilinos, ya el procesado Salamanca Rojas estaba mintiendo a José Eliasbin Mina, indicándole que sus inquilinos pretendían adquirir la pertenencia del fondo, posteriormente que el inmueble había sido tomado por el Fondo Nacional de Ahorro; pero como tales actos, no fueron suficientes, ocultó por cierto tiempo a su mandatario el resultado de su gestión, para posteriormente proceder a arrendar en condiciones de desequilibrio y sin autorización de su mandante el apartamento. Las maniobras engañosas no se agotaron en estos actos, ya que como lo refieren Mina, los testigos citados anteriormente, Hugo Paz Caravalí (folios 58 ss. cuad. orig.), Jaime Alberto Romero Gamboa (folio 61 cuad. orig.) y Luis Alberto Alvarez Quintero (folios 64 ss. cuad. orig.), el procesado les manifestó que el predio se había perdido, su arrendataria les comentó que esa casa era de propiedad del Fondo Nacional de Ahorro, e incluso mintió a su cliente, quien previamente se había enterado acerca de la realización del lanzamiento, cuando le preguntó a Salamanca y éste le contestó que el FNA lo había tomado". (folios 453 y 454 del expediente).

Como se ve, el fallador respalda la existencia de las maniobras engañosas atribuidas al procesado no sólo en los testimonios reprochados, sino especialmente, en los rendidos por los deponentes José Iván Noriega y José Lobos Prado.

El segundo aparte de ese reparo, que podría tenerse como complemento del segundo cargo formulado a la sentencia por referirse a la comprobación del mismo hecho, esto es, la autorización dada por el mandante al apoderado para arrendar el inmueble objeto de lanzamiento y pagarse sus honorarios con los cánones producidos; tampoco está llamado a prosperar porque los testimonios en que se apoya dicha postura fáctica (Carlos Caicedo Rodríguez, Jesús Alonso Santiago y Rodolfo Guerrero Preciado) no fueron ignorados o excluidos en el balance probatorio hecho por los sentenciadores, sino por el contrario, examinados y sopesados aunque negándoles credibilidad a sus dichos por los motivos allí consignados llegando a razonar el *a quo* "que la mentada autorización para arrendar nunca existió, y que este acto es otro de los artificios empleados por Salamanca para inducir en error a Mina".

El Tribunal Superior después de un examen global y coherente de la prueba testimonial y documental vertida en autos, arribó a la siguiente conclusión en la providencia enjuiciatoria proferida el 22 de marzo de 1.991:

"Salamanca es un profesional del derecho que tenía perfecta claridad que no estaba autorizado para arrendar el bien, ni hacer mejoras, su actuación estaba limitada, tenía la obligación de cumplirla 'el lanzamiento', y dar cuenta inmediata a su mandante, lo que no hizo, sino que por el contrario dio permanentes informaciones carentes de verdad a Mina, le quiso hacer creer que los inquilinos y luego el Fondo querían quedarse con el apartamento, que la acción judicial no progresaba y mientras tanto, ya en posesión de él lo arrendó a la mujer con quien lo unía relación sentimental, con quien tenía un hijo, la dejó que viviera allí con un contrato por una suma de $10.000.00 mensuales, más baja de la que debía ser, con una autorización sin límite para hacer reparaciones, sin inspección para constatarlas, ni cotizaciones, ni comunicación escrita o verbal al dueño que estaba en Cali, porque tenía su dirección, o a través de su hermano José Iván Noriega Caicedo, residente en Bogotá, y lo más grave, dio la facultad de 'descontarlas directamente'" (folio 30 C.T.S.).

El último cargo formulado a la sentencia por el impugnador se apoya en el desacierto de afirmar que sólo el propietario del bien puede resultar perjudicado con el delito, sin reparar que en los ilícitos contra el patrimonio económico de que se ocupa el título XIV del Código Penal, la tutela penal no sólo cobija el derecho de propiedad, entendido con el significado que le da el Código Civil, sino que también se extiende a la posesión, la tenencia de la cosa, los derechos pecuniarios y los bienes inmateriales de valor económico, es decir, que cualquiera de los titulares de tales derechos está legitimado para reclamar el resarcimiento de los perjuicios cuando por un hecho punible ha sufrido mengua o quebranto en su patrimonio económico entendido como una universalidad de derechos y obligaciones del individuo.

Y como en el presente caso no se remite a dudas que el denunciante José L. Mina Caicedo, en su condición de poseedor y propietario del inmueble objeto de lanzamiento, resultó perjudicado en su patrimonio económico con el accionar delictuoso del procesado, está autorizado para constituirse en parte civil y reclamar la indemnización por los perjuicios sufridos, pues durante varios años fue injustamente privado del derecho a ejercer los atributos de uso, goce y aprovechamiento efectivo del apartamento de su propiedad, y de percibir los cánones de arrendamiento.

Siendo entonces titular de la acción indemnizatoria (artículo 104 del C.P.) tenía derecho al resarcimiento de los perjuicios en la forma establecida en el artículo 107 de la misma codificación, por no poderse avaluar pecuniariamente el daño material derivado del hecho punible.

No prospera la impugnación.

Decisión

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

RESUELVE:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado Miguel Ernesto Salamanca Rojas, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / REBAJA DE PENA / COMPETENCIA

Corresponde al juez de ejecución de penas o de primera instancia por aplicación del artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motivada la resolución que haga cesar o rebaje una pena o medida de seguridad impuesta (artículo 510 *ibidem*), o a quien esté conociendo del proceso para los efectos del beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 415 del citado estatuto, en cuyo caso deberá acompañarse la solicitud del certificado del consejo de disciplina sobre buena conducta del procesado (artículo 532).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7788.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 062.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de julio de 1993.

Vistos

El procesado Alberto Augusto Gantiva, quien se halla detenido en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota", solicita la redención de pena por trabajo y estudio prevista en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual, acompañó certificados correspondientes al período comprendido entre los meses de julio de 1990 a enero del corriente año.

Consideraciones de la Corte

Corresponde al juez de ejecución de penas o de primera instancia por aplicación del artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motivada la resolución que haga cesar o rebaje una pena o medida de seguridad impuesta (artículo 510 *ibidem*),

o a quien esté conociendo del proceso para los efectos del beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 415 del citado estatuto, en cuyo caso deberá acompañarse la solicitud del certificado del consejo de disciplina sobre buena conducta del procesado (artículo 532).

En el presente caso, Alberto Augusto Gantiva fue condenado por el Juzgado Unico Superior de Gachetá, a la pena privativa de la libertad de 10 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca, en sentencia del 21 de mayo de 1992.

Es claro que si los hechos tuvieron ocurrencia el 24 de junio de 1990 y desde la misma fecha se encuentra privado de la libertad el peticionario, el tiempo efectivo en reclusión y la rebaja de pena que reclama por trabajo y estudio resultan insuficientes para que la Corte pueda pronunciarse sobre el beneficio consagrado en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Además, no se acompañó la correspondiente acta del consejo de disciplina, motivo adicional para afirmar la improcedencia de la solicitud que eleva Gantiva, razón por la cual, la Sala se abstendrá de pronunciarse al respecto.

Cabe anotar finalmente, que la Sala puso fin al recurso extraordinario de casación, mediante fallo de fecha 1º de los corrientes mes y año, es decir, cualquier rebaja de pena que pretenda el condenado, sólo podrá ser objeto de pronunciamiento por parte del juez de primera instancia, como ya se puntualizó en párrafo anterior.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se *abstiene* de pronunciarse respecto de la petición del procesado Alberto Augusto Gantiva con relación a la redención de pena por trabajo y estudio, por las razones consignadas en la parte motiva y dispone la devolución del proceso al Tribunal de origen para que por su conducto sea remitido al juez de primera instancia para los fines legales pertinentes.

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 (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Gornica, Secretario.

AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO / ERROR DE HECHO

De acuerdo con el artículo 235 del C. de P. P. "repartido el proceso se dará traslado al fiscal por término de cinco (5) días, *quien no tendrá la obligación de conceptuar*. No obstante, al vencimiento de este término devolverá inmediatamente el proceso al despacho de origen, so pena de incurrir en causal de mala conducta sancionada con suspensión hasta de treinta días, impuesta por el superior previo el trámite disciplinario correspondiente (se destaca). /Si el concepto es, pues, discrecional, el no rendirlo no origina nulidad de ninguna clase. /2. Cuando se aducen errores de hecho porque se ignoró una prueba que obraba en el proceso, o porque se supuso su existencia, o porque fue distorsionado su sentido, no es necesario citar las normas medio violadas, pues en tales eventos lo desconocido no es una norma legal, sino la existencia misma o el sentido del medio probatorio".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7956.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 62.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de julio de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 9 de julio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca condenó a Darío Salgado Vaca a 10 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. En Paratebueno (Cundinamarca), en las primeras horas de la tarde del 4 de noviembre de 1990, Andrés Antonio León Dueñas compartía con algunos amigos en las afueras del establecimiento La Colmena. De repente, apareció Darío Salgado Vaca, con quien León Dueñas tenía problemas pendientes.

Salgado Vaca se paró frente a León Dueñas y luego de cruzar entre ellos algunas palabras, León Dueñas le propinó a aquél un puñetazo que lo tumbó. Salgado Vaca se

partí y abandonó el sitio de los hechos, no sin antes arrojarle a León Dueñas una botella que no dio en el blanco.

Poco después regresó Salgado Vaca armado con un cuchillo y atacó a León Dueñas, quien inicialmente se defendió esquivando los lances, pero terminó alcanzado en el pecho por una puñalada, falleciendo poco después. Como consecuencia de ello, Salgado Vaca fue aprehendido por la policía.

2. El Juzgado Promiscuo Municipal del lugar abrió investigación, recibió unas declaraciones y la indagatoria del sindicado, quien aceptó haberle dado muerte a León Dueñas, porque éste le había pegado un puñetazo y lo había herido con un "frasco", y con quien, afirmó, desde algún tiempo atrás tenía problemas, originados en un préstamo de $500.00 que el occiso nunca le pagó (folio 40).

Luego de practicarse otras pruebas, el expediente pasó al Juzgado 108 de Instrucción Criminal radicado en Cáqueza, que cerró la investigación y la calificó mediante auto de 22 de febrero de 1991, con resolución acusatoria por el delito de homicidio de que trata el Código Penal en su artículo 323 (folios 133 y ss. 1).

3. El proceso pasó al Juzgado Superior de Santafé de Bogotá, y a instancia del defensor (el mismo casacionista) se practicaron varias pruebas, entre ellas la ampliación de indagatoria del procesado, quien en esta nueva oportunidad planteó una defensa ("Antonio León me dijo atós que gran hijueputa, me pegó una trompada y me tumbó, me rompió aquí la cara de un botellazo .. y yo al mirarme herido me tocó defenderme", folio 191), y las declaraciones de Jorge Enrique Mendragón e Ismet Murillo León (folios 210 y 212), quienes refirieron la mala conducta del occiso.

Celebrada la audiencia pública el 19 de noviembre de 1991 (folios 281 y ss.), se dictó sentencia de primer grado el 29 de enero de 1992 (folio 323 y ss.), en la cual, reconociéndosele al procesado un exceso en la legítima defensa, se le condenó a la pena principal de 20 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, así como también al pago de perjuicios, y se le otorgó la condena de ejecución condicional. Es de anotar que este fallo lo produjo el Juzgado Superior de Cáqueza, a donde había pasado el proceso por ser de su competencia (folio 194).

El Fiscal apeló esa sentencia, y el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la suya que recurrió en casación el defensor del procesado, revocó lo concerniente al exceso en la justificante y condenó al acusado en armonía con la resolución enjuiciatoria, a la pena principal de 20 años de prisión (folios 9 y ss.-2).

La Demanda

Cargo primero

Arguye el casacionista la nulidad del proceso bajo la estimación de que la Fiscal del Tribunal no rindió el respectivo concepto. De esta omisión anota que "...es una *irregularidad sustancial*, en el trámite de la segunda instancia, descrita como tal en el numeral 2° del artículo 305 del C. de P. P., vigente al momento en que ella se produjo, la que afectó de paso el derecho constitucional y legal de la defensa, pues produjo un limbo jurídico, un vacío en la tramitación de la segunda instancia, una solución de

continuidad que desorientó a la defensa, afectando su derecho, a saber a dónde, a quién había correspondido el reparto de este expediente, y al derecho de la defensa a que el honorable Ministerio Público se *pronunciara*, rindiera su concepto, máxime que el Ministerio Público, por medio de su Agente Fiscal en Cáqueza, fue quien apeló del muy jurídico y sustantivo fallo dictado por aquella señora Juez integérrima, que entonces regentaba aquel importante despacho judicial de Cáqueza" (folios 39 y 40, cursivas del original).

Dice luego que se afectó el debido proceso, "porque las partes y concretamente la defensa se quedó sin saber el origen de la repentina devolución del expediente a la Presidencia, atendiendo dizque un oficio secreto que se echa de menos, que no aparece en el expediente" (folio 41).

Cargo segundo

De manera subsidiaria propone este cargo, a la luz del artículo 220-1, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal, diciendo que se desconoció la legítima defensa, "porque no se tuvieron en cuenta las pruebas demostrativas de ella, consistentes en testimonios fehacientes que conducen necesariamente a demostrar la aludida causal de justificación, es decir, que mi mandante, Darío Salgado Vaca, obró en legítima defensa de su vida..." (folio 45).

Dice que no se tuvieron en cuenta la ampliación de indagatoria, ni los testimonios de Jorge Enrique Mondragón, Israel Valero e Israel Murillo León (folios 191, 210, 213 y 231), pruebas éstas de las cuales se desprende, según el censor, que el "sindicado Darío Salgado Vaca, obró, tuvo que actuar sólo por defender su vida, ya que al ser atacado, en forma sorpresiva, intempestiva y aleve, grave, con un pel groso casco de botella, por el hoy occiso, no hay duda que de no haberse defendido Darío Salgado Vaca, éste hubiera sido el muerto, dada la innegable peligrosidad del marihuano, borracho agresor, que era prácticamente el terror de la gente, en aquel alejado y abandonado pueblo de Paratebueno, situado en el extremo oriente de Cundinamarca" (folios 49).

Aduce que no se tuvo en cuenta el documento de folio 66, según el cual el procesado tiene buen comportamiento, y que también se ignoró que el mismo no tiene antecedentes.

En seguida acota que los testimonios de quienes acompañaban al occiso al momento de los hechos, "no ofrecen serios motivos de credibilidad" (folio 56), por aparecer vertidos por amigos de la víctima, "lacinos y borrachos".

Sostiene que se dejó de aplicar el artículo 29 del Código Penal, y en los términos ya vistos, pide que se case el fallo.

Concepto de la Delegada

Cargo primero

Dice el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que este primer cargo de nulidad aparece antitécnicamente planteado, no sólo porque omite la incidencia que el mismo tuvo en la condena del procesado, sino, porque como lo dijo esta Sala en casación de 8 de abril de 1988 (Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia), deja de lado "la

concresión (sic) formal y precisión conceptual, que son tan exigentes en los recursos" (folio 9), y agrega:

"En este caso, salta a la vista que el actor no ha presentado una demanda de casación ajustada a los preceptos aludidos, pues se limitó a enunciar los ataques sin entrar a demostrar la trascendencia de los errores *in procedendo* alegados, que a su juicio no sólo socavaron la estructura misma del proceso, sino que atentaron flagrantemente contra el derecho de defensa de su proteg.do. Acudió a afirmaciones genéricas sin ningún respaldo jurídico y procesal, para caer en el campo de las especulaciones, por lo que deja la censura imprósperа" (folio *cit.*).

Dice que no demuestra el actor la incidencia que tuvo en la defensa del procesado, la falta de concepto del Ministerio Público en segunda instancia, y precisa: "Por demás, si bien puede aceptarse que la devolución del expediente 'para un nuevo reparto' constituye una irregularidad que es conveniente aclarar dentro de cualquier trámite, no es evidente que tal hecho configure una de aquellas anomalías 'sustanciales' que exige la ley como presupuesto de la anulación de parte del proceso, por lo que correspondía al demandante, so pena de llevar el libelo al fracaso al (sic) no hacerlo, demostrar la naturaleza fundamental de la irregularidad denunciada que, como se dice, carece de esta nota" (folio 10).

Agrega que la nulidad es el último remedio procesal y que "el postulado de trascendencia en materia de nulidad, hoy erigido en norma procesal (artículo 308 Decreto 2700 de 1991), exige para la anulación de una determinada actuación, un perjuicio concreto o potencial para cualquiera de las partes, dentro de los parámetros establecidos para este fenómeno por la ley instrumental y los postulados garantistas de la carta fundamental" (folio 11).

Y opina la Delegada ya en concreto:

"Lo primero de resaltar es que el término de traslado que se le corría al Ministerio Público según lo previsto en el artículo 535 del Decreto 050 de 1987, modificado por el Decreto 1861 de 1989, era de estricta observancia pero no obligaba él a rendir concepto de fondo, por cuanto el legislador lo estimó discrecional, sin que con ello se desconociera que los funcionarios de esta Procuraduría son coadyuvantes permanentes de la actividad judicial, que velan por la legalidad de todas las actuaciones dentro de un marco constitucional y legal" (folio 12).

Dice que no se le desconoció en modo alguno el derecho de defensa al procesado y que incluso su defensor alegó ante el Tribunal, sustentando la apelación.

Pide, pues, no estimar como próspero este cargo.

Cargo segundo

En primer término se adentra la Delegada en los aspectos de técnica cuando de violación indirecta se trata, y señala que da pesar que el actor no concrete a qué forma del error de hecho se refiere; por lo alegado (que se ignoraron unas pruebas) podría pensarse que se invoca un error de hecho por falso juicio de existencia. Pero al cuestionar la credibilidad que se otorgó a determinados testimonios -agrega- "se alienta gravemente contra el principio de no contradicción, dado que incursiona en el error de derecho por

falso juicio de convicción, tornando la censura imprósperа" (folio 14), pues, en el fondo se trata de diversos puntos de vista sobre la situación procesal. "En síntesis -dice-, se presenta un abierto antagonismo en materia de criterios del censor y de aquéllos, lo que constituye un craso error, en la medida en que en tales condiciones se malogra el proceso demostrativo del yerro que se demanda, lo cual significa que el haberse postulado la censura como un error de hecho por falso juicio de existencia, se pasó a un planteamiento propio del error de derecho por falso juicio de convicción, lo que es improcedente para medios de prueba sometidos a valoración por el sistema de la sana crítica" (folio 15).

Considera que el censor no menciona las normas medio violadas, que dieron lugar a la norma final que aprecia conculcada, y agrega:

"Es evidente que el casacionista falla en este acápite, toda vez que sólo citó algunas normas reguladoras de la prueba -253 y 254 del C.P.P.-, y como norma fin sólo citó el numeral 4º del artículo 29 del Código Penal, pero allí detiene su alegación, pues no tuvieron desarrollo o cuestionamiento en su aspecto fáctico, quedándose ellas en simples enunciados y por ende sin demostración su quebranto. Además de lo anterior le era indispensable señalar la norma especial indebidamente aplicada, por lo que hace la censura imprósperа, como se ha sostenido.

"Como se observa, la ineptitud de la demanda es manifiesta: desconoce las exigencias técnicas y formales del recurso, no ubica la inconformidad de manera precisa y concreta de ninguna de las causales de casación que son taxativas, ni hace una censura con una fundamentación lógico-jurídica del recurso" (folio 25)

Consecuente con sus planteamientos termina la Delegada su concepto pidiendo a la Corte no casar el fallo impugnado.

Se Considera

Cargo Primero

Sostiene que existe nulidad porque el Fiscal ante el Tribunal no emitió concepto con ocasión de la apelación interpuesta contra la sentencia.

Véase qué fue lo sucedido:

El proceso se le repartió en el Tribunal Superior de Cundinamarca al Magistrado Enrique Ortega, acto cumplido el 25 de febrero de 1992 (folio 2-2).

El 27 de febrero se dictó auto ordenando correr traslado al Fiscal por el término de 5 días y luego fijar el proceso en lista por igual lapso (folio 3).

En marzo 24 el Fiscal Primero del Tribunal, Abel Darío González, devolvió el proceso al Presidente de la Sala Penal, invocando la petición hecha por esa Presidencia mediante Oficio número 398 del 19 del citado mes, para que el expediente "se someta a nuevo reparto" (folio 4).

El 2 de abril se repartió a la Magistrada Luz Gabriela Rodríguez Velandia (folio 5), y el 7 de ese mes se fijó en lista el asunto (folio 5 vto.). El día subsiguiente el defensor del procesado presentó un escrito (folios 6 y ss.) mediante el cual pide que se confirme

el fallo y con fecha 21 de abril se observa una nota secretarial referente a que el asunto pasa a despacho por vencimiento del término de traslado (folio 8 vto.). El 9 de julio se emitió la sentencia recurrida en casación (folios 9 y ss.).

Pues bien: de acuerdo con el artículo vigente para la época de esos hechos (34 del Decreto 1861/89, modificatorio del artículo 535 del C. de P. P.), "repartido el proceso se dará traslado al fiscal por el término de cinco (5) días, *quien no tendrá la obligación de conceptuar*. No obstante, al vencimiento de este término devolverá inmediatamente el proceso al despacho de origen, so pena de incurrir en causal de mala conducta sancionada con suspensión hasta de treinta días, impuesta por el superior previo el trámite disciplinario correspondiente" (se destaca).

Cuando fue repartido nuevamente el proceso, ya el expediente había durado en fiscalía para concepto mucho más del visto, término de 5 días, razón por la cual la Magistrada Rodríguez Velandia *no tenía por qué correr un nuevo traslado al Ministerio Público,* como no lo hizo, obrando de este modo correctamente.

Si el concepto es, pues, discrecional, el no rendirlo no origina nulidad de ninguna clase, máxime que el defensor alegó durante el término de traslado, ejerciendo de esta manera el derecho de defensa de su protegido, que ahora sin ninguna razón considera violado.

Que en el expediente no conste porqué se efectuó nuevo reparto, en momento alguno y desde ningún ángulo puede entrañar un ataque al derecho de defensa del procesado Darío Salgado Vaca, como erróneamente cree el casacionista.

No prospera entonces la censura.

Cargo segundo

Atañe el mismo a que se dejaron de apreciar algunas pruebas, es decir, aunque el censor no lo expresa, se trataría de un error de hecho por falso juicio de existencia.

Dígase de entrada que el casacionista incurre primero que todo en una ostensible contradicción, porque no obstante el error alegado, pretende que no se de "ninguna credibilidad" a los testimonios rendidos por quienes acompañaban al hoy occiso. De por sí, tal modo de proceder es antitécnico, pues se desplaza el actor al error de derecho por falso juicio de convicción, olvidando, por lo demás, que la prueba testimonial no puede ser así impugnada, como que no existe la tarifa legal para su valoración, quedando ésta sujeta a la "sana crítica", de acuerdo al artículo 295 del Código de Procedimiento Penal que se aplica a este caso (Decreto 050/87).

Por otro lado, las pruebas que denuncia el actor como no consideradas, solamente atañen a la supuesta "personalidad" del occiso, a quien las mismas revelan como de mala conducta, conflictivo y con una tendencia a la agresión. Salta a la vista que semejante argumento no sirve de suyo para eliminar o poner en duda la responsabilidad del procesado, pues así haya sido el occiso "peligroso", lo cierto es que el Tribunal consideró que *en este caso concreto,* no puso en peligro la vida ni la integridad personal del procesado, como coinciden en afirmarlo los testimoniantes *presentes,* y a los cuales el censor descalifica sin éxito, como atrás se vio

"Es claro -razonó el Tribunal- que en este evento se reaccionó contra una acto pasado y si ello es así, no se puede aceptar que se hacía en (sic) base a la necesidad, a la angustia que genera el instinto de conservación, de donde se colige, por sustracción de materia, de (sic) la ausencia de violencia y de su injusticia, aunada desde luego al hecho claro e incontrovertible de que no corría ningún riesgo o peligro su vida. Por manera que estos matices anotados hacen borrosa, indefinible, vaga y gaseosa, como la califica la Fiscal en su alegato de sustentación, la aplicación de esta causal de justificación. Y qué decir entonces de la proporcionalidad entre el ataque y la defensa cuando en la práctica éste no existió" (folio 15-2).

En fin, la prueba toda, clama que Salgado Vaca apuñaló a León Dueñas, cuando éste, sin arma alguna, lo esquivaba. Precisamente la prueba que dice tal cosa (y a la que el Tribunal creyó) es la que ataca el censor, diciendo que son testimonios que provienen de "ladinos y borrachos", como si con sólo ese argumento la descalificara.

Agréguese por último, que cuando se aducen errores de hecho, porque se ignoró una prueba que obraba en el proceso, o porque se supuso su existencia, o porque fue distorsionado su sentido, no es necesario citar las normas medio violadas, pues en tales eventos, como lo ha sostenido esta Sala, lo desconocido no es una norma legal, sino la existencia mismo o el sentido del medio probatorio (Sentencia de 23 de enero de 1990, Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, entre otras).

De lo dicho se desprende que este cargo tampoco prospera.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONFESION / REBAJA DE PENA / SANA CRITICA

1. La confesión no está amparada legalmente por una presunción de veracidad, tampoco por una presunción de mentira, de modo que corresponde al Juez valorarla de acuerdo con la sana crítica. Si el fallador encuentra que esta prueba conduce a la certeza del hecho y de la responsabilidad del acusado, con base en ella debe condenar, y no hay ninguna razón ni lógica ni jurídica para establecer como regla general que el Juez no le crea al delincuente que confiesa. /Con una interpretación así, llegaríamos a la errónea conclusión, de que ante un hecho confesado por su autor, respecto del cual no es posible decretar ninguna prueba adicional, se tendría automáticamente que absolver, aunque la confesión fuera a la luz de la sana crítica digna de todo crédito. /Es indiscutible que la rebaja de pena prevista para quien confiesa la autoría del hecho durante su primera versión, se debe a que esa actitud facilita y abrevia la labor investigativa. /2. Pretender que no se le reconozca credibilidad a algunos declarantes por la única razón de ser empleados de la empresa perjudicada, ni a los documentos por haber sido aportados por dicha entidad, y que para rematar semejante absurdo no se le otorgue valor probatorio a la confesión, ni se mire los graves indicios de responsabilidad, es desbordar los límites del más exagerado celo garantista y dejar impune un delito de manera inexplicable.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7512.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 062.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de julio de 1993.

Vistos

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por la Fiscal Cuarta del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia dictada por esa Corporación contra María

Lourdes Zambrano Aparicio, confirmatoria de la proferida en primera instancia por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual impuso a la acusada veinticuatro (24) meses de prisión por los delitos de falsedad en documento privado y estafa en concurso.

I. Hechos y Actuación Procesal

El Tribunal sintetiza los primeros así: "El Dragoncante de la Policía Metropolitana de esta ciudad, Gustavo Lozano Mouredero, rindió con fecha octubre 2 de 1989 el informe sobre la captura de María Lourdes Zambrano, bajo la acusación del delito de hurto continuado y falsificación de planillas, en perjuicio del patrimonio económico de la Empresa de Transporte "Sotra Oriente S. A.", en cuantía que ascendió a siete millones de pesos, advirtiendo el empleado oficial que la aprehendida aceptó voluntariamente la autoría del hecho punible. Este informe fue posteriormente ratificado bajo la gravedad del juramento por el policial, explicando que su intervención fue requerida por el señor Rubén Darío Iral, quien en su condición de subgerente de la firma antes mencionada, lo puso en conocimiento sobre el millonario hurto que había descubierto, el cual consistía en la elaboración de planillas de la empresa transportadora, llenándolas con datos ficticios de placa de vehículo y destinatario, documento que posteriormente se utilizaba para efectuar el cobro directamente a la empresa, lo cual ejecutaba la secretaria María Lourdes Zambrano, quien aceptó su falta, manifestando que esto lo hacía con el concurso de un sujeto de nombre Fernando Martínez, quien la indujo a obrar de tal manera".

El Juzgado 22 de Instrucción Criminal de Cali asumió la investigación, en desarrollo de la cual le recibió indagatoria a la acusada y su versión al despachador de la empresa, Segundo Zacarías Mera y a los empleados Rubén Darío Iral Vélez, Luis Carlos Rojas y Claudia María Becerra Martínez.

La situación jurídica de la indagada fue resuelta con auto de detención por los delitos de hurto agravado y falsedad en documentos privados en concurso.

Al expediente se allegaron originales y algunas fotocopias de numerosos cheques, así como fotocopias de los extractos bancarios pertenecientes a la empresa Transportes de Oriente S.A. Luego de recaudar otras pruebas, se decretó el cierre de investigación, y el 29 de enero de 1990, el instructor profirió resolución de acusación contra la acriminada, por los delitos de falsedad en documento privado, falsedad personal y hurto agravado en concurso.

La etapa del juicio correspondió al Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali, Despacho que después de practicar algunas diligencias probatorias y celebrar la audiencia pública, dictó sentencia condenatoria por los punibles atribuidos en la resolución de acusación, imponiéndole a la encausada treinta (30) meses de prisión.

El Tribunal Superior, al resolver la apelación interpuesta por el defensor y atendiendo petición de la Fiscal Cuarta de la Corporación, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que fijó fecha para la audiencia pública, por error en la denominación jurídica, ya que el hecho calificado como hurto correspondía a una estafa.

El Juzgado obedeciendo lo dispuesto por el Superior, modificó la calificación en el sentido indicado, y por propia iniciativa eliminó la acusación por falsedad personal, en atención a que estimó atípica la conducta.

Realizada nuevamente la audiencia pública, el Juzgado Décimo Penal del Circuito dictó sentencia condenatoria por los delitos imputados, imponiéndole a la acriminada veinticuatro (24) meses de prisión, multa de dos mil pesos ($2.000), interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término señalando para la pena privativa de la libertad, y la obligación de pagar siete millones cuatrocientos cinco mil setecientos sesenta pesos ($7.405.760) por concepto de perjuicios, los cuales deberá cancelar en un plazo máximo de cuatro meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

El *ad quem* confirmó la condena, modificándola únicamente en el sentido de ampliar el plazo para pagar los perjuicios a un (1) año.

II. La Demanda

La recurrente presenta un cargo al amparo de la causal tercera de casación, por considerar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por violación al debido proceso.

La fundamentación se desarrolla a partir de la aseveración de que "La investigación en este proceso iniciada el 3 de octubre de 1989, se quedó con los datos obtenidos en la indagatoria de la procesada, las declaraciones de Segundo Zacarías Meza, Claudia Becerra y Luis Carlos Rojas, todos empleados de Sutra-Oriente S. A. (sic) que fueron recepcionadas casi coetáneamente con la injuriada, y con los documentos que allegó la empresa ofendida, que no fueron sometidos a ningún tipo de experticia".

Sostiene que no se practicó prueba alguna que confirmara lo confesado por la indagada, a tal punto, que en lugar de practicar una inspección judicial con intervención de un perito contable, el Juez se limitó a solicitar a la empresa Sutra Oriente S. A., (sic) que le informara si se habían detectado más cheques o planillas de las elaboradas con datos irreales por María Lourdes Zambrano.

En este mismo orden de ideas agrega: "Fue pues la empresa Sutra-Oriente (sic) la que procuró los documentos sobre los que supuestamente se edificaron los cargos, los cuales no fueron sometidos al más mínimo análisis especializado por parte de un perito que estableciera si efectivamente en la referida firma no se habían los transportes de que daban cuenta las planillas allegadas como falsas y si efectivamente los cheques correspondían a cada una de esas planillas. Es que ni siquiera se consultó con las empresas que se dice aparecían como contratantes ficticias del transporte planillado y pagado, la realidad del asunto, como tampoco se sometió a experticia grafológica los títulos valores para determinar si todos habían sido endosados por la procesada y si se habían adulterado en las planillas o en los títulos valores las firmas o el escrito de alguno de los intervinientes en ese trámite. Y es que tampoco se verificó si el arqueo contable que se dice, realizó la firma ofendida para detectar algún error, pues no aparece documento que respalde esa fiscalización o auditoría interna. Bastó con la confesión de la procesada para declarar demostrada la existencia del delito y la consecuente responsabilidad de la procesada que aceptó genéricamente la comisión de varias infracciones homogéneas y sucesivas".

Aduce que se desconoció el contenido del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que establece que en caso de confesión se continúe investigando para adquirir

el convencimiento de su veracidad, lo que indica que la aceptación sobre la realización de un hecho punible no está amparada por la presunción de veracidad, ya que en ese caso no tendría razón de ser el tipo de falsa autoacusación, ni se exigiría que la investigación continuara con la orientación mencionada después de producida la confesión.

La confesión para que sea plena prueba requiere por mandato legal que se demuestre que es veraz y eso se omitió en este proceso. Además, la confesión no suple la obligación del estado de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a los acusados, ella simplemente facilita la labor investigativa, en la medida en que hace innecesaria algunas pruebas que sin la confesión hubiera sido necesario practicar. "De ahí el porqué el Código de Procedimiento Penal expresamente señala que la investigación continúe no para buscar ya la verdad de los hechos, sino de la confesión, aunque ésta incluya a aquélla, ese es el procedimiento previsto y establecido en nuestro ordenamiento procedimental penal. Soslayarlo, significa violentar el debido proceso, consagrado en nuestra Constitución Nacional como garantía fundamental".

Estima que por no haber aplicado el procedimiento previsto en caso de confesión, se afectó el derecho de defensa de la procesada porque se le imputaron 65 estafas y falsedades sin que se hubieran determinado caso por caso y se le impuso el pago de perjuicios sin la demostración de la existencia del daño proveniente de los delitos.

En opinión de la libelista, el Tribunal, con igual facilismo que el juzgador de instancia, hizo caso omiso del procedimiento que era aplicable, justificando esa pasividad con el argumento de que "no tendría razón de ser, si a partir de dicha confesión se hiciera necesario realizar todo un extenso debate probatorio para confirmarla, cuando en casos como el que nos ocupa, bien se sabe que no se está ante una falsa autoacusación como lo establece el artículo 168 del C. Penal", tesis que considera perjudicial porque sería base para la preterm isión de las formas del juicio, que mandan que se demuestre la verdad de la confesión.

En el proceso en estudio, opina la censora, no se probó la verdad de la confesión, por lo tanto se produjo una sentencia basada en presupuestos que ignoraron el debido proceso violando el derecho de defensa de la implicada, por cuanto no pudo controvertir los puntos en que el fallo se fundó, y el derecho del Ministerio Público a defender la sociedad que representa.

Termina citando una jurisprudencia de la Corte de fecha septiembre 18 de 1990, con ponencia del doctor Jorge Enrique Valencia, sobre el derecho de defensa, y precisando que la nulidad que impetra debe decretarse a partir de lo actuado con posterioridad al auto por medio del cual se varió la calificación del sumario. Como normas violadas relaciona el artículo 29 de la Constitución Nacional, y el 299 del Código de Procedimiento Penal.

III. Concepto del Ministerio Público

El procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, con apoyo en las siguientes razones:

1ª La demanda contiene argumentos contradictorios, al sostener que se violó el debido proceso y el derecho a la defensa y al mismo tiempo argüir que el Fallo se basó

en pruebas ilegales o invalidas, tema éste que pertenece al ámbito de la violación indirecta por error de derecho.

2ª Todas las pruebas, independientemente de quien las aporte, conforman el material probatorio del proceso y es válido para todos los sujetos procesales, en consecuencia deben ser valoradas por el Juez de acuerdo con su discrecionalidad y los límites de la ciencia, la experiencia y la lógica "No son entonces estas las razones atendibles, vistas las deficiencias de técnica comentadas, ni tampoco ellas generan la nulidad pedida por la recurrente".

3ª En cuando al argumento de la impugnante consistente en que en las instancias no se verificaron las citas de la indagada para confirmar su dicho, y que por ello se afectó el debido proceso y el derecho de defensa, el Ministerio Público dice:

"Es evidente que la norma de procedimiento invocado dispone que 'si el procesado reconociere su participación en el hecho que se investiga, el Juez competente continuará practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho (artículo 229 (sic) del C. P. P.), mandato que aparece repetido en el actual 297 del C. de P. P. Sin embargo, es necesario decir que el texto se refiere a citas y aspectos que resulten no sólo conducentes, sino además pertinentes y necesarios en orden a establecer los hechos o las explicaciones, justificaciones o exculpaciones que el procesado ofrezca sobre ellas en su versión; y que además resulten posibles en el mundo real para la administración de Justicia, es decir, la obligación de verificar las citas que el indagado haga y de probar los aspectos que él confiese o exponga, no es irracional, como que ello estará sometido a los criterios judiciales de todas las pruebas: si resulta dirigida a demostrar el objeto del delito (pertinencia), si es legalmente permitida (conducencia), o si incide en la responsabilidad del actor afirmativo o negativamente, por ejemplo. Además debe ser útil para la investigación misma y su objeto, todo lo cual sirve de marco, para analizar si la omisión o pretermisión de citas y de pruebas, relativas a lo expuesto por el indagado, resulta relevante probatoriamente, y por ende con incidencia en el panorama general del delito y su responsabilidad. Así las cosas, la demanda ha debido señalar con precisión cuál de los temas de la indagatoria de la procesada, que habrían de omitirse por el investigador, ofrece significado suficiente para modificar el delito, sus circunstancias o la responsabilidad penal, para que la Sala penal pudiera igualmente evaluar el alcance de la impugnación. O afirmar por qué es inverídica la confesión.

"Examinado ese tema, la Delegada encuentra que la demanda es reticente, pues se dice -si se refiere a verificación de las pruebas citadas en la injurada- que el proceso sólo se quedó con tres declarantes 'todos empleados' de la empresa, cuyos nombres cita, olvidando que igualmente la instrucción penal se ocupó de identificar a Fernando Martínez, la persona que supuestamente la había coaccionado para efectuar las falsedades y las sustracciones de dinero (cfr. folio 71), lo que ciertamente resultó imposible con datos tan precarios de individualización del personaje, el cual además se consideró siempre fingido como recurso de la sentenciada. Se desatiende también que el Juez citó y oyó en declaración a Guillermo Corrales, persona que le cambiaba los cheques falsos a la sentenciada, según cita que le hiciera la misma en su injurada, y el cual no es empleado de la transportadora. A tal punto que hasta los padres (los adoptantes y la madre natural) de la sentenciada fueron citados formalmente en los autos, sin que ello

resultara indispensable. No cabe entonces decir que el funcionario de la primera instancia dejó de verificar cifras o de tratar de comprobar las explicaciones de la indagada sobre los sucesos aquí fallados, con la fuerza procesal de anular la sentencia recurrida.

4ª No cabe la objeción contra los documentos aportados por la empresa Sutra Oriente, pues ello no constituye defecto en la aducción de la prueba al proceso, ya que ellas favorecen o perjudican a los sujetos independientemente de quien las haya suministrado en virtud del principio de la comunidad de la prueba.

5ª La regla de procedimiento invocada por la demanda señala una conducta deseable para que sea observada por el conductor del diligenciamiento, pero si el Juez no la cumple no se afecta la estructura del proceso ni las garantías de las partes. Esto difiere de otras prescripciones del procedimiento penal cuyo cumplimiento es imperativo so pena de viciar la actuación y dar lugar a la nulidad. "Por estas razones parece a la Delegada que la regla de que el Juez, una vez el procesado admita su participación en el hecho, 'continuará practicando las diligencias conducentes *para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión' y averiguar las circunstancias del hecho*, es un mandato para el Juez derivado de la experiencia, que no resultará imperativo esencial si el Juez logra positivamente el 'convencimiento de la verdad de la confesión', si con esta diligencia, y otros elementos de prueba así sean mínimos adquiere esa convicción de la veracidad de lo confesado. Al fin de cuentas esa es la finalidad de la prueba en el proceso penal: reconstruir los hechos y formar la certeza judicial sobre los mismos, para que aplique el derecho. Si esa certidumbre del Juez ya existe, no resulta indispensable que siga recogiendo pruebas que en tal caso se producirán para probar lo ya probado por el Juez, y por lo mismo devendrán en superfluas. De manera que un hecho estará probado cuando en la mente del Juez existe certeza respecto de él, derivada de la actividad probatoria desplegada en los autos. Así las cosas, creemos correcto decir que si bien el texto legal manda lo dicho por la recurrente, es igualmente claro que si ya está conformado el estado mental de certeza sobre la verdad de lo confesado, no es ineluctable insistir en ello".

6ª Si bien la ley no ha dotado de presunción de veracidad a la confesión, tampoco ha determinado que no sea una prueba con todas las consecuencias que ello acarrea. Su valoración debe hacerse como corresponde a cualquier prueba, esto es, de acuerdo con la sana crítica y puede ofrecer la certeza necesaria para proferir sentencia. Además, en el caso presente no es cierto que no existan más pruebas, pues existen documentos y testimonios de personas que trabajan en la empresa y de extraños a ella.

7ª En cuanto al reparo consistente en que no se sabe si todos los 65 cheques de embarques ficticios y su documentación son inverídicos, y si las falsedades las cometió la sentenciada, basta con que estén probados algunos de esos casos para sostener la existencia del injusto penal y la autoría de la sentenciada. Sin embargo, la relación documental demuestra que hubo tal número de casos y se señaló la cantidad de la defraudación, la cual se tuvo por cierta y evidente, ya que el hecho de que las pruebas provinieran de la empresa afectada no es razón suficiente para desecharlas.

IV. Consideraciones de la Sala

1ª El fundamento del cargo propuesto por la libelista consiste en que, en su opinión, no se practicaron pruebas que confirmaran lo confesado por la procesada y fue precisamente la empresa afectada la que procuró los documentos sobre los que se

basaron los cargos, los cuales no fueron sometidos a ninguna experticia, por lo que cree que no tienen valor probatorio.

Del planteamiento inicial y de su desarrollo, se infiere que en el fondo la inconformidad de la demandante se concreta en que no existía la prueba necesaria para condenar, en la medida en que no habiendo practicado otras diligencias la confesión no ofrecía la certeza que legalmente se requiere, de ahí que a través de todo el escrito se repitan expresiones como las siguientes: "La confesión pues, por sí sola no da la certeza de lo que expresa, pues para que satisfaga los presupuestos de ser plena prueba de su contenido, se requiere por mandato legal, que se demuestre, mediante prueba conducente que es veraz"; "la confesión no suple la obligación del Estado de desvirtuar el principio de inocencia que ampara a los procesados"; "En este caso, pues, es claro que no se demostró la verdad de la confesión"; y, "es que lo jurídico y procedente en casos como el que nos ocupa, donde no se obtuvo la certeza de la responsabilidad de la procesada, es proferir un fallo absolutorio".

Siendo esto así, es evidente que la impugnación ha debido formularse por la causal primera cuerpo segundo y en esa forma la fundamentación estaría orientada a demostrar, por qué no bastaba la confesión para condenar. Sin embargo, la censora no optó por esta vía que era la expedita para su propósito, sino que resolvió hacer una mezcla, consistente en afirmar que la confesión no podía ser la base de la sentencia condenatoria, porque no se practicaron otras pruebas con las cuales se confirmara su veracidad, y al no realizar esas otras diligencias, se violó el debido proceso y el derecho a la defensa, argumentación que como veremos, parte de una base equivocada, y lleva a que finalmente no se demuestre ni lo uno ni lo otro.

2º La casacionista entiende el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, entonces vigente (ahora artículo 297), como si la confesión no fuera una prueba que por sí sola pudiera servir para fundamentar una condena, sino que siempre requiriera de otras diligencias para su confirmación, de ahí que la única razón por la cual le niega capacidad suficiente para llevar a la certeza, es por no haber recaudado otras pruebas.

Ese concepto es equivocado, pues si como bien lo dice, la confesión no está amparada legalmente por una presunción de veracidad, tampoco por una presunción de mentira, de modo que corresponde al Juez valorarla de acuerdo con la sana crítica. Si el fallador encuentra que esta prueba conduce a la certeza del hecho y de la responsabilidad del acusado, con base en ella debe condenar, y no hay ninguna razón ni lógica ni jurídica para establecer como regla general que el Juez no le crea al delincuente que confiesa.

Con una interpretación como la consignada en el libelo, llegaríamos a la errónea conclusión, de que ante un hecho confesado por su autor, respecto del cual no es posible decretar ninguna prueba adicional, se tendría que automáticamente absolver, aunque la confesión fuera a la luz de la sana crítica digna de todo crédito.

Al decir la norma que "el Juez competente continuará practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho", no está significando que sin otras pruebas no se le pueda reconocer valor de plena, ni tampoco estableciendo una formalidad procesal obligatoria,

ni mucho menos sometiendo al funcionario a una actuación mecánica y rutinaria, así él no crea necesario realizar otras gestiones.

En armonía con el criterio de que la confesión puede ser prueba suficiente para proferir sentencia condenatoria, es que precisamente en el Código que se aplicó existía el procedimiento abreviado, y en el proyecto que se estudia para el futuro se consagra la alternativa de la sentencia anticipada. Además, es indiscutible que la rebaja de pena prevista para quien confiesa la autoría del hecho durante su primera versión, se debe a que esa actitud facilita y abrevia la labor investigativa, y con esta explicación dada por el tribunal no se pretende institucionalizar la violación del debido proceso, ni que se dejen de practicar pruebas necesarias para llegar a la certeza, simplemente se está repitiendo la justificación político-criminal de ese beneficio punitivo.

3°) Es verdad que la Corte ha decretado nulidades porque el Juez ha omitido verificar citas hechas por el procesado en la indagatoria, o se ha negado arbitrariamente a practicar las pruebas pedidas por las partes, en casos en que dichas diligencias eran trascendentes, esto es, que tenían la capacidad concreta de hacer que la sentencia fuera diferente, pero eso es una situación distinta a la que surge creyendo que lo establecido en el citado artículo 299 es una formalidad, cuya no realización infringe el debido proceso o afecta el derecho a la defensa.

4º) Entrando a analizar los pormenores del caso concreto que nos ocupa, tenemos que no es cierto que los juzgadores de instancia se hayan conformado únicamente con la confesión de la procesada, ya que basta mirar el expediente para darse cuenta de que se allegaron más pruebas, otra cosa es que la recurrente no les otorgue credibilidad, pero no por ello dejan de existir en el proceso. Veamos:

En materia de testimonios se recaudaron las versiones del agente de la Policía Gustavo Lozano Monedero, del despachador de la empresa afectada Segundo Zacarías Montoya, del Subgerente Rubén Darío Iral Vélez, del Gerente Regional Luis Carlos Rojas, de la Secretaria Claudia María Becerra Martínez, del padre adoptivo de la imputada y de su madre legítima, de las personas que le cambiaron cheques, José Hernández Ballesta, Héctor Emilio Duque, Guillermo León Corrales y otras de menor importancia.

Respecto a la prueba documental, existen los originales de los cheques pagados, los extractos bancarios y una gran cantidad de certificaciones expedidas por Bancos y Corporaciones de Ahorro sobre diferentes temas que fueron considerados de interés para el proceso. Además, existe un cuaderno completo en donde se recogieron las planillas que utilizaba la acriminada para apoderarse del dinero.

También es una prueba contundente el indicio de oportunidad, pues María Lourdes era la encargada de elaborar todos los documentos que luego eran utilizados para el cobro, circunstancia que ella aprovechó para consignar datos falsos. También tenía la misión de firmar los cheques junto con el despachador de la empresa, quien a solicitud suya le signaba los títulos valores en blanco y ella los giraba sin nunca mostrarle los egresos. A esto se debe sumar, que en muchos casos ella misma los hacía efectivos acudiendo a diferentes personas, de lo cual ellas dan fe.

La investigación no se inició porque la procesada se hubiera autoacusado, sino porque el subgerente y la contadora realizaron una revisión a las cuentas ante la mala situación económica de la empresa, y descubrieron la cuantiosa defraudación cometida utilizando planillas, egresos, facturas y remesas ficticias. Ante la constatación de este hecho, no se necesitaba ser un experto investigador para entender que la autora no podía ser otra que María Lourdes Zambrano, quien tenía a su alcance todo lo necesario para consumar ese ilícito.

Es cierto que no se ordenó una experticia grafológica sobre los documentos, pero no había ninguna razón para poner en duda la autoría porque la responsable de su falsificación los reconoció uno a uno, y no fue difícil identificarlos, ya que correspondían a las diferentes facturas que las empresas no pagaron, porque no habían utilizado el servicio. Precisamente, de esa constatación deduce el juzgador de primera instancia la cuantía y el número de conductas realizadas, de manera que también sobre ese aspecto hay certeza, y el fallador advierte que, "no puede un funcionario que lea el expediente con la acuciosidad que amerita una investigación de esta naturaleza confundirse en cosas tan sencillas" (folios 474 y 475).

De otra parte, la excusa presentada por la indagada es de tal forma inverosímil e infantil que no valía la pena hacer ningún esfuerzo para corroborarla, porque de antemano se sabía que Fernando Martínez no existía sino en su imaginación, sin embargo el Juzgado hizo lo posible por ubicarlo en los lugares que ella sugirió, con los resultados negativos obvios.

Pretender que no se le reconozca credibilidad a algunos declarantes por la única razón de ser empleados de la empresa perjudicada, ni a los documentos por haber sido aportados por dicha entidad, y que para rematar semejante absurdo no se le otorgue valor probatorio a la confesión, ni se miren los graves indicios de responsabilidad, es desbordar los límites del más exagerado celo garantista y dejar impune un delito de manera inexplicable. Desconcierta a la Sala que esa actitud fuera asumida por una funcionaria del Ministerio Público, hoy de la Fiscalía, por ese motivo puede resultar de interés para el Fiscal General de la Nación conocer este proveído, del cual la secretaría le remitirá una copia.

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:

1° *No casa* la sentencia recurrida.

2° Expedir la copia ordenada en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese 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 (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Siendo absolutamente necesario al invocar la causal primera, cuerpo primero -violación directa de la ley-, el no cuestionamiento de la realidad probatoria asumida por el tribunal ni su valoración al respecto, por lo que se ha dicho con sobrada razón, que una glosa de tal naturaleza ha de ser formulada exclusivamente en derecho: se acepte la prueba tal como fue valorada por el fallador pero se discrepa de su conclusión jurídica ya por falta de aplicación del precepto sustancial (falso juicio de existencia), ora por su aplicación indebida (falso juicio de selección) o bien por interpretación errónea de la misma (falso juicio sobre el sentido o alcance de la norma). Siendo un contrasentido, como lo ha reiterado la jurisprudencia invariablemente, sostener dentro de un mismo cargo la falta de aplicación de una norma legal y a su vez la aplicación indebida de la misma, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo según conocido principio de lógica, esto es, que resulta un absurdo afirmar la aplicación indebida de un precepto y al mismo tiempo su falta de aplicación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7268.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 061. VII 8-93.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de julio de 1993.

Vistos

Cumplida la tramitación previa, decide la Corte el recurso de casación incoado por la defensa del coprocesado José Helmer Mejía Puerta contra la sentencia del 19 de diciembre de 1992, mediante la cual, con adición y modificación de la primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales lo condenó a la pena principal de ocho años y nueve meses de prisión como cómplice del homicidio agravado consumado en la persona de Uriel Ríos Sánchez y de la tentativa de homicidio agravado de Bernardo Ríos Sánchez.

En la misma providencia se condena, por los mismos delitos que al mencionado coprocesado, a Delio Arias Londoño y Angel María Osorio Lotero a la pena principal de veinte años de prisión cada uno, y a Hernán Acevedo López y Gildardo Suárez Medina a la pena principal de veinte años y tres meses de prisión, cada uno, por concurso de hechos punibles de los referidos homicidios y hurto calificado; y a todos, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por lapso igual al de las sanciones principales. Así mismo, a todos se les impone solidariamente la obligación civil indemnizatoria.

Hechos y Actuación Procesal

Hallándose dedicados a mirar televisión los hermanos Bernardo y Uriel Ríos Sánchez en una de las viviendas de la finca "Santa Helena" de la cual el primero era el administrador, en la jurisdicción municipal de Pácora, el día 22 de julio de 1990, fueron sorprendidos por cuatro individuos, que encabezados por el mayordomo de la misma finca, Delio Arias Londoño, los intimidaron con actitud amenazante por lo que Uriel Ríos emprendió carrera para huir, siendo perseguido por tres de los advenedizos mientras el cuarto de éstos permaneció inmovilizando a Bernardo apuntándole con una escopeta; cuando regresaron con Uriel quienes lo siguieron, amarraron a las dos víctimas y las sacaron hacia un sitio cubierto de vegetación y tras anunciarles que los matarían, los golpearon; y al tiempo que dos de los agresores quedaron a su cuidado, otros dos manifestaron que se irían a conseguir un vehículo para trasladarlos, una vez muertos, al río Cauca en donde los arrojarían. De vuelta, sin el vehículo, los agresores se dedicaron a infligir a los ofendidos -que ya habían sido heridos- los más crueles tormentos, consistentes en cortadas en sus rostros, cabezas y cuellos para degollarlos lentamente, y cuando consideraron logrado su propósito homicida se retiraron, sin percatarse de que uno de éstos, Bernardo aún conservaba la vida y escapó para dar aviso a las autoridades y reponerse en el centro hospitalario de la localidad.

El denunciante identificó a los otros tres ejecutores materiales del atentado contra su vida y la de su hermano Uriel, como Hernán Acevedo, Angel María Osorio y un trabajador recientemente ingresado al servicio de la misma finca que se hacía llamar Helmer pero cuyo verdadero nombre que reveló la investigación era el de Gildardo de Jesús Suárez, y les atribuyó además, haberse apoderado de algunas pertenencias suyas, entre ellas de un arma de fuego.

A través de la investigación se estableció que el carro que los mencionados sujetos utilizaron para arribar al lugar del crimen -tres de ellos desde el casco urbano de Pácora y uno desde sitio cercano- y en el que transportarían los cadáveres fue el de propiedad de José Helmer Mejía Puerta, contratado para el efecto por Delio Arias.

Practicado el levantamiento del cadáver por la Inspección Departamental de Policía de Pácora, el Juzgado Penal Municipal de la misma localidad, allegó algunas diligencias preliminares y las remitió al 5° de Instrucción Criminal de Aguadas, en donde se inició la investigación. A ésta se vinculó inicialmente a Hernán Acevedo, a quien se oyó en indagatoria y se le resolvió situación jurídica con auto de detención preventiva; después, previa captura, se vinculó a Angel María Osorio y José Helmer Mejía Puerta con indagatoria e idéntica medida cautelar, mas como se hiciera imposible la captura de

Delio Arias, se le declaró persona ausente y se le designó defensor de oficio; también fue capturado Gildardo Suárez Medina -que así mismo se hacía llamar Helmer o Hermes Muncada-, y oído en indagatoria, quedó sujeto a detención preventiva (folios 1 y ss., 44 y ss., 115 y ss., 159, 31-36, 6v., 9-10 v., 49 y ss., 77 y ss., 59 y ss., 73-73 v., 87 y ss., 99 y ss., 127, 211, 213, 264, 300-350 cd. ppal. 1, 392 y ss. cd. ppl. 2).

Perfeccionada la investigación, el instructor la calificó comprometiendo en juicio con resolución acusatoria como coautores a Delio Arias, Hernán Acevedo y Gildardo Suárez por los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y hurto calificado, y a Angel María Osorio y José Helmer Mejía Puerta por homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado en el mismo grado de participación, y aunque con la decisión se mostraron inconformes los defensores de estos últimos que la impugnaron en apelación, lo hicieron extemporáneamente y el Tribunal se abstuvo de efectuar la revisión que deprecaban (folios 507, 553 y ss., 622 y ss.).

Surtida la etapa del juicio, a cuya audiencia pública concurrieron los detenidos, el Juzgado Cuarto Superior de Manizales emitió el fallo de primera instancia, en el que, manteniendo los cargos de la resolución acusatoria para Acevedo y Suárez por los delitos contra la vida y el patrimonio económico y por los delitos contra la vida para Mejía Puerta y Osorio, y retirándole el de hurto a Delio Arias -por el cual lo absolvió-, los condenó, a los dos primeros, a 23 años de prisión cada uno y a los restantes a 20 años de prisión cada uno y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por lapsos iguales a los mencionados (folios 640 y ss., 732 y ss., 770 y ss.,)

De la sentencia en mención apelaron Acevedo, Suárez, el defensor de Osorio y el de Mejía Puerta mientras la parte civil solicitó adición, pero como ésta fuera denegada, también enalzada impugnó su representante, y el Tribunal Superior del Distrito resolvió, adicionando lo relativo a la obligación indemnizatoria, modificar la imputación para Mejía Puerta para responsabilizarlo no como coautor, sino como cómplice de los delitos contra la vida y reduciéndole la pena al monto referido al comienzo de esta providencia, y confirmándola en las restantes determinaciones (folios 822 y ss., 894 y ss. cd. ppl. 2).

Contra el fallo de segundo grado recurrió en casación el defensor de Mejía Puerta.

La Demanda

Cargo único. Con apoyo en la causal primera del artículo 226 del C. P. P. de 1987 se acusa la sentencia de ser "violatoria de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 25 del C. P.".

No obstante esta presentación de la censura, bajo el título de "Fundamentos de la causal preinserta" precisa el censor que el sentido de la violación de la ley fue el "no dar aplicación al artículo 25 del C. P." cuyo texto transcribe, para, renglones adelante, después de discurrir sobre el tema de la complicidad, dilucidando las características de esta figura conforme a la elaboración doctrinaria según referencias a connotado autor nacional, afirmar que en el caso concreto "se ha aplicado en forma indebida el artículo 25..., pues -dice- el cómplice responde penalmente en la medida en que sabe cual es la naturaleza del hecho en el que va a colaborar y quiere hacerlo, lo contrario sería caer en la más oprobiosa de las responsabilidades objetivas posibles".

El planteamiento se desenvuelve bajo la hipotética aceptación -en "gracia de discusión" precisa el profesional- (folio 12 cd. C.) de que su poderdante hubiera actuado como cómplice de los delitos contra la vida de que se ocupó el proceso y la consideración de que hallándose vetada la responsabilidad objetiva en el artículo 5º del C. P., sólo le habría sido imputable la aludida coparticipación respecto del tipo simple del homicidio "pues -advierte- no obra constancia alguna ni tampoco se ha discutido en el decurso procesal, que mi apadrinado conociera circunstancias materiales del hecho o las hubiera consentido".

Añade, haciendo referencia a la circunstancia del delito que está glosando, la sevicia, que si el juzgador no la analizó, "si no consideró prueba alguna al respecto -pues, no se ha dicho dentro del dossier que mi defendido supiera de las condiciones de sevicia, como se llevaría a cabo el hecho o las consintió en forma indubitable-" se violó la ley sustancial por indebida aplicación de la misma.

Agrega que las circunstancias agravantes "pueden comunicarse en la medida en que el autor (sic) haya actuado determinado por ellas; que las conozca y las acepte" y nuevamente se apoya en la explicación doctrinaria.

Puntualiza que dada la orientación del Código Penal colombiano en que se pregona un derecho penal de acto y no de autor, "en el cual la medida de la pena es el grado de la culpabilidad", no se puede tasar la punición del cómplice, sobre el tipo agravado, que sólo le cabe al autor, sin argumentos que expliquen la razón de la extensión de la agravación, y hacerlo" constituye crasa y palmaria indebida aplicación de la ley, notorio yerro que obliga al redosificamiento de la pena", que solicita efectúe la Corte.

Para enfatizar el yerro que pregona, observa que los falladores de las instancias, en correcta asunción del artículo 25 del C. P. excluyeron a su cliente del delito de hurto que por su propia iniciativa "decidieron los demás procesados agotar", pero que sin embargo no procedieron con igual tino en relación con "lo fundamental, es decir, el homicidio", y luego de ejemplificar eventos en que cabría la imputación agravada -ajenos por completo al caso-, solicita que la redosificación punitiva se extienda a las penas accesorias y la liquidación de perjuicios toda vez que no es ni jurídico ni justo, imponer -sin discriminaciones- igual obligación de pago de perjuicios, como si fuere coautor, lo que también omitió el juzgador de segunda instancia (infracción directa de la ley sustancial, por indebida aplicación).

En el punto de "conclusión y petición" asevera que "usó indebidamente el juzgador de segunda instancia el artículo 25 del C. P. y por tanto comunicó circunstancias agravantes que no conocía -o consentía el cómplice (...), por lo cual resultó aplicando las diminuentes punitivas del artículo 24 del C. P. -complicidad- con referencia al artículo 324 *ib.*, cuando lo jurídico, legal y pertinente es hacer la tasación de rigor, sobre el artículo 25 *ib.*"; y solicita en consecuencia que la Corte "en sede de instancia, dosifique la pena que corresponde" a su patrocinado.

El Ministerio Público

Adverso a la pretendida casación, conceptúa el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, porque considera que la demanda además de estar concebida con descono-

cimiento de la técnica de la causal primera de casación, carece de razón en lo fundamental la censura.

Destaca que el censor no precisa la modalidad de la violación de la ley sustancial que pregona y que se contradice al afirmar primeramente que en la sentencia hubo aplicación indebida del artículo 25 del C. P. y después, que lo que hubo fue falta de aplicación de esa misma disposición, y aunque considera que por estas dos inconsistencias podría desestimarse el escrito, entiende, con base en la reiterativa aseveración del texto de que el Tribunal incurrió en aplicación indebida de esa disposición, que lo que el reproche busca es demostrar la violación directa de la dicha disposición, por aplicación indebida. Pero encuentra también que la demostración de esta acusación es incorrecta porque entremezcla elementos exclusivos de la modalidad de la violación indirecta de la ley, como son los cuestionamientos de naturaleza probatoria, vedados en la transgresión aducida, al desconocer la realidad fáctica tomada por el *ad quem* para decidir.

De otra parte, y ya en relación con lo esencial del reclamo, sostiene el funcionario que la demanda parte de una afirmación "incompatible con la realidad procesal" al decir que el Tribunal, cuando hizo la imputación de complicidad en el homicidio agravado al poderdante del recurrente no analizó la circunstancia de la sevicia y al afirmar así mismo que en el proceso no se dijo que su cliente conociera que bajo esa agravante se cometería el delito consumado o que la consintiera, pues el fallo acusado sí analizó el tema, y para acreditarlo cita apartes textuales en los que se estudió la complicidad de Mejía Pierta y la forma como ella se manifestó, asumiendo así como verdad fáctica-procesal el conocimiento por el cómplice, del "plan preconcebido" que comprometía gravemente su responsabilidad en el hecho punible agotado y agravado en esa condición, y su no intervención material en el mismo. Luego de una recapitulación de los vicios que a su juicio exhibe el escrito, sugiere la no casación impetrada.

Consideraciones de la Corte

Le asiste la razón al señor Procurador Delegado cuando sostiene las protuberantes fallas de técnica en que incurre el censor al presentar el cuestionamiento contra el fallo recurrido. En efecto, acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial sin precisar la clase de dicha violación; sin embargo, el desarrollo del cargo lejos de ofrecer la esperada y debida claridad, incurre en contradicción manifiesta al sostener de una parte que "se dio aplicación indebida" al artículo 25 del Código Penal y de otra, aseverar que el Tribunal erró en el fallo "al no dar aplicación" al mismo precepto en referencia, lo cual resulta insalvable ciertamente dentro de la técnica casacional.

Empero, no para ahí el desconocimiento de la técnica, pues siendo absolutamente necesario al invocar la causal primera, cuerpo primero -violación directa de la ley-, el no cuestionamiento de la realidad probatoria asumida por el Tribunal ni su valoración al respecto, por lo que se ha dicho con sobrada razón, que una glosa de tal naturaleza ha de ser formulada exclusivamente en derecho: se acepta la prueba tal como fue valorada por el fallador, pero se discrepa de su conclusión jurídica ya por falta de aplicación del precepto sustancial (falso juicio de existencia), ora por su aplicación indebida (falso juicio de selección) o bien por interpretación errónea de la misma (falso juicio sobre el sentido o alcance de la norma). Siendo un contrasentido, como lo ha reiterado la

jurisprudencia invariablemente, sostener dentro de un mismo cargo la falta de aplicación de una norma legal y a su vez la aplicación indebida de la misma, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo según conocido principio de lógica, esto es, que resulta un absurdo afirmar la aplicación indebida de un precepto y al mismo tiempo su falta de aplicación, como lo ha hecho el casacionista en el presente caso.

Del mismo modo, acierta la Delegada cuando considera error de técnica insalvable el plantear en la demanda una discusión en el plano estrictamente jurídico y luego, al tratar de desarrollar el cargo, trascender la alegación al campo de la violación indirecta protestando la realidad probatoria que el Tribunal asumió para deducir la clase de responsabilidad que atribuyó a su cliente y aplicarle la condigna sanción, por constituir un absurdo el "que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión".

Y es que en verdad no es otra cosa, el sostener en la demanda de una parte, que "no obra constancia alguna ni tampoco se ha discutido en el decurso procesal que el sindicado conociera las circunstancias materiales del hecho o las hubiera consentido", cuando lo que se propuso demostrar de entrada y a la vez, como se vio, fue la no aplicación y la aplicación indebida del artículo 25 del Código Penal. Además, como también lo destaca la Delegada, la realidad procesal dice cosa diferente a este respecto. En efecto, el Tribunal admite en su fallo impugnado la imposibilidad de desconocer que "previo acuerdo y con conocimiento de causa, el citado Mejía tuvo otra clase de intervenciones que comprometen seriamente su responsabilidad: ...cuando ya los otros individuos habían emprendido la tarea delictiva, sí se hizo presente allí el citado Helmer, tal como lo afirma el inculpado Hernán Acevedo y según éste, Mejía estuvo presto a colaborar en el crimen, si ello era necesario. Con esto el citado Acevedo está dando a entender que el acusado Mejía Puerta estaba enterado de todo el plan delictivo". Y es más, teniendo en cuenta que a este procesado se le había enjuiciado como coautor de los homicidios agravados, después del razonamiento citado el Tribunal entró a dosificarle la pena con base en el artículo 324 numeral 6º del C. P., significando con ello que las expresiones "enterado de todo el plan delictivo" utilizadas, implicaban que el sentenciado sabía qué se iba a hacer y cómo tenía que hacerse, consintiendo en todo ello libremente.

Quiere decir lo anterior, en buena técnica y sana lógica, que si la inconformidad radicaba en los juicios emitidos por el Tribunal acerca del acopio probatorio que sirvió de base para deducir la responsabilidad de Mejía Puerta respecto al hecho concreto a él atribuido, el casacionista no tenía por qué atacar la sentencia por la causal primera cuerpo primero, sino que necesariamente ha debido hacerlo por el cuerpo segundo de dicha causal, específicamente por un error de hecho bien a través de un falso juicio de existencia (omisión de la prueba) o por suposición de la misma, ora por la tergiversación de la prueba tenida en cuenta (falso juicio de identidad). Nada de ello hizo, ni siquiera lo intentó, pues el cuestionamiento que a este respecto exteriorizó en el desarrollo del cargo lo fue más como un deseo de hacer prevalecer su personal criterio sobre el plasmado en la sentencia recurrida que el de destacar la fuerza demostrativa de error alguno, olvidando de contera que dicha providencia viene siempre precedida de la presunción de acierto y legalidad.

En tales condiciones, la desestimación del cargo es la consecuencia obvia, como muy bien lo impetra la Delegada en su concepto.

La Casación Oficiosa

Se observa que a los procesados a quienes se les impuso penas privativas de la libertad superiores a diez años de prisión se les redujo la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual, sin sujeción al límite previsto en el artículo 44 del C. P. para esa clase de sanciones, que es de diez años, con lo cual se hace más gravosa la situación de los procesados y se desconoce la legalidad de las penas que es un presupuesto ínsito en el debido proceso que vincula necesariamente al funcionario.

Precisado este vicio, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P. actual, aplicable al caso en desarrollo del claro principio de favorabilidad, la Corte oficiosamente y en forma parcial casará el fallo para rebajar, en consecuencia, a diez años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a los procesados Hernán Acevedo López, Angel María Osorio, Gildardo Suárez y Delio Arias, dejándoles la pena principal impuesta sin modificación alguna.

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

RESUELVE:

Casar parcialmente la sentencia recurrida únicamente en el sentido de imponer a los procesados Hernán Acevedo López, Angel María Osorio Lotero, Gildardo de Jesús Suárez (o Helmer o Hermes Moncada) y Delio Arias Londoño como pena accesoria a la principal impuesta en las instancias la de diez (10) años de interdicción de derechos y funciones públicas. En todo lo demás, queda en firme el fallo recurrido.

En firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, 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 (no firmó) Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / INDICIO / ERROR DE HECHO

1. No es de recibo relacionar en una demanda de casación los diferentes medios de prueba sin explicar cuál de ellos fue ignorado o supuesto, o si más bien se trató de la deformación objetiva de su contenido o sentido, posibilidades distintas y autónomas bajo las cuales cabe aducir error de hecho. /2. "Siendo la construcción del indicio una acción compleja que parte de un hecho indicador debidamente demostrado para conducir por inferencia lógica a la demostración de otro hecho que con aquél guarda una estrecha relación, su ataque en esta sede no puede admitirse por vía diferente a la del error de hecho, dado que si el juzgador equivoca o desvía esa 'inferencia lógica' de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal al definir qué es el indicio, es claro que falla en el juicio de identidad o de adecuación que, repítese, conforma un error de hecho...".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7591.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 062.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de julio de 1993.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Roberto Antonio Vinasco Ayala, en contra de la sentencia de condena proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales, mediante la cual se revoca el fallo absolutorio que en primera instancia emitiera el Juzgado 5º Superior de la misma ciudad, para imponer al acusado la pena de 10 años de prisión como responsable del delito de homicidio por el cual había sido llamado a responder en causa.

Hechos y Actuación Procesal

1. A eso de las tres de la mañana del 17 de diciembre de 1990, falleció a consecuencia de un disparo de arma de fuego el señor Luis Jairo Vásquez Posada, quien

se desempeñaba como celador del Coliseo de Ferias "Augusto Zuluaga" del Municipio de Anserma, y como tal se oponía a que el señor Roberto Antonio Vinasco Ayala retirara un caballo de su propiedad que se hallaba en las cuadras de ese centro para una exposición equina, diferencias que terminaron con la muerte del dependiente.

2. La investigación se inició a cargo del Juzgado 29 de Instrucción Criminal de Anserma el mismo día de los hechos, y a ella resultaron vinculados como presuntos responsables los señores Héctor William Montoya Díaz, Clímaco Antonio Sánchez Hernández, Luis Aníbal Díaz Guerrero, Mauricio Castro León y el ahora condenado Roberto Antonio Vinasco Ayala a quienes se afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Llegado el momento de proveer sobre la calificación del mérito sumarial profirió el instructor resolución acusatoria en contra de Vinasco Ayala ratificándole el cargo de homicidio, en tanto a los demás sindicados se les encausó por el delito de encubrimiento, decisión que el Tribunal *ad quem* confirmó íntegramente.

Asumida la competencia por el Juzgado 5º Superior de Manizales, la causa culminó mediante sentencia absolutoria en favor de todos y cada uno de los procesados generando la inconformidad del representante de la parte civil, cuyo recurso de alzada prosperó ante el Tribunal Superior que revocó íntegramente la providencia apelada profiriendo en su reemplazo la condena que ahora ocupa a la Corte en virtud del recurso extraordinario de casación que interpone la defensa.

La Demanda

Para apoyar su impugnación sostiene el demandante que la providencia del Tribunal "...incurre en error de hecho por desconocimiento de la situación fáctica condicionante del artículo 254 del C. P. P., afectando de manera indirecta la ley sustancial de la sentencia, artículo 323 del C. P. por aplicación indebida", y en su desarrollo asegura que con respecto a la responsabilidad del acusado se ignoró la existencia de la duda razonable y manifiesta que originaba el conjunto de las pruebas allegadas al proceso, discriminando sobre cada medio lo que sigue:

A. Del informe 0567 del Departamento de Policía de Caldas, Tercer Distrito, fechado el 17 de diciembre de 1990, se da cuenta que en atención a las informaciones suministradas por testigos de oídas se inició un operativo que culminó con la detención de los sindicados en Risaucio en casa de Vinasco Ayala a las 5:30 de la mañana de esa misma fecha y la incautación de dos revólveres Ruger de calibre 38 largo el primero con 4 cartuchos y el segundo con 6. Si ello fue así, se añade: "Tenemos que, cuando el infortunado celador salió de su habitación el carro de Vinasco Ayala ya había entrado, enganchado al trayler y subido el caballo y estaba de salida".

B. De la prueba testimonial destaca la versión de Rubén Darío Rendón Jaramillo quien no pudo apreciar ni el vehículo ni a sus ocupantes, diciendo apenas haber oído el disparo momento antes de salir a la puerta del sitio donde se encontraba. Enfrentando este dicho con el de Gildardo de Jesús Gómez Muñoz, deduce entre los dos la existencia de contradicciones, pues si el último aseguró haber sentido llegar al obitado a eso de las 2:00 a.m. y una hora después oírlo hablar con un señor a quien le negaba la entrega de

un caballo, para sentir unos cinco minutos más tarde el ingreso del carro al Coliseo, el enganche del remolque y el disparo, alcanzando a divisar el carro, el trayler y el caballo cuando salían por la carretera. Rendón no había alcanzado a salir todavía de la pieza, haciéndose inadmisible la versión de que cuando fue llamado, los dos vieron el carro.

A Martha Lucía Robledo, esposa de Gildardo Gómez, nada le consta porque sólo oyó cuando por primera vez reclamaban el caballo y de este modo nadie vio en realidad quién fue el autor del disparo, como tampoco puede desprenderse la responsabilidad de Vinasco como autor de los disparos, con base en las manifestaciones de los testimonios obrantes a folios 40, 51, 53, 54, 190 y 349.

C. El decomiso de las armas, según dijeron los Agentes que intervinieron en el operativo, se hizo en tenencia del individuo de más edad, -Castro León- quien las portaba en un carriel; pero mientras que el agente José Guillermo Castro Figueroa afirmó que los aprehendidos se encontraban en ropa interior, el agente Ruiz Chica sostuvo que las personas retenidas se encontraban vestidas y solo les faltaban los zapatos, contradicciones que se prosiguen cuando este último asegura que los ocupantes del Toyota habían huido por el peaje, mientras los encargados del mismo en el puesto de San Clemente, informaron que no los habían visto pasar de regreso para Anserma, y los centinelas de Riosucio aseguraron haber visto bajar personas, no caballos.

D. La ausencia de proyectiles en el lugar de los hechos impidió hacer la respectiva cotejación, surgiendo duda en cuanto el acusado hubiese sido el autor de los disparos, ya que no se pudo determinar con cuál de las armas se le produjo la muerte a Vásquez Posada.

E. El resultado del guantelete dio positivo para tres de los implicados: Héctor William Montoya, Roberto Antonio Vinasco Ayala y Mauricio Castro León acrecentando todavía más la duda sobre la autoría del disparo.

F. El cadáver, según la diligencia de necropsia presentaba un impacto de bala con tatuaje a nivel del espacio supraesternal izquierdo penetrando en la cavidad toráxica, con orificio de salida a nivel infraescapular izquierdo. Siendo que quien ocupaba el asiento delantero derecho en el vehículo Toyota era Mauricio Castro y en el asiento de atrás venían tres de los sindicados, respecto de uno de los cuales la parafinoscopia dio resultado positivo, existe la posibilidad de que no fuera Vinasco Ayala el autor del disparo, sino aquella persona que se encontraba más cercana al obitado.

G. De acuerdo a la diligencia de Inspección Judicial, el cuerpo del obitado quedó: "a la derecha del conductor del vehículo Toyota, Vinasco Ayala y más próximo a dos acompañantes de éste, quienes pudieron haber disparado, razón del tatuaje en el orificio de entrada del proyectil...

La duda sigue presente si se reconoce además que las indagatorias de los procesados Héctor William Montoya Díaz, Clímaco Antonio Sánchez Hernández, Luis Aníbal Díaz Guerrero, Mauricio Castro León y Roberto Antonio Vinasco Ayala son medio de defensa a lo cual tienen derecho los sindicados y no están obligados a declarar en su contra; por eso consideran propio negar primero su presencia en el lugar de los hechos. Como consecuencia de ello justificar el golpe del vehículo que presentaba en el bómper

derecho y negar el ingreso ejerciendo violencia sobre la puerta del Coliseo y de lo cual dio cuenta la diligencia de Inspección Judicial".

Considerando que con este recuento crítico, y remitiéndose una vez más a cada uno de los medios de pruebas que relacionó en la demanda, se presentaba la duda sobre la autoría material del sindicado, el Tribunal al desconocerla aplicó indebidamente el artículo 323 del Código Penal incurriendo en el desconocimiento de la situación fáctica condicionante del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual solicita de la Corte casar la sentencia impugnada para que en su lugar confirme en todas sus partes el fallo absolutorio proferido por el *a quo*.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal descalifica la demanda por no concretar ni fundamentar debidamente la censura, diciendo que no se precisó la causal, así al referirse y por error de hecho fácilmente se infiera que se trata de la primera y por error de hecho que condujo a una violación indirecta, concretándose la presentación errada cuando el libelo anuncia un error de hecho "por desconocimiento de la situación fáctica del artículo 254 del C. de P. P." , porque la pretermisión de la sana crítica constituye situación ajena a los falsos juicios de existencia o de identidad propios del error enunciado.

El censor persiste en el yerro cuando al avanzar en la supuesta labor demostrativa del único cargo, dejó de referirse a la inicial propuesta, para pasar con base en el análisis probatorio de los diversos medios de prueba y anteponiendo su personal punto de vista, a afirmar que se ignoró la duda razonable, olvidando que en la apreciación probatoria el Juzgador goza de lato criterio, restringido apenas por la constitución y la ley, añadiendo:

Tales irregularidades toman deficiente no sólo el concepto de la violación, sino también el proceso demostrativo del cargo, cuya idoneidad y trascendencia de otra parte, quedan rezagadas.

De modo que la duda, que en últimas sería lo que estaría planteando el libelista, no toma la más mínima entidad en la realidad procesal, ya que de esta salió expresa y definitivamente descartada por el sentenciador, luego del examen de las pruebas citadas por el demandante y de otras que éste no relaciona en su cuestionamiento, tales como los testimonios de Néstor Fabio Espinal V. y Luis Arbey Hernández Martínez, quienes, al decir del *ad quem*, desdicen a los implicados en la hora que estos afirman fueron a retirar el semoviente y los indicios graves del móvil, de la oportunidad y de la falsa disculpa.

Esto último constituye, por contera, otro yerro de la demanda, ya que en tratándose de pluralidad de medios de persuasión, su ataque debe tener una cobertura total y no parcial como ocurre en aquélla, puesto que con uno solo de ellos que subsista, hace permanecer incólume la sentencia impugnada, por aquello de que la doble presunción de acierto y legalidad de que viene precedida la sentencia no alcanza a ser plenamente destruida.

Y como si este inventario de fallas técnicas no fuera de por sí suficiente para hacer nugatoria la demanda, todavía se advierte un desenfoque más del escrito en la medida en que el recurrente, en aras de relievar la duda que alega, se desvía a cuestionar el proceso de valoración cumplido por el *ad quem* sobre las pruebas que previamente relaciona, sin percatarse de que así resulta introduciéndose por la vía del error de derecho por falso juicio de convicción, con olvido de que en nuestro ordenamiento procesal penal, por voluntad del legislador de 1987, quedó proscrito el sistema tarifario o valoración legal de la prueba que ciertamente rigió hasta el Estatuto de 1971, inclusive, y que sobre este presupuesto sería legítima esta especie de censura, tal empresa, hoy por hoy, sólo es viable tras acudir al error de hecho, por ignorar o suponer una determinada prueba (falso juicio de existencia) o por tergiversación o distorsión de uno cualquiera de los medios probatorios preestablecidos (falso juicio de identidad), empeño que no toma la demanda y por ende está llamada a su desestimación"; sugiriéndole por lo tanto a la Corte no casar el fallo acusado.

Consideraciones de la Corte

Sin desconocer los aciertos del Ministerio Público cuando en su crítica primera hace ostensibles los defectos en que incurre la demanda al omitir la precisión sobre la causal que invoca y la clase de error que a continuación se acusa, es evidente que aún dando por superadas esas fallas en la medida en que el desarrollo argumentativo permite inferir que la invocada ha sido la violación indirecta y dentro de ésta los errores de hecho, las insuperables deficiencias que de allí se siguen obligan la coincidencia de la Sala en cuanto al sentido que ha de venir a orientar en su respuesta.

No es de recibo relacionar en una demanda de casación los diferentes medios de prueba sin explicar cuál de ellos fue ignorado o supuesto, o si más bien se trató de la deformación objetiva de su contenido o sentido, posibilidades distintas y autónomas bajo las cuales cabe aducir error de hecho. Planteamiento que además parece confundir el actor con el de los errores de derecho bajo la advertencia de que medió el desconocimiento del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal alusivo a la sana crítica.

Ingresando además al análisis de la presentación crítica de las pruebas que consigna la demanda, tiénese que cuando el casacionista hace una primera referencia al informe de la Policía para tratar de enfrentarlo al dicho de los declarantes Rubén Rendón, Gildardo Gómez y Martha Lucía Robledo priva sus planteamientos de una conclusión cierta y mucho menos que armonice frente a los razonamientos de la sentencia que impugna, pues es claro que en ella se tiene como presupuesto la inexistencia de prueba directa que hubiese permitido el señalamiento claro del autor de los disparos.

Por esa expresa circunstancia se comprende que los juzgadores hubiesen recurrido como elementos basilares de la imputación a los indicios de oportunidad, medios, motivo y mala justificación que coincidieron en la incriminación del acusado, aspecto al cual se aproxima enseguida la demanda, sin que en su intento por desquiciarlos y plantear la duda haya resultado más afortunada.

Sobre el planteamiento en casación de esta clase de censuras ha dicho ya la Sala en repetidas ocasiones (consúltese entre otras las sentencias de septiembre 15 de 1990 y agosto 6 de 1992 con ponencia de los Magistrados doctores Guillermo Duque Ruiz y

Jorge Enrique Valencia M., respectivamente), que siendo la construcción del indicio una acción completa que parte de un hecho indicador debidamente demostrado para conducir por inferencia lógica a la demostración de otro hecho que con aquél guarda una estrecha relación, su ataque en esta sede no puede admitirse por vía diferente a la del error de hecho, dado que "si el juzgador equivoca o desvía esa 'inferencia lógica' de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal al definir qué es el indicio, es claro que falla en el juicio de identidad o de adecuación que, repítese, conforma un error de hecho...".

Era de esperar, entonces, que dentro de este enfoque el casacionista entrara a demostrar de qué manera el juzgador distorsionó los hechos indicadores para llegar a unas conclusiones radicalmente distintas de aquellas a las cuales conducía el proceso, y no que terminara por declinar ese planteamiento para enderezar en cambio la crítica hacia una interpretación equivocada de aquellos hechos-base, que acabó más bien por afianzar, dejando con ellos ineólume el fundamento de la condena.

La sentencia conjugó un cúmulo de hechos que por distinta fuente iban señalando al enjuiciado como exclusivo ejecutor del reato: en él recaía el interés de rescatar el caballo "Marinero" del Coliseo de Anserma, él también era quien contaba con el medio de transporte adecuado para su propio desplazamiento y el del equino recuperado; en él se daba la tenencia del instrumento idóneo con el cual se produjo el resultado punible, y si a todo lo anterior se añadió la mentira y fragilidad de sus excusas, sin que fueran estos los aspectos que el actor pretendiera enervar con su demanda, obvio es concluir en que las bases de la condena continúan inamovibles, pues si el casacionista sólo intenta plantear como alternativa otra hipótesis distinta al sugerir que así como Vinasco pudo ejecutar el hecho, también pudieron realizarlo otro u otros de sus acompañantes, claro se ve que la impugnación por la vía de los errores de hecho se desborda porque ya no se cumple el objetivo de acreditar los falsos juicios de identidad que hubieran posibilitado en el hecho indicador su deterioro, sino que aún afianzándolo como base para hacer surgir de él pausadas deducciones, lo que simple e infructuosamente se busca no es cosa diferente a la de pretender una sustitución de los razonamientos deductivos del juez por los del impugnante, con el agravante para éste de no abarcar siquiera en su integridad los elementos asumidos en el fallo que ataca.

Clara se ve la variación del enfoque del actor al desarrollo de un falso juicio de convicción que no tenía anunciado. Pero que además fracasa frente a la prueba de indicios que ataca y la manera como la afronta. Pues careciendo el indicio de una tarifa legal que le señale su valor y alcance, necio resulta en casación el pretender la desestimación de unas conclusiones que dentro de su competencia y bajo las reglas de la sana crítica elaboró en su momento el juzgador.

El cargo no prospera.

Obrando en consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar el fallo recurrido por el defensor del procesado Roberto Antonio Vinasco Ayala.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / TESTIMONIO / INDICIO / ERROR DE HECHO

Razones de elemental lógica jurídica aconsejan que cuando se acude a la violación indirecta de la ley por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, es menester desestabilizar todos y cada uno de los soportes fácticos de la sentencia acusada si se pretende trocar una condena en absolución o viceversa; exigencia que se hace más imperativa tratándose de prueba indiciaria. /2. La prueba testimonial como la indiciaria no suelen ser objeto fácil de ataque en casación porque en el planteamiento y fundamentación de la censura se corre el riesgo de anteponer a la apreciación del Tribunal la personal y subjetiva del censor respecto a su valoración, sin que de tal disparidad de pareceres pueda surgir un manifiesto y trascendente error de apreciación probatoria. /3. El error de hecho recae exclusivamente sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona, por lo que es extraño a la errónea interpretación de pruebas como el testimonio o los indicios sujetos a la libre valoración del juzgador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7672.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 62 (13-07-93).

Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

El 4 de marzo de 1992 el Tribunal Superior de Pasto confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad que condenó a Manuel Antonio Saavedra Cancimanci a la pena principal de diez años de prisión, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago en concreto de los perjuicios causados, como responsable del delito de homicidio en la persona de José María Bismag; decisión recurrida en casación por su defensor.

Hechos

Pasadas las once de la noche del 9 de septiembre de 1989 Manuel Antonio Saavedra Cancimanci y el joven Juan Carlos Muñoz salieron a comprar una botella de aguardiente para continuar sus libaciones en casa de Imelda Rojas, compañera del primero de los nombrados y de regreso se encontraron en la calle con José María Bismag quien ultrajó de palabra a Juan Carlos provocando que éste le lanzara una piedra sin lograr herirlo, ante lo cual Manuel Antonio se acercó propinándole dos cuchilladas que le ocasionaron la muerte en forma inmediata. Los hechos tuvieron ocurrencia a pocos pasos de la residencia del occiso ubicada en el barrio "Las Lunas" de la ciudad de Pasto.

Actuación Procesal

El quince de septiembre del citado año, el Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Pasto inició la investigación en desarrollo de la cual oyó en declaración a varias personas y en indagatoria al inculpado Juan Carlos Muñoz, quien señaló enfáticamente a su compañero Manuel Saavedra como el autor de las cuchilladas que acabaron con la vida de la persona que la noche de autos lo injurió sin mediar ninguna provocación.

La situación jurídica del sindicado Muñoz fue definida con auto de detención, medida suspendida por ser menor de dieciocho años, disponiéndose posteriormente compulsar copias de lo pertinente con destino al Juzgado de Menores, por competencia.

Emplazado Manuel Antonio Saavedra Cancimanci y declarado persona ausente se le definió su situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, la que se hizo efectiva tiempo después.

Sometido a indagatoria el capturado el 30 de agosto de 1990 negó encontrarse armado la noche de los sucesos atribuyendo la autoría de la muerte del occiso a su compañero Juan Carlos Muñoz al que distingue como el "Mono".

Por auto de 23 de noviembre de 1990 el Juzgado Trece de Instrucción Criminal profirió resolución de acusación contra Manuel Antonio Saavedra Cancimanci y su compañera Imelda Alejandrina Rojas Caicedo: aquél por el delito de homicidio simple y ésta, por el de encubrimiento en la modalidad de favorecimiento por haber guardado en su casa el arma con que se perpetró el delito: pronunciamiento confirmado por el Tribunal Superior de Pasto.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Primero Superior de Pasto puso fin a la instancia condenando a Saavedra Cancimanci a la pena principal de diez años de prisión, absolviendo a su compañera Imelda Rojas Caicedo de los cargos por los cuales fue enjuiciada; fallo apelado por el defensor del acusado y confirmado en su integridad por el Tribunal Superior de ese Distrito mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación

Con fundamento en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal vigente, se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma indirecta, del artículo 323 del Código Penal por errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas, los

que el libelista discrimina en ocho numerales y que la Sala agrupa y sintetiza de la siguiente manera:

a) Errores de hecho por omisión de prueba consistentes en no haber sido tenidas en cuenta para nada las declaraciones vertidas por la compañera permanente de la víctima María Silvia Martínez y su hija María Inés Martínez quienes coinciden en afirmar que al salir a la calle a indagar por la suerte de José María el que encontraron caído en el suelo, vieron cuando dos sujetos se dirigían hacia el barrio "San Martín", uno de los cuales vestido de blanco, con una gorra puesta, más alto que el otro llevaba consigo algo que parecía un arma: datos y rasgos que en opinión del censor corresponden a los del joven Juan Carlos Muñoz.

Manifiesta que esta prueba "directa y única" no fue apreciada por el Tribunal Superior que recurrió, en cambio, a "prueba indirecta, confusa, equívoca, interesada y errónea" para deducirle responsabilidad a su representado agregando:

"Esta honorables magistrados es el lujo de prueba directa que ignora el honorable Tribunal Superior de Pasto y comete error de hecho por *omitirla*, la madre de la deponente ve al de blanco con arma en la mano y gorro, y la hija lo señala como bien *muchacho* bastaba esos elementos para establecer con certidumbre que quien mató a José María Bisnag, fue Juan Carlos Muñoz, el que es tan joven y bien muchacho que a la fecha de los hechos tenía entre 16 y 17 años de edad, contrastando con la edad madura de mi patrocinado".

Luego expresa que el fallador de segunda instancia no quiso saber nada en cuanto a que el joven Juan Carlos Muñoz regresó a casa de Imelda Rojas portando un cuchillo envuelto en una "balaca", arma que ésta enterró en el solar de su casa por temor a verse comprometida: hecho que según el recurrente emerge del relato que Imelda le hizo a Eufalia Villarreal de Grisales y que el agente investigador de la Sijin Luis Moreno Villacorte refiere haber escuchado de labios de Imelda al momento de interrogarla sobre lo sucedido en su residencia.

b) Errores de hecho por suposición de prueba consistentes en que el Tribunal Superior "supone" la existencia de indicio grave de participación en el crimen por la presencia de Saavedra Cancimanci en el lugar de los hechos; incurre en un sofisma de distracción al identificar mentira con responsabilidad y, supone que quien dijo "quisa (sic) no nos miró nadie" fue el procesado Saavedra cuando tal cosa expresó precisamente Muñoz como claramente le informó al agente Moreno Villacorte la señora Villarreal de Grisales.

Arguye el impugnante que la presencia de su asistido en el lugar de los hechos "no es unívocamente indicante de su participación" en el homicidio pues debe recordarse que Saavedra se desplazó hasta allí en compañía de Juan Carlos Muñoz con el único propósito de comprar aguardiente y que el hecho de que el sindicado hubiese faltado a la verdad, posición que le parece apenas racional, no puede tomarse como indicio en su contra sino máximo como deslealtad con la justicia.

c) Errores de hecho por errónea interpretación de los testimonios rendidos por Julia Rojas y José Eduardo López al dar por cierto que el procesado Saavedra Cancimanci portaba arma blanca la noche de autos, cuando los deponentes "se refieren a la hora de

las 7 de la noche y los hechos ocurrieron a las 11 y media aproximadamente" y su versión resulta poco creíble por la manifiesta animadversión hacia el acusado y porque para el Tribunal Superior "valió más la cuartada de un menor de edad, que las evidencias de su propia responsabilidad, vertidas por personas absolutamente imparciales como la esposa del occiso *María Silvia Martínez* y su hija, interpretó la versión procesal de este menor como una de las principales pruebas para condenar a Saavedra Cancimanci, sin tener en cuenta para nada que era un testimonio eminentemente sospechoso por cuanto estaba en juego su propia responsabilidad...".

En el capítulo que el demandante denomina "Proposición jurídica completa" señala como normas infringidas el artículo 323 del C. P. en armonía con el 247 del C. de P. P. por haberse condenado a su asistido sin la prueba requerida para ello, solicitando que se case la sentencia impugnada y en su lugar se profiera en su favor una de carácter absolutorio.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, examina cada uno de los cargos formulados a la sentencia por errores de apreciación probatoria para concluir que ninguno de ellos está llamado a prosperar porque adolecen de insubsanables fallas de orden técnico en su fundamentación convirtiéndose en personales y subjetivas apreciaciones del actor respecto a la forma como debieron ser apreciados determinados medios de persuasión, opuestas a las lógicas y razonadas argumentaciones del sentenciador, sin que de tal confrontación se evidencia la existencia de los yerros endilgados ni su trascendencia en el fallo acusado.

Consideraciones de la Corte

Siendo palmar que la sentencia impugnada se apoya principalmente en el testimonio acusador del joven Juan Carlos Muñoz al que los falladores de instancia le asignaron significativo valor inculpatorio por considerarlo veraz y sincero y encontrarse respaldado en otros hechos indiciarios, es inconcebible que el recurrente no lo hubiese cuestionado con el necesario rigor dada su importancia probatoria limitándose a tildarlo de sospechoso e interesado, pese a reclamar de la Corte una decisión radicalmente opuesta a la del Tribunal Superior; actitud ilógica que le resta mérito a la demanda pues en el supuesto de que los yerros probatorios endilgados tuvieran comprobación la presencia del testimonio referenciado sería suficiente para que el fallo subsistiera.

Razones de elemental lógica jurídica aconsejan que cuando se acude a la violación indirecta de la ley por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, es menester desestabilizar todos y cada uno de los soportes fácticos de la sentencia acusada si se pretende trocar una condena en absolución o viceversa; exigencia que se hace más imperativa tratándose de prueba indiciaria.

De modo que los errores de hecho planteados en la demanda carecen de la trascendencia o fuerza conclusiva requeridas para ser consideradas en sede de casación por cuanto no gravitan de manera decisiva sobre las pruebas aducidas al proceso mostrando la inocencia del acusado y el consecuente error del fallador.

Pero a más de esta falencia insuperable que da al traste con la pretensión infirmatoria del recurrente, no debe perderse de vista, como anota la Procuraduría Delegada, que las declaraciones vertidas por María Silvia Martínez y su hija María Inés lejos de haber sido excluidas o marginadas del balance probatorio realizado por los falladores de instancia, sí fueron por éstos apreciadas aunque no con los alcances que les atribuye el censor, sino con los que racional y lógicamente emergen de su confrontación con el testimonio de cargo del joven Juan Carlos Muñoz y los demás hechos indicadores con que cuenta el proceso.

Igual cosa sucede con la versión suministrada por la cosindicada Imelda Rojas y los testimonios rendidos por Eulalia Villarreal de Grisales, su hijo Orlando Grisales y el agente de la Sijin Luis Moreno Villacorte, pruebas respecto a las cuales resulta inadmisible, según la Procuraduría, la posición del libelista al fragmentarlas "aceptando con beneficio de inventario sus resultados".

La circunstancia de que Juan Carlos Muñoz hubiese regresado a la casa de Imelda llevando un cuchillo envuelto en una "baluca" no tuvo real comprobación por cuanto la propia Imelda la negó en su indagatoria afirmando haberlo encontrado al día siguiente del crimen en la cama en que estuvo sentado el "Mono" el día anterior (fls. 111 y 112 del expediente).

De las versiones contrapuestas que tratan de explicar lo ocurrido, esto es, las vertidas por los sindicados Juan Carlos Muñoz y Manuel Antonio Saavedra Cancimanci en las que recíprocamente se enrostran la autoría del homicidio, el Juzgado como el Tribunal Superior se inclinaron por la primera, por encontrarla creíble y respaldada en hechos indiciarios como que Saavedra portaba arma blanca la noche de autos, el ocultamiento del arma con que se perpetró el delito por parte de su compañera Imelda Rojas y la huida y avecinamiento en otro departamento con nombre supuesto para impedir su localización y captura; indicios que valorados a la luz de la crítica racional y dada su gravedad y correspondencia llevaron a los sentenciadores a la certidumbre de que Saavedra Cancimanci era el autor del hecho imputado.

La prueba testimonial como la indiciaria no suelen ser objeto fácil de ataque en casación porque en el planteamiento y fundamentación de la censura se corre el riesgo de anteponer a la apreciación del Tribunal la personal y subjetiva del censor respecto a su valoración, sin que de tal disparidad de pareceres pueda surgir un manifiesto y trascendente error de apreciación probatoria.

Por eso no está llamado a prosperar el recurso de casación por la vía indirecta, cuando el recurrente, como en el presente caso, acude únicamente a su personal y subjetiva apreciación testimonial o indiciaria, opuesta a la de los falladores de instancia, máxime cuando éstos abundan en referencias sumariales y sus fallos, considerados como una unidad jurídica inescindible por encontrarse identificados en cuanto a sus motivaciones y conclusiones, vienen precedidos de la doble presunción de acierto y legalidad.

El error de hecho recae exclusivamente sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona, por lo que es extraño a la errónea interpretación de pruebas como el testimonio o los indicios sujetos a la libre valoración del juzgador.

Por lo dicho, no prospera la acusación.

Decisión

En mérito 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 Manuel Antonio Suavedra Cancimanci 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, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

TERMINO / DEMANDA DE CASACION

En el evento de una solicitud de permiso elevada por un acusado para concurrir a un despacho judicial, la Sala explicó que su solicitud y consecuente definición no interrumpe el término de traslado pues violaría lo dispuesto en el artículo 175 del C. de P. P., constituyendo ello insubsanable anomalía toda vez que: "los términos son un imperativo legal (artículos 179 y ss. del C. de P. P.), y por consiguiente su suspensión y prórroga se ciñen a expresos motivos que esa codificación contempla y a la decisión del Juez: no es facultad secretarial manejarlos inconsulta y arbitrariamente, ni admisible proceder del profesional del derecho que representa la parte respecto de la que se surten, acogerse a una aleatación del subalterno en tal sentido. Las normas de procedimiento son de orden público y su aplicación y observancia obligatoria para todos los sujetos procesales, que están obligados a conocerlas./Darle vía libre a que cualquier situación o petición permita suspender los términos sería prohijar la proliferación de pedimentos cuyo fin bien podría buscar la dilación del lapso estricto señalado por la ley, con la mira de habilitar un apoderado o permitirle un tiempo adicional para presentar la demanda, o simplemente conseguir sumar el tiempo necesario para que se produzca por prescripción la extinción de la acción penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8478.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 61.

Santafé de Bogotá. D. C., julio quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Sería el caso de decidir sobre si las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Ricardo Fierro y William Uribe Mejía, reúnen los requisitos formales de ley.

Corresponde a la Corte hacer la declaración de rigor.

Antecedentes

Luego de realizarse las notificaciones pertinentes a la sentencia de septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992) e interponerse por parte de los sentenciados el recurso de casación, la Secretaría del Tribunal Nacional señala que a partir del diecinueve (19) de noviembre comienzan a correr los términos de treinta (30) días para presentar las respectivas demandas.

El veinticinco (25) de noviembre, el defensor de Ricardo Fierro Zamora renunció al mandato conferido. Este hecho llevó a la Sala de Decisión del Tribunal a conminar al procesado para que designara un representante judicial, interrumpiéndose los términos, los cuales -dijo- continuarán corriendo una vez el procesado haga la manifestación pertinente.

El cuatro (4) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993), la asesora jurídica de la Cárcel Nacional Modelo informó que el procesado Fierro solicitaba de la Corporación el nombramiento de un abogado para elaborar la respectiva demanda. El siete (7) de enero la Colegiatura ordenó oficiar a la Defensoría del Pueblo para cumplir con el encargo del recluso, con resultados positivos hasta el dieciséis (16) del mismo mes cuando el ente nombró a una profesional del derecho para cumplir con la tarea encomendada. Los términos siguen interrumpidos hasta tanto se reconozca su personería. La secretaría dejó constancia que se reanudaban los términos el primero (1°) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), presentándose el libelo el ocho (8) de marzo.

Como tampoco se le había reconocido personería al defensor nombrado por el otro procesado Uribe Mejía, se procedió a realizar la diligencia de rigor, dejando constancia la Secretaría de la Corporación que en lo atinente a este encartado, el término de los treinta (30) días comenzaba a correr el diecisiete (17) de marzo, presentando el escrito sustentatorio el tres (3) de mayo. No está demás anotar que también aquí los términos se suspendieron "...en espera de que se le reconozca personería al doctor Jaime Vélez Jiménez para luego empezar a correr el término legal" del doce (12) al diecisiete (17) de marzo.

La Corte

1. En pasadas oportunidades la Sala -con repetitivas advertencias- ha reiterado sobre la perentoriedad de los términos y, en lo que tiene que ver con el traslado al recurrente de casación para que presente la demanda explicó que contraviene la normatividad el interrumpir el lapso impuesto por una disposición legal so pretexto de evacuar problemas inherentes a los sujetos procesales.

Así, por ejemplo, en el evento de una solicitud de permiso elevada por un acusado para concurrir a un despacho judicial, la Sala explicó que su solicitud y consecuente definición no interrumpen el término de traslado pues violaría lo dispuesto en el artículo 175 del C. de P. P., constituyendo ello insubsanable anomalía toda vez que: "los términos son un imperativo legal (artículos 179 y ss. del C. de P. P.), y por consiguiente su suspensión y prórroga se ciñen a expresos motivos que esa codificación contempla y a la decisión del Juez: no es facultad secretarial manejarlos inconsulta y arbitrariamente, ni admisible proceder del profesional del derecho que representa la parte respecto de la que se surten,

acogerse a una atestación del subalterno en tal sentido. Las normas de procedimiento son de orden público y su aplicación y observancia, obligatoria para todos los sujetos procesales, que están obligados a conocerlas". (Auto de marzo 2 de 1993, M.P. Doctor Dídimo Páez). De igual manera, en otro supuesto expuso "...que hubo una equivocación en el cómputo de los términos, pues de éste se descontaron los días que el expediente permaneció en el despacho del Magistrado sustanciador para reconocerle personería al Doctor (...); siendo que ese evento no representa una causa legal de interrupción o suspensión de términos, menos aún cuando, por expresa disposición del artículo 231 del Decreto 2700 de 1991, ni siquiera las solicitudes de libertad interrumpen los términos en el recurso de casación". (Auto de marzo 3 de 1993, M. P. Doctor Edgar Saavedra).

La razón es vigorosa. Darle vía libre a que cualquier situación o petición permita suspender los términos sería prohijar la proliferación de pedimentos cuyo fin bien podría buscar la dilación del lapso estricto señalado por la ley, con la mira de habilitar un apoderado o permitirle un tiempo adicional para presentar la demanda, o simplemente conseguir sumar el tiempo necesario para que se produzca por prescripción la extinción de la acción penal.

2. En el suceso de ahora, como se reseñó en precedencia, el traslado para el primer recurrente comenzó el diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992). De haber transcurrido sin interrupciones su vencimiento habría acaecido el siguiente cinco (5) de enero. Sin embargo, el veinticinco (25) de noviembre presentó renuncia de su cargo el defensor del procesado, aceptándose por el Magistrado ponente al día siguiente.

Para dilucidar si era menester la suspensión de términos, por fuerza debe acudirse a la sistemática procedimental civil que, en su artículo 69, inciso 4º, prescribe: "La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales...".

En el presente caso, sólo hasta noviembre treinta (30) se envió un telegrama al procesado para notificarlo de la renuncia de su defensor. De consiguiente, teniendo en cuenta los cinco días hábiles que señala la ley, únicamente hasta diciembre siete (7), a las seis de la tarde, se dio por finalizado el poder conferido. Hasta este día, por tanto, los términos seguían su curso normal.

De lo anterior se desprende que en diciembre nueve (9) dejó el procesado de tener asistencia legal y, por ende, quedó imposibilitado de defender sus derechos en sede de casación puesto que el profesional a quien le encomendó sus intereses, en los trece (13) días transcurridos, no presentó el libelo sustentatorio del recurso extraordinario.

Procedía el requerimiento consiguiente para que nombrara un nuevo apoderado, lapso en el cual es obvio que habían de interrumpirse los términos por la carencia de servicios profesionales en que se encontraba. Dadas sus carencias económicas, hubo de acudirse a la Defensoría del Pueblo, quien el quince (15) de enero designó la apoderada que debía continuar con la labor casacional de rigor. El veinte (20) de enero la profesional se hizo presente, reconociéndosele personería dos días después, enterándosele de su aceptación por oficio fechado el veintisiete (27) de enero.

Si se atiende la constancia secretarial de reanudación de términos, la fecha a tener en cuenta para reanudar el conteo es la del primero (1º) de febrero. Los diecisiete (17) días que restaban culminaron, por tanto, el veintitrés (23) del mismo mes, a las seis (6) de la tarde. No obstante, la apoderada de oficio presentó su libelo hasta el ocho (8) de marzo. Su extemporaneidad, es evidente.

3. En lo que se refiere al segundo libelo, el que defiende los intereses del procesado William Uribe Mejía, por mayoría la Sala consideró que se había presentado en tiempo. Entonces, como quiera que cumple con los requisitos formales exigidos por la normatividad procedimental, se declara ajustado a la ley. En consecuencia, se ha de correr traslado del mismo al señor Procurador Delegado en lo Penal, por el término de veinte (20) días, para que emita su concepto de rigor.

4. 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 caberle al Secretario del Tribunal Nacional por la posible distorsión de los términos judiciales.

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

RESUELVE:

1. *Declarar desierto* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Ricardo Fierro Zamora, por haber sido presentada en forma extemporánea la respectiva demanda que lo sustentaba.

2. *Declarar ajustada* a las exigencias de ley el libelo presentado por el representante judicial de William Uribe Mejía. En consecuencia, córrase el traslado del mismo al señor Procurador Delegado en lo Penal para que emita su concepto de rigor.

3. *Ordenar la compulsación de copias* con destino a las autoridades competentes a fin de que se investigue disciplinariamente al Secretario del Tribunal Nacional, 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, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / REBAJA DE PENA

En virtud de la reglamentación del horario de trabajo efectuada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (antes Dirección General de Prisiones), los Directores de los establecimientos carcelarios del país, deben procurar en lo posible que la totalidad de los reclusos, puedan participar en los programas de trabajo existentes, con el fin de tener igualdad de oportunidades para redimir su pena. /Para que proceda el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, una vez satisfechas las dos terceras partes de la pena impuesta o que pueda corresponder al procesado, habida cuenta de la calificación que debe dársele a su conducta, el Juez podrá siempre otorgarla, siempre que su personalidad, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, le permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8128.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 063.

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

Vistos

Nuevamente solicita el procesado Alexander Cetina Valderrama, quien se halla recluido en la Penitenciaría Nacional de Picaleña, Ibagué, el beneficio de libertad provisional, previsto en el numeral 2° del artículo 425 del Código de Procedimiento Penal, por considerar reunir los requisitos consagrados en el artículo 72 del Código Penal.

Consideraciones de la Corte

En providencia de fecha 21 de abril del corriente año, se le negó al peticionario el beneficio de libertad provisional por no haber acreditado el requisito cuantitativo de la

pena contra la cual interpuso recurso de reposición el que fuera despachado adversamente por la Sala el 18 de mayo siguiente, por considerar la Corte que solamente tenía derecho parcialmente a la redención de pena prevista en el artículo 531 del Código de Procedimiento Penal.

En dicha oportunidad se dijo "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 (artículo 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 proveído ya mencionado".

"Afirma Cetina Valderrama que '...el reconocimiento del tiempo como instructor, solo puede ser tomado como lo está normado en el artículo 531 del C.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, artesanal, técnica y de educación superior, tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de trabajo siempre y cuando haya acreditado las calidades necesarias para ejercer la 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 éstos, 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 un (1) día por cada dos (2) de trabajo o estudio, es decir, por dieciséis (16) horas, contabilizadas en días diferentes sin exceder del máximo allí previsto. Las labores de enseñanza están reguladas por artículo siguiente, razón por la cual, el inciso 4° 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".

Debe la Corte precisar en esta ocasión y con ello se modifica el criterio antes expuesto, que en virtud de la reglamentación del horario de trabajo efectuada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (antes Dirección General de Prisiones), los Directores de los establecimientos carcelarios del país, deben procurar en lo posible, que la totalidad de los reclusos, puedan participar en los programas de trabajo existentes, con el fin de tener igualdad de oportunidades para redimir su pena.

El citado instituto en ejercicio de las facultades que le otorga el Código Carcelario (artículo 42, literales d), i) del Decreto 1817 de 1964), procedió a establecer los horarios para que los reclusos en todos los establecimientos carcelarios del país, puedan beneficiarse de las rebajas de pena por trabajo, estudio o enseñanza, desde luego, sujetándose a los mandatos del actual estatuto procesal penal.

Así mismo, los instructores o educadores, sólo podrán laborar las cuatro (4) horas diarias a que se refiere la Directiva Administrativa ya mencionada, pero si los directores de cárcel les permiten excederlas, el juez o funcionario que sea competente para el reconocimiento provisional o definitivo de la redención de pena, deberá proceder a tener en cuenta el tiempo efectivamente trabajado por el recluso, pero ordenará se investigue al director que contravenga la circular ya referida.

Lo anterior, a fin de que los instructores o educadores en las diferentes áreas a que se refiere el artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, puedan realizar efectivamente dicha labor, para lo cual, no admite duda que jornadas de ocho (8) horas al día resultarían inapropiadas para el desempeño adecuado de tan delicada actividad. Ello no impide que en establecimientos carcelarios de numerosa población reclusa, exista déficit de personal docente, su director solicite autorización al Instituto Nacional Penitenciario

y Carcelario, para que los instructores puedan laborar por un tiempo superior a las cuatro (4) horas diarias a que se refiere la directiva administrativa mencionada o a que en casos excepcionales por causas justificadas (traslado, libertad, enfermedad o incapacidad de otros instructores, etc.), mediante resolución motivada, se permita a quien esté en capacidad de sustituirlos, extender su actividad laboral sin exceder del límite de ocho (8) horas diarias, mientras se designa su reemplazo, con el único fin de garantizar a los alumnos su continuidad de sus estudios que les permita igualmente redimir su sanción.

En consecuencia, a Celina Valderrama se le tendrán en cuenta ocho (8) horas diarias desde el momento de su detención por este asunto, hasta el mes de marzo del corriente año, con exclusión de los días sábados, domingos y festivos, por no existir constancia expresa de haberlos laborado. A partir del mes de abril ningún certificado se le ha expedido que le permita una redención de pena superior.

El peticionario fue condenado por el Juzgado 1º 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.

Celina Valderrama se halla privado de su libertad desde el 12 de mayo de 1992, fecha en la cual el Juzgado 4º Penal del Circuito de Ibagué, le concedió el beneficio de libertad, por pena cumplida, dentro del proceso que se le 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, catorce (14) meses y tres (3) días.

Por trabajo como instructor de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, se le tiene en cuenta 1644 horas que le representan una redención de pena equivalente a seis (6) meses y veinticinco (25) días, para un acumulado de veinte (20) meses y veintiocho (28) días, superiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta en las instancias, con lo cual, acredita el requisito cuantitativo de la sanción a que se refiere el artículo 72 del Código Penal.

Se halla igualmente acreditada su buena conducta dentro del establecimiento carcelario, pero su personalidad impide a la Corte acceder al beneficiario que se invoca.

En efecto: para que proceda el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, una vez satisfechas las dos terceras partes de la pena impuesta o que pueda corresponder al procesado, habida cuenta de la calificación que deba dársele a su conducta, el Juez podrá otorgarla, siempre que su personalidad, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, le permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Como ya quedó consignado en precedencia la sanción impuesta en este proceso empezó a descontarla Celina Valderrama el 12 de mayo de 1992, cuando fue puesta a disposición por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué (fl. 492), despacho judicial que lo condenó como infractor a la Ley 30 de 1986, mediante sentencia

debidamente ejecutoriada que al tenor de lo preceptuado en el artículo 248 de la Constitución Nacional, constituye antecedente para todos los efectos legales.

Es el propio peticionario quien en diligencia de indagatoria da cuenta de haber sido beneficiado con indulto dentro del proceso que por los delitos de rebelión y porte ilegal de armas, se le siguió ante el Juzgado 101 Penal Militar de la Sexta Brigada de la ciudad de Ibagué, por el año de 1984 a 85, vale decir, que con posterioridad a la gracia concedida, su comportamiento le llevó a ser vinculado a investigaciones penales por hechos punibles que finalmente concluyeron con fallos condenatorios, es decir, su personalidad se muestra con alto grado de inclinación a la delincuencia que impiden a la Sala el otorgamiento del beneficio invocado, no obstante su buena conducta observada en el centro de reclusión ya que, se reitera, su persistencia en la comisión de hechos delictivos luego de ser indultado, demuestran una personalidad contraria a la filosofía del Instituto a que nos venimos refiriendo, que hace necesario el cumplimiento total de la sanción impuesta.

Consecuente con lo anotado en párrafos precedentes, se enviará copia de esta providencia y de los certificados de trabajo expedidos por la Penitenciaría Nacional de Ibagué "Picaleña" a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, pues no obstante las instrucciones impartidas por antigua Dirección General de Prisiones en su Circular 129 de fecha 26 de noviembre de 1992, a Celina Valderrama se le ha permitido exceder el tiempo allí fijado como máximo para desempeñarse en la actividad de instructor.

Así mismo, se enviará copia de esta providencia al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, al Director de la Policía Nacional y al Ministerio de Defensa Nacional, a fin de ser puesta en conocimiento de los Directores de los establecimientos carcelarios bajo su control.

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

RESUELVE:

1. *Negar* al procesado Alexander Celina Valderrama el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, por las razones consignadas en precedencia.

2. Por la Secretaría de la Sala remítase copia de esta providencia y de los certificados de trabajo a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, para los fines indicados en la parte motiva.

3. Copia de la misma remítase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, al Director d la Policía Nacional y al Ministerio de Defensa Nacional, a fin de ser puesta en conocimiento de los Directores de los establecimientos carcelarios bajo su control.

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 (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE REVISION

Pese a la naturaleza de auto interlocutorio que posee la inadmisión de una acción de revisión, su ámbito es de única instancia por lo que se excluye, obviamente el recurso de apelación ante la Corte.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8510.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 61.

Santafé de Bogotá, D. C., julio quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Decide la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte civil contra la providencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, que decretó la nulidad del auto que admitió el recurso de revisión.

Antecedentes

1. El apoderado de la parte civil presentó un escrito en el que impetra la acción de revisión contra el interlocutorio de catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferido por el Juez Segundo (2º) Penal del Circuito de Santa Marta, dentro del proceso que por invasión de tierras se siguió contra Alonso Ramírez y Jorge Ardila, declarando en su favor la preclusión de la investigación.

El memorialista invoca la causal tercera de revisión, presentando cuatro pruebas que, según sus afirmaciones, no fueron conocidas en el debate procesal y cuya presencia "...constituye a lo menos un indicio grave de la *inserindad* de la prueba a la que dicho funcionario le asignó un exagerado valor probatorio puesto que su conocimiento se presume espurio ante las evidencias nuevas que se presentan y que de consiguiente le restan todo mérito probatorio para lograr los fines criminales para los cuales fue obtenida ...".

2. El ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), el Tribunal Superior de Santa Marta admitió la demanda de revisión y pidió la remisión inmediata del expediente al Juzgado Segundo (2º) Penal Municipal de la localidad. Posteriormen-

te, el veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), la Sala abrió a pruebas la acción de revisión, recibiendo una copiosa petición de su promotor, amén de allegar una variada prueba documental.

3. El cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), la Sala de Decisión del Tribunal decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de ocho (8) de octubre del año próximo pasado, disponiendo, en consecuencia, inadmitir el libelo de revisión.

La Providencia Impugnada

Comienza por recordar el artículo 235 del C. de P. P. señalando que los requisitos para admitir una demanda que propone la acción de revisión deben formularse correctamente conteniendo las especificaciones relacionadas en el artículo 234 y alegando las decisiones de primera y segunda instancias proferidas en la actuación cuyo reexamen se solicita.

Sin embargo, considera que estos requisitos no son los únicos. Además, el escrito ha de poder adecuarse a cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 232 del C. de P. P., por lo que una imposibilidad de hacerlo amerita decretar la nulidad de lo actuado por violación del debido proceso". A continuación recuerda el carácter eminentemente público de la revisión, "pero deducir de él y de la indiscriminada relación de los titulares de la acción de revisión que trae el artículo 233 que hasta para la procedencia y prosperidad de ésta, con la adecuada demostración de la injusticia del procedimiento recurrido, es desconocer la particular naturaleza de cada una de las causales enunciadas en el artículo 232".

Por ello considera que "...de dichas causales tan sólo la 4ª y la 5ª son viables en los casos de cesación de procedimiento, de preclusión de la investigación y de sentencia, sea condenatoria o absolutoria. Las restantes, en cambio, sólo operan respecto de las sentencias condenatorias". En seguida acomete el tema de la legitimidad del peticionario, advirtiendo que si bien el artículo 233 incluye entre los titulares de la acción, sin limitación alguna, a la parte civil, "...ésta carece de interés legítimo para recurrir en revisión cuando la sentencia es absolutoria (salvo si lo hace con fundamento en las causales 4ª y 5ª) dado que en virtud de la anotada finalidad de la acción de revisión ésta sólo opera con relación al aspecto penal de las sentencias y no con respecto a los aspectos civiles de ella ni a los relativos a la tasación de la pena".

Concluye, entonces, que "...es absurdo adelantar, inoficiosamente, el procedimiento del recurso de revisión, hasta concluirlo con el fallo negativo sabido e inevitable, no obstante la plena satisfacción de los requisitos formales de que depende su admisión". Por consiguiente, "...débese decretar la nulidad de la actuación y reponerla mediante la inadmisión de procedibilidad de ella en ausencia de los cuales el trámite del recurso se adelanta con violación del debido proceso", ya que la demanda se basa en la causal tercera y la Parte Civil no tiene interés jurídico para demandar esta acción especialísima.

La Corte

En ocasión anterior la Sala había aclarado con suficiencia, que pese a la naturaleza de auto interlocutorio que posee la inadmisión de una acción de revisión, su ámbito es

de única instancia por lo que se excluye, obviamente el recurso de apelación ante la Corte. Con la cita de rigor se refrescan las ideas expuestas en aquella oportunidad:

"1. Según el artículo 16 de la normatividad procesal vigente "toda providencia interlocutoria, podrá ser apelada, salvo las excepciones legales". Ello nos indica -por regla general- que las providencias que resuelvan cuestiones de fondo en la actividad judicial, podrán ser examinadas por el superior, salvo que la ley disponga lo contrario. Es lo que sucede con el auto que niega la acción de revisión. Por voluntad del legislador se otorgó para su conocimiento una competencia única, según el proceso de que se trate. Si de su regencia estuvo encargado un Juez del respectivo Distrito Judicial, conocerá el Tribunal correspondiente. En cambio, si se tratare de sentencia ejecutoriada dictada en única o segunda instancia por la Corte, por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito, el conocimiento de dicha acción corresponderá a esta Colegiatura.

2. Se habla de competencia única porque ni en el artículo 68 ni el artículo 70 del estatuto procedimental, se establece una segunda instancia para examinar la decisión tomada. Confirma lo anterior, el citado artículo 68 cuando, en su numeral 3°, le asigna a la Corte el conocimiento, únicamente, "del recurso de hecho cuando se deniegue el recurso de casación". Queda excluido por tanto, el auto por el cual, los Tribunales de Distrito, inadmitan la acción de revisión.

3. Esta restricción no hace otra cosa que responder a la regla general que gobierna esta acción especialísima. Recuérdese que la providencia que decide si el proceso cuestionado amerita o no la revisión, queda ejecutoriada inmediatamente, sin que haya lugar a interponer apelación contra ella. Con mayor razón, el auto que niega la admisibilidad de la acción misma, (argumento a *fortiori*), ha de sufrir igual suerte.

4. Tal rigor es explicable, pues esta decisión no le cierra las puertas al interesado para acudir en el futuro a los despachos judiciales competentes, en procura de conseguir la revisión deseada del proceso". (Auto de febrero 10 de 1993).

Vistos los anteriores razonamientos, surge indubitable la improcedencia del recurso de apelación interpuesto por el accionante y concedido por el Tribunal. La Sala así lo declarará.

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

RESUELVE:

Declarar la improcedencia del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la providencia del Tribunal Superior de Santa Marta que decretó la nulidad del auto que admitió el recurso de revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

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 I. Cortés Garnica, Secretario.

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / FALSO JUICIO DE CONVICCION

Es imposible admitir que, simultáneamente y bajo un mismo cargo, se combinen indiscriminadamente el falso juicio de legalidad y el de convicción, tan distintos, tan inconciliables que, dándose lo primero, resulta igualmente disparatado considerar una prueba con semejante vicio, y tener que demostrar cómo fue de torcida, inadecuada o distorsionada su apreciación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 6934.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 62. julio 13/93.

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

Vistos

En sentencia de diez y siete de septiembre de mil novecientos noventa y uno, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, se impuso a Francisco René Chavarría Carvajal, como responsable del delito de "homicidio" en Luis Nahum Chavarría Posada, diez (10) años de prisión, así como las accesorias pertinentes.

Se conoce del recurso de casación interpuesto oportunamente, como así lo reconoció el auto de veintiuno de noviembre de 1991. La demanda presentada se declaró ajustada a las formalidades de ley, en proveído de doce de marzo de 1992.

Acontecimientos

De los hechos debe anotarse que Francisco René y Luis Nahum, conocidos desde muchos años atrás, acordaron la explotación de un negocio de maderas, convenio mediante el cual el primero suministraba una determinada suma de dinero (entre cuatro y seis millones de pesos) y el segundo, por su experiencia, realizaba la adquisición y

venta de las mismas, enviando a su otro socio las utilidades pertinentes. No falta quien diga que Francisco René también exigía algún interés por el dinero suministrado. Pasado un tiempo, el sentenciado decidió exigir la devolución de su plata sin obtenerlo, principalmente porque ese cometido comercial no resultó tan próspero como en un principio se pensó que podía serlo, y también por las condiciones personales de penuria del occiso, quien nunca negó la existencia del compromiso, aunque no aceptaba el monto que aquél exigía, pues durante el tiempo en que se ocupó de esta actividad abonó parte del dinero y remitió no pocas cantidades de ésta a título de utilidades. Francisco René, no aceptó ni las explicaciones ni los plazos solicitados para llegar a un entendimiento, señalando por el contrario un apremiante término, del cual no se podía pasar sin asumir las consecuencias, que por la índole de manifestaciones anteriores, reiteradas y dirigidas tanto a su socio, como a la esposa y a la madre de éste y a terceros, sólo podían interpretarse como un daño grave e irreparable a su existencia. A tanto se extremaron que, Luis Nahum dijo a su esposa que de sucederle algo únicamente podía cargarse ello a Francisco René, pues aquél ni tenía enemistades ni asuntos de negocios con otras personas que pudieran dar ocasión a un atentado contra su vida.

El veintinueve de agosto de 1989, Luis Nahum quedó en su casa en las horas de la mañana, pues su esposa se ausentó a realizar algunas diligencias. Salir el a y aparecer un desconocido, en posesión de un arma de fuego, todo fue uno, como también la acción homicida perpetrada contra aquél.

Actuación Procesal

Así la puntualiza la Delegada Tercera en lo Penal.

"El levantamiento del cadáver fue practicado por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal, quien se desplazó al lugar de los acontecimientos. Posteriormente el Juez Tercero de Instrucción Criminal ordenó iniciar la indagación preliminar correspondiente.

"Con auto del veintiocho de agosto de mil novecientos ochenta y nueve declaró abierta la investigación y en ella ordenó vincular formalmente al procesado para luego de recabar varios testimonios y por auto del treinta y uno de agosto siguiente envió a la jurisdicción de orden público la investigación, al estimar que con el delito de homicidio era conexo el de amenazas.

"El Juzgado Primero de Orden Público de Florencia continuó con la investigación, para lo cual ordenó la práctica de múltiples medios de prueba, entre ellos, la diligencia de indagatoria del encargado a quien se le resolvió su situación jurídica con proveído del veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

"El mérito del sumario recibió calificación mediante auto del treinta de julio de mil novecientos noventa con resolución de acusación para Francisco René Chavarro Carvajal por el delito de homicidio, providencia en la que también se le revocó la suspensión de la detención preventiva.

"Pasó el expediente al Juzgado Segundo Superior, quien le provocó colisión de competencias al Juzgado Primero de Orden Público; al desatarse el conflicto, el primero abrió el juicio a pruebas con auto del seis de diciembre de mil novecientos noventa, y

una vez vencido el término anterior, se practicaron varias diligencias y se celebró en debida forma la audiencia pública, profiriendo luego la sentencia con los resultados conocidos.

"Apelado el fallo de primer grado, al desatarse el recurso concluyó con la confirmación de la condena en sentencia que ahora es motivo de este recurso".

La demanda

Se acude a la causal primera del artículo 226 del C. de P. P., al considerar la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, por *error de derecho* en la valoración de la prueba, *estimación legal defectuosa que produce falsos juicios de legalidad y de convicción*. Cursiva de la Corte.

Ya en este ámbito, el recurrente se da a la tarea de desvirtuar la prueba que la sentencia recogiera como indicios, para desvirtuarla y deducir que sobre la misma es imposible fundar una sentencia de condena.

a) Del relacionado con el no pago de la deuda, se afirma que "no se encuentra debidamente probado, como lo exige el artículo 304 del C. de P. P.".

Con apoyo en los testimonios de Marleny Silva Díaz y Ana Rita Posada, advierte la realidad de abonos al capital suministrado y el reconocimiento de la acreencia, aspectos que llevan a indicar "que el evento del *no pago* condicionante de la amenaza no se dio por parte del deudor, estamos en presencia de hechos infirmantes o contraindicios. Del texto citado anteriormente de la testigo Marleny Silva Díaz, se observa que no estaba en condiciones demostrativas de precisar un saldo concreto de la deuda.

"Considero que hay un error en la apreciación de la prueba indiciaria en mención, que sirve de fundamento para establecer la culpabilidad del procesado por violación de la norma probatoria prevista en el artículo 304 del C. de P. P. que preceptúa que el hecho indicador debe estar debidamente probado, presentándose una estimación legal defectuosa de esa prueba indiciaria, al incurrir el juzgador en un falso juicio de legalidad y de convicción con respecto al indicio que no reúne los requisitos exigidos por el artículo 304 del C. de P. P. con respecto a la plena prueba del hecho indicador. El juicio de convicción del Juzgador de Responsabilidad Penal del procesado como culpable de determinador de homicidio es falso, porque le da el valor que no le corresponde a la prueba indiciaria en mención y existe un nexo necesario de causalidad entre ese error y la parte resolutiva de la sentencia, porque tal hecho indicador hace aparecer al procesado como partícipe del homicidio en la modalidad de determinador y es fundamento básico de la sentencia condenatoria recurrida en casación";

b) De otro, la presencia de Chavarría Carvajal, días antes en Florencia, también repite su no comprobación, pues el procesado dijo haber estado en las ciudades de Cali y Andalucía, con Misael García, punto que no fue verificado como manda la ley. Se destaca, entonces, que la circunstancia comentada no tiene el carácter de indicio grave "porque la representación de tal prueba falla en su evaluación presentándose un error de derecho por falso juicio de legalidad y de convicción para otorgarle mérito probatorio";

c) De la llamada de Francisco René Chavarría, a Jorge Murcia, al día siguiente de los hechos, en la cual confesó su participación y hasta ofreció extender el atentado a los

que se estaban doliendo de esa muerte, todo ello sabido por Ana Rita Posada, afirma su disvalor por no haberse recepcionado el testimonio de Murcia, de quien nadie dio razón en la dirección suministrada por la declarante. Esto le conduce a establecer un "juicio de convicción... falso en cuanto a su legalidad".

d) Las indecisiones y contradicciones del procesado, las ubica en la declaración que obra a fls. 74 a 77, la cual estima " ilegal, inconstitucional" porque fue recibida bajo juramento.

Respuesta de la Sala y Opinión de la Delegada

1. Las solas transcripciones del escrito de censura, pone de resalto su antitecnicismo, tan notorio y fundamental que dan al traste con la pretensión, viéndose la Corte impedida para detenerse, con profundo miramiento, en el análisis de la argumentación ofrecida.

En efecto, es imposible admitir que, simultáneamente y bajo un mismo cargo, se combinen indiscriminadamente el falso juicio de legalidad y el de convicción, tan distintos, tan inconciliables que, dándose lo primero, resulta igualmente disparatado considerar una prueba con semejante vicio y tener que demostrar cómo fue de torcida, inadecuada o distorsionada su apreciación. Por eso la Delegada recalca que "no es posible manifestar al mismo tiempo y sobre una misma prueba que se le dio valor diferente al fijado en la ley y que se proponga su ilegalidad, dado que se parte de presupuestos excluyentes (formas antagónicas del error). Planteado así revela su incapacidad para escoger una u otra vía, o su desconocimiento de la lógica del extraordinario recurso que la Corte no puede entrar a remediar ni puede tampoco escoger en sustitución del libelista la que resulte adecuada a una particular interpretación de la demanda, toda vez que el pretenderlo llevaría a conculcar el principio de limitación".

2. Cuando el recurrente advierte falso juicio de legalidad y de convicción, está acogiéndose a las dos formas en que suele tratarse el error de derecho, o sea, negarle validez a prueba legalmente producida u otorgarle este mérito a la que no se aviene con el rito de aducción (lo atinente a la legalidad); o restarle el valor otorgado por la ley o atribuirle una que no le corresponde y que aquélla ha establecido (lo pertinente a la convicción). Y lo que de por sí ya denota un amplísimo abanico de hipótesis, que no se unifican sino que atienden a aspectos de esencia bien diversos, se ve agravado cuando en unos apartes se niega que el hecho indicador esté demostrado y a renglón seguido se cuestione que de éste no se podía extraer la consecuencia responsabilizadora fijada por el juzgador.

Y aquí es necesario acentuar más el desacierto del impugnador, pues tas reflexiones que al respecto señala no pueden evidenciar más improcedencia. Cierto, porque de aceptarse lo de los abonos al capital que Francisco René suministrara para el negocio de maderas, o el reconocimiento que su socio hiciera de ese aporte, no puede seguirse que la reintegración que exigía el procesado, en la cuantía que él señalaba, se hubiera cumplido, ni menos que alguien por admitir la existencia de un compromiso ya deba tenérsele como que lo satisfizo totalmente. El propósito del sentenciado (mandar "pelar" matar- a Luis Nahum), expresado a diestra y siniestra y con el mayor de los desenfados, se concicionaba a la devolución de lo que él quería que se le reintegrara. Esto, que constituye una verdad inamovible en el expediente, nunca lo obtuvo. De ahí la realidad

de la inferencia indiciaria, que no se desvirtúa porque el censor con opinión muy personal crea ahora que la "deuda" se canceló y por tanto ya no había razón para amenazar o para interpretar como tal las palabras o escritos que Francisco René continuó dirigiendo. Demostrado, entonces, la impertinencia del contraargumento del casacionista, subsiste en *integrum* la deducción asumida por el Tribunal, sin dar lugar a que éste sea sustituido por el juicio que en contrario presenta al recurrente, apoyado en una forma muy peculiar de pensamiento.

3. Y otro tanto debe decirse del indicio de presencia, consistente en que una semana antes de los hechos, Yadira Silva Díaz pudo ver a Chavarría Carvajal en Florencia. El Tribunal, por las circunstancias de esta aparición tan sobrepticia, tomó esta circunstancia como últimos apresto del procesado para cumplir con el anunciado y propalado ultimátum de segar la vida de Luis Nahum. Pero el memorialista, circunscribiéndose a análisis que él unilateralmente compone y ensaya, contraarguye que "en ningún momento la declarante relaciona al procesado con el autor de los hechos, simplemente afirma que él iba solo en un taxi, pero en modo alguno cita nexo o comunicación con el desconocido criminal".

De haber ocurrido esto último se tendría otro indicio, o la más cabal y completa representación de esta prueba. El que no lo haya hecho, porque no sucedió, no repercute en desmentir lo realmente percibido y cuya interpretación como indicio de presencia cumplió el Tribunal sin desbordar, ni desconocer lo que las reglas probatorias informan al respecto. Que el censor minimice y hasta excluya del grupo de esta clase de pruebas el punto analizado, es fácil dialéctica que no exhibe al fallador como incurso en un falso juicio de convicción, aunque no se sepa ni se determine, por quien está obligado a hacerlo, su exacta ubicación.

4. Ni el Juzgado Segundo Superior, ni el Tribunal de Florencia, que por la forma como están concebidos sus fallos deben unificarse a los efectos de la censura en casación, limitaron lo de las «inexactitudes, reticencias, contradicciones, etc. del procesado a la actuación que concretamente determina la demanda. No, lo más saliente del tema está concentrado en las actuaciones de injurada, sobre las cuales nada se puede decir de legalidad o inconstitucionalidad. La objeción deja, entonces, incuesta la circunstancia incriminadora, pues donde ésta adquiere y traduce entidad es diligenciamiento incuestado.

No deja de ser pertinente transcribir lo siguiente:

El de primera instancia escribió: "El procesado ha mentido cada vez que se le dio la oportunidad de hablar, primero afirmó que nunca tuvo siquiera una leve discusión con la víctima por el dinero que le debía, porque era honrado y honesto, pues lo conocía de tiempo atrás, y porque además, sólo le debía una irrisoria suma de $50.000.00.

"Ello, es desde todo punto de vista, inexacto y mentiroso, porque si es así como él lo afirma, entonces cuando el occiso empeñó la cadena, y le entregó los $80.000.00 quería decir, que ya nada le debía. Afirmó además que jamás le envió telegrama alguno, pero acepta si ello, en la diligencia de audiencia pública, la carta, dice no enviarla, pero la defensa arguye todo lo contrario. El dinero que le debía era alrededor de $3.000.000.00 y sólo aduce ser $80.000.00. Tuvo una discusión en presencia de Marleny Silva, pero no lo tradujo como amenaza, sino como un requerimiento caballeresco. Mintió cuando le otorgaron la libertad provisional por enfermedad, y dio una dirección inexistente al

Despacho, tal como se puede observar a fls. 192 c.p. De igual manera afirma en diligencia de indagatoria fl. 81, que su subsistencia dependía de una cuenta que tiene en Davivienda en Ibagué que al ser solicitada su confirmación, a fl. 142 se informa que no posee cuenta alguna.

"Miente al afirmar que su apellido es Echavarría, cuando es simplemente Chavarría.

"Indicio indirecto y remoto de la mala justificación. Este indicio consiste en la explicación dada por el procesado que no se ajusta a la verdad, el encausado falta a la verdad o por falta de verosimilitud. Es hecho y fundamento de inferencia, el de quien obra correctamente puede en todo momento explicar en forma clara su conducta".

Y el de segunda anotó:

"No haber explicado suficientemente las causas que originaron su reclusión en el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, días después de sucedidos los hechos, aunque se dice se debió a un intento de suicidio del inculpado, sin embargo la prueba resulta endeble.

"Las indecisiones y contrariedades resultantes en que incurre el procesado Chavarría Carvajal en las *diversas* oportunidades que se le dio en *descargos*.

"El hecho de haber desfigurado su caligrafía cuando se le recibió inicialmente la prueba manuscrita.

"El haber variado su primer apellido, puesto que cuando fue capturado dijo llamarse Francisco René Echavarría Carvajal, mientras que en su documento de identificación su primer apellido es Chavarría". -Cursivas fuera de texto-.

5. Cambiando lo que debe cambiarse, resulta pertinente repetir todo lo anotado para enfrentar lo relacionado con la manifestación que se le atribuye a Chavarría Carvajal, a Jorge Murcia, y que Ana Rita Posada revela. Que no haya aparecido Murcia, que la declarante se haya equivocado de dirección del sitio de vivienda de éste o los moradores de la que indicara al respecto no hayan querido colaborar con la justicia, por más de un motivo explicable pero no excusable, es situación que no puede devenir en deterioro de lo reconocido probatoriamente por el Tribunal, ni menos desestimar las inferencias que sobre el particular hiciera, máxime cuando la valoración indiciaria se ajustó, particularmente en lo de su estimación integrada, a lo que era pertinente atender.

6. Por último, destácase el acierto del siguiente juicio de la Delegada:

"Si pretendía atacar la prueba indiciaria, el casacionista equivocó la vía para la censura de este medio de convicción por el error de derecho, dado que ha sido reiterado por la Corte, que cuando se impugna este medio de prueba, se debe recurrir al error de hecho... El demandante debió, entonces, dirigir el ataque por el error de hecho por falso juicio de identidad, si pretendía derrumbar los indicios de responsabilidad que aduce en el libelo casacional, pues le era indispensable demostrar que el sentenciador tergiversó la prueba en su sentido, haciéndola mostrar lo que fenoménicamente no expresa, llevándolo a incursionar por el ámbito del error de hecho".

El cargo se desecha.

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, mencionado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres F., Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (no firmó), *Jorge E. Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA

1. Alegaciones relacionadas con la benignidad que suele adjudicarse a la participación del jurado de conciencia, demuestran no tanto la justicia *per se* 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 veredicción que se cree será siempre más compasiva y generosa, incluida la absolución. Lo cual no siempre resulta en dirección tal, ni puede demostrarse eficientemente la ocurrencia fatal de ese fenómeno, al menos cuando el jurado se ve intervenido en su autonomía y libertad. /2. La Constitución Nacional vigente, en su artículo 116, prohibió, salvedad hecha de 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 -artículo 74 del Código de Procedimiento Penal-, indispensables a la forma de juzgamiento prevista en los artículos 458 y ss. *ibidem*, a abstenerse de cumplir con ese cometido, para no contrariar la normatividad constitucional ya mencionada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7738.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 63.

Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

El fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, fechado el treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa, mediante el cual se condenó a Pablo Francisco Pérez Cabrera, por un delito de homicidio en Manuel Gustavo Chacón Sarmiento, ha sido recurrido en casación. Admitida la impugnación (junio 19/92) y la demanda presentada a tal efecto (septiembre 9/92), procede la Sala a resolver ese recurso.

Hechos

Sucedieron éstos en la ciudad de Bucaramanga, cuando Chacón Sarmiento, dirigente de la USO, luego de separarse de Luis Eduardo Galindo, se dirigía al Banco de los Trabajadores, para atender una gestión relacionada con trabajador perteneciente a su asociación sindical. Al momento de detenerse en un puesto de revistas, momentáneamente, fue víctima de repentino ataque con arma de fuego, mortal agresión realizada desde una camioneta que llegó al mismo sitio. Aunque varias personas formaron el grupo homicida, la investigación principal sólo logró determinar a Pérez Cabrera. Los demás implicados siguen sujetos a la correspondiente averiguación.

Actuación Procedimental

El proceso corrió a cargo del Juzgado Sexto de Instrucción Criminal, funcionario que, en breve término (uno, tres meses y medio) pero de intensa labor, calificó las probanzas con un llamamiento a juicio para Pérez Cabrera, por un delito de homicidio agravado, en coautoría (junio 9/88). El Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga, al conocer de la apelación, confirmó (septiembre 12/88) ese vocatorio a juicio, excluyendo lo de la "sevicia" y manteniendo lo referente a la circunstancia señalada en el artículo 324-7 del C. Penal.

Al regresar el expediente al Juzgado Noveno Superior del Distrito Judicial últimamente citado, éste profirió el auto de control de legalidad, abrió el juicio a pruebas, practicó lo referente a éstas y, no obstante haberse sorteado jurado de conciencia y por razón del cambio de la legislación procedimental penal, prescindió del mismo y efectuó la audiencia pública de rigor, habiendo rechazado en forma negativa una petición de nulidad formulada con motivo de esa variación en la forma del juzgamiento, decisión que también confirmara el Tribunal.

Por razón de haber prosperado un cambio de radicación, el Juzgado 18 Superior de Santafé de Bogotá, continuó y concluyó el iniciado debate público y emitió la sentencia de condena, en la cual fijó una pena privativa de la libertad, para Pérez Cabrera, de veintidós (22) años de prisión, y también su interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez años y suspensión de la patria potestad por término de quince años. El Tribunal modificó la sanción, indicando que "la verdadera pena principal que corresponde a Pablo Francisco Pérez Cabrera, en su carácter de coautor del referido delito, es la de dieciséis (16) años de prisión, cuyo lapso también debe comprender las penas accesorias, en cuyo sentido se modificarán los ordinales primero, segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia". Fallo recurrido únicamente por el procesado.

Conviene advertir, además, que una colisión de competencia entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá y el Tribunal de Orden Público (denominación de la época, hoy Tribunal Nacional), fue dirimida por el Tribunal Disciplinario (diciembre 10/91), adjudicando el conocimiento del expediente al primero de los mencionados organismos judiciales.

La Demanda

Se formula un único cargo, vale decir, el de advertir que el fallo pronunciado se cumplió en actuación viciada de nulidad "al violar el debido proceso, específicamente

al dejar de aplicar la favorabilidad de la ley penal más benigna al procesado, artículo 29 C. N., artículo 305, numeral 2, artículo 1, artículo 5 C. P. P.".

En la demostración pertinente se concreta lo referente a la exclusión del jurado de conciencia. El escrito anota: "El 10 de octubre de 1989, se da comienzo por el Juzgado Noveno Superior de Barrancabermeja, a la diligencia de audiencia pública contra el señor Pablo Francisco Pérez Cabrera como presunto coautor del punible de homicidio agravado, la cual se convocó conforme a lo estatuido por el artículo 36 del Decreto 1861 de 1989, toda vez que para la fecha en que entró en vigencia dicho Decreto no se había dado comienzo al acto de audiencia pública.

"Así las cosas, se citó audiencia pública sin intervención de jurado de conciencia... Resulta sin embargo, claro que el desconocer el principio de favorabilidad, por aplicación ultractiva de la ley penal, al caso en concreto, se incurrió en vicio de nulidad legal y supralegal. Si bien es cierto que el artículo 36 del Decreto 1881 de 1989, lo fue de carácter transitorio, a más de ser norma procedimental de orden público y de aplicación inmediata, también lo es, que es una norma de efectos sustanciales, la cual por ende debe conjugarse a lo establecido por el artículo 5º del C. P. P., Decreto 050 de 1987 principio rector de favorabilidad que expresa 'la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pero lo que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará desde que entre a regir'.

"Aunque la Corte Suprema de Justicia sentó jurisprudencia en el sentido que la valoración de la prueba con un juez, docto en materia jurídica, constituye mayor garantía de acierto en el juzgamiento de la aplicación e interpretación de la ley, y del obrar del acusado, no se puede por ende concluir con una apreciación, que raya con la tradición democrática del jurado de conciencia en nuestro país; que es más sabio fallar en derecho, que en conciencia, pues precisamente para el evento que el veredicto del jurado de conciencia sea contraevidente a las pruebas, así se puede declarar por el Juez de Derecho, que es el mecanismo idóneo que la ley confiere al Juez de Derecho, para que ejerza adecuadamente la función de aplicar justicia.

"De manera que la aplicación del artículo 36 del Decreto 1861 de 1989, desconociendo que al procesado le era menos favorable el juzgamiento con intervención del jurado de conciencia, pues su caso ameritaba por la manera como se desarrolló, ser analizado por los ciudadanos con sentido común, contribuyó a que se violentara el debido proceso y por ende a que se conculcara el Derecho de Defensa.

"La creación y aplicación del artículo 36 del Decreto 1861 de 1989, no es más que el producto de un Estado de corte totalitarista de una política institucional que da al traste con los principios del Derecho Penal Democrático y culpabilista que rigen a nuestro país".

Estimación de la Sala y de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal

En múltiples ocasiones, y así lo recuerda la propia demandante, la Corte ha enfrentado una alegación de esta índole y siempre, aunque por decisión de mayoría, ha concluido en rechazarla. La cuestión, por seguir planteada en los mismos términos,

merece una respuesta de suyo muy conocida. En esta ocasión, se reproducirá el concepto del Ministerio Público, que abunda en razones de múltiple naturaleza y de significativo mérito. Y, de otro lado, se reproducirá el más reciente de los pronunciamientos de la Sala, sobre dicho aspecto, con ponencia de quien ahora sirve igual cometido en esta sentencia de casación.

La Delegada ha Expresado

"Para esta representación del Ministerio Público no puede afirmarse, sin embargo, que por la supresión de la institución del jurado de conciencia por efectos de una ley que derogó las normas relativas a él, se puede concluir, que el juzgamiento adelantado con estricto apego a las nuevas regulaciones procesales quebrante el precepto constitucional enunciado, pues el cambio legislativo lo que hizo fue instituir, antes de que se diera comienzo a la audiencia pública, un nuevo tribunal que se encargara de juzgar los comportamientos delictuales que antes eran presentados ante el jurado popular. De esta forma, si el jurado no había adquirido capacidad de pronunciarse sobre la conducta objeto del proceso -que por entonces se la otorgaba el comienzo de la audiencia-, era legal y constitucional el juzgamiento confiado a los jueces de derecho, pues este nuevo aspecto del procedimiento no se dictó con caracteres de excepcionalidad y discriminación, sino como nueva preceptiva aplicable dentro de la legislación ordinaria y compatible tanto con la forma de estado definida en la Constitución Nacional por entonces vigente, como con el respeto de las garantías debidas a los ciudadanos.

"Por otra parte, aun admitiendo que la institución del tribunal popular comportara beneficios para el encausado, lo que en sí es bastante discutible, porque, tanto le favorece una decisión absolutoria tomada en conciencia como le perjudica una condenatoria que tenga la misma base, no es válida la invocación del principio de favorabilidad en la medida en que las disposiciones que regulaban la intervención del *iurí* no tienen en realidad un contenido de la ley sustancial, sino que disponen simplemente la competencia de juzgamiento para unos delitos que antes eran conocidos por la institución que se comenta.

"El debido proceso tampoco resulta afectado con la modificación procesal, en tanto que, previamente definido el Tribunal, éste se sujetó perfectamente a las regulaciones que imponían su ejercicio sin vulnerar intereses de los sujetos procesales ni las formas previstas para el adelantamiento de la causa.

"Dice así el artículo 43 de la Ley 153 de 1887: 'La ley preexistente prefiere a la ley *ex post facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que dé lugar al juicio. *Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos pero no a aquéllas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40*'. (Cursivas fuera de texto).

"A su turno, el artículo 40 de la citada ley, dispone: Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

"Resulta claro, entonces, que si el jurado de conciencia era, en estricto sentido, un tribunal encargado de juzgamiento, su abolición previa a la diligencia en que el mismo se hace en un caso específico, no quebranta la norma constitucional del juez previamente establecido, ni trasciende su propia naturaleza para constituirse en norma sustancial que deba aplicarse con criterios de favorabilidad. Es un Tribunal y nada más.

"La entidad del jurado era la anotada: constituía un tribunal encargado de juzgar delitos y como tal, susceptible de ser variado siempre que la dirección de la política criminal lo precise, a condición de que su modificación o supresión respete los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Si era un tribunal, bien puede suprimirse y asignar su competencia a otro, en cuyo caso este último adquirirá plenamente la facultad de juzgamiento, en términos del artículo 43 de la Ley 153 de 1887 ya citada.

"Un juzgador, entendido como organismo del Estado encargado de la decisión judicial, no es más favorable que otro; su actividad, reglada estrictamente sobre los cometidos de la justicia, impone que al decir el derecho lo haga dentro de los parámetros estrictos. Nada de favorabilidad sustancial puede desprenderse de esta actividad.

"Así entendidas las cosas, entonces, forzoso es concluir que carece de razón la demandante y por consiguiente el cargo no ha de prosperar".

La Corte

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 éstas 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, evento 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, certera 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 se* 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 veredicción que se cree será siempre más compasiva y generosa, incluida la absolución. Lo cual no siempre resulta en dirección tal, ni puede demostrarse eficientemente la ocurrencia fatal de ese fenómeno, al menos cuando el jurado no se ve intervenido en su autonomía y libertad. Porque, así duela reconocerlo, la praxis judicial de los últimos tiempos, ha logrado evidenciar que tan benévolo 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 democrático 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 viciada 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 -artículo 74 del Código de Procedimiento Penal-, indispensables a la forma de juzgamiento prevista en los artículos 458 y ss. *ibidem*, a abstenerse de cumplir con ese cometido, para no contrariar la normatividad constitucional ya mencionada. M. P. Gustavo Gómez Velásquez. Casación de Serafín Sánchez. Expediente 7037.

De otro lado, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 74 y 66, en lo pertinente a jurado de derecho, del C. de P. P. Sentencia número 226 junio 17/93. M. P. Fabio Morón.

La censura no prospera.

La Delegada adiciona su concepto recomendando a la Sala la casación del fallo de manera parcial, para corregir el desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 31 de la C. Nacional, en aspecto relacionado con las penas accesorias. Y, el punto, ciertamente no se presta a mayores divagaciones ni enunciados. Es muy simple en su planteamiento y muy categórico en su solución.

En efecto, el fallo de la primera instancia fue recurrido de manera insular por el sentenciado. Lo que quiere decir que no era susceptible de ser llevado a extremos mayores de los señalados en ese grado inferior. El Tribunal estaba autorizado para introducir la intensa disminución de pena privativa de la libertad que decretara. Pero olvidó, en cuanto a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y lo referente a la patria potestad, que éstas no podían superar los límites temporales establecidos por el *a quo*. Todo lo que al respecto se determinó en forma superior, tiene que atraer, en casación, así sea de manera oficiosa, la pertinente enmienda, en guarda del citado canon constitucional.

Así se hará. En consecuencia, en este punto, la decisión de primera instancia revivirá en su pleno efecto.

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

RESUELVE:

1. *No casar* el fallo, indicado ya en su fecha, origen y contenido, en cuanto éste estableció una pena privativa de la libertad, para Pablo Francisco Pérez Cabrera, de dieciséis (16) años de prisión.

2. *Casar parcialmente* dicha sentencia, en cuanto a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad, las cuales tendrán una duración, respectivamente, de diez (10) y quince (15) años, una vez cumplido el término señalado para la prisión.

En lo demás rige el fallo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres F., Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (no firmó), *Jorge E. Valencia M.*

Rafael Cortes Garnica, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación es una medida excepcional que puede variar las normas generales sobre la competencia por el factor territorial y por ello sólo puede fundamentarse en evidentes e inevitables motivos que lleven a la clara conclusión, de que en el lugar no existen condiciones propicias y adecuadas para decidir con independencia e imparcialidad un determinado asunto, o que corra grave peligro la vida o la integridad del acusado. Si la misma ley consagra correctivos especiales que deben ser adoptados por el Juez, para remediar problemas, como la alteración del desarrollo de la diligencia, (retirar del recinto a quienes alteren el desarrollo de la diligencia y si lo considera conveniente, el arresto inconmutable hasta por cuarenta y ocho horas, decisión sobre la cual no procede recurso alguno), a ellos debe acudirse, para que la justicia se pueda administrar sin asomos de interferencias extrañas que puedan afectar su rectitud y eficacia. En estas condiciones, la medida extrema del cambio de radicación, no es procedente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número: 8551.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 62 - julio 13/93.

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

Vistos

El abogado defensor de Arnulfo Oñate Suárez, solicita a la Corte el Cambio de Radicación, a otro Distrito Judicial, del proceso que por los delitos de homicidio en Lacides de Luque Brito y Olga Cabarca Luque, se adelanta contra su asistido en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha, del Distrito Judicial del mismo nombre.

La Sala resolverá de plano, previas estas breves consideraciones:

Antecedentes

Es necesario recordar ante todo, que el proceso se hallaba en la etapa de audiencia pública y en ella el abogado defensor, al momento de concedérsele el uso de la palabra, solicitó el aplazamiento de la diligencia alegando quebrantos de salud, lo cual no fue del agrado de las señoras Onoris de Luque y Eda de Luque, hermana de una de las víctimas, quienes exteriorizaron su inconformidad increpando al Juez por haber accedido a las solicitudes del abogado. Además, asevera el defensor haber sido injuriado de palabra por dichas señoras, dentro del salón de audiencia y luego en la vía pública, todo por estar ejercitando la defensa del homicida del hermano de dichas señoras.

Con base en estos hechos, el memorialista fundamenta su solicitud del siguiente modo:

a) "...en el caso *sub examine*, el adecuado y pleno ejercicio de mis derechos como Defensor, se han visto seriamente vulnerados, por la escandalosa intervención en la Sala de Jurados, de los familiares, parientes y allentes (sic) del occiso Alcides de Luque, señora Onoris de Luque y Eda de Luque y otras para mí desconocidas, quienes en forma por demás grosera y altanera se enfrentaron violenta y verbalmente al juez de la causa, por haber resuelto suspender la vista pública. Tan vehemente fue la intervención de dichas señoras acolitadas por una parte del público, que el señor Juez que presidía la vista pública, se vio obligado a solicitar el concurso de la Policía para retirarlas sin éxito, del recinto. Se fueron cuando les dio la real gana...";

b) "...No sólo el propio recinto de la audiencia en donde el Fiscal y el Agente del Ministerio Público hicieron mutis por el foro, en defensa mía (que de ellos no la necesito) sino del señor Juez, sino al salir del Palacio de Justicia, fui víctima de denuestos y agresiones verbales, a la vista de la impávida Policía, que fiel a ciertas consignas, no se meten en los asuntos personales de los guajiros. Así las cosas, el debate público, devino en una escuela de incivilidad, que el honorable Tribunal no puede cohonestar, permitiendo que se repitan los hechos vandálicos atrás relatados...";

c) "...Por otra parte, la conducta agresiva de las señoras hermanas del interfecto y el escándalo público que alteró la tradicional tranquilidad del llamado Palacio de Justicia, ha creado la singular situación de no ser dicho Palacio el medio Judicial donde debe seguirse el juzgamiento de Arnulfo Oñate Suárez, expuesto incluso pese a la presencia inocua de la Policía, a los riesgos de una agresión, ya que resulta relativamente fácil para una mujer, llevar en su cuerpo, que no se le requisa, un arma de fuego y disparar sobre o contra su humanidad...".

Concluye, expresando el peticionario, que estos acontecimientos entraban el normal desenvolvimiento de la audiencia pública, enrarecen el clima de seguridad, serenidad y de tranquilidad que debe ser la nota característica de la controversia judicial. De ahí su reclamo para un cambio de radicación del proceso a Distrito Judicial diferente.

Como elementos de juicio para respaldar sus aseveraciones, presentó el abogado defensor los testimonios de Victoria Suárez y Víctor Rutto Martínez, quienes dan fe de los insultos que recibiera el defensor, dentro y fuera del salón de audiencias.

Se Considera

Como bien lo recuerda el memorialista, con cita de jurisprudencia de esta Corporación, el cambio de radicación es una medida excepcional que puede variar las normas generales sobre competencia por el factor territorial y por ello sólo puede fundamentarse en evidentes e inevitables motivos que lleven a la clara conclusión, de que en el lugar no existen condiciones propicias y adecuadas para decidir con independencia e imparcialidad un determinado asunto o que corra grave peligro la vida o la integridad del acusado.

Por ello, sólo puede acudirse a esta medida extrema, cuando en el lugar del juzgamiento no existan medios adecuados para corregir las irregularidades o circunstancias anómalas que en determinado momento puedan atentar contra las garantías procesales y la rectitud del juzgamiento.

Las irregularidades circunstancias que alega el peticionario como el incidente ocurrido en la audiencia pública y fuera de ella, desafortunadamente de frecuente ocurrencia en los estrados judiciales, dados los encontrados intereses en conflicto, sólo denotan que el señor Juez del conocimiento no ha ejercitado a cabalidad hasta el momento las funciones y facultades que le otorga la ley.

El legislador previó, que circunstancias como las examinadas, podían presentarse en la celebración de las audiencias públicas, y por eso en el artículo 453 del C. de P. P. otorgó para subsanarlas, amplios poderes al Juez como director del debate, para "*...retirar del recinto a quienes alteren el desarrollo de la diligencia y si lo considera conveniente, el arresto inconmutable hasta por cuarenta y ocho horas, decisión contra la cual no procede recurso alguno...*". (Cursivas de la Sala).

Por ello, la solución al caso que nos ocupa, no es la de huir del lugar donde este problema se presenta, para trasladarlo a otro Distrito Judicial, donde también podrían asistir los familiares de la víctima, sino insistir y recabar ante el señor Juez de la causa, por un estricto cumplimiento del deber, para que estos bochornosos espectáculos que atentan contra las garantías del procesado y el respeto debido a la administración de justicia, no se repitan, acudiendo ante las más altas autoridades del Departamento para que le presten toda la colaboración a que están obligadas por voluntad de la ley, ejercitando las facultades de que disfruta en su sagrada misión de administrar justicia.

En estas condiciones, si la misma ley consagrada correctivos especiales que deben ser adoptados por el Juez, para remediar problemas como los aquí examinados, a ellos debe acudirse, para que la justicia se pueda administrar sin asomos de interferencias extrañas que puedan afectar su rectitud y eficacia. En estas condiciones, la medida extrema del cambio de radicación, no es procedente en el caso de estudio.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, niega el cambio de radicación de la presente causa solicitado por el abogado defensor del procesado Arnulfo Onate Suárez.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Gurnica, Secretario.

RECUSACION

"Frente al nuevo procedimiento de la recusación es claro que cuando el Magistrado recusado no acepta la recusación, la decisión de sus compañeros de Sala lo obliga y ahí termina el asunto, sin que la Corte tenga intervención alguna, ya que no existe norma que le otorgue la competencia para ello, ni la decisión es susceptible de recurso alguno" (art. 117).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Recusación número 8576.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 93 (julio 15/93).

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

Vistos

Se procede a resolver lo pertinente a la viabilidad de la recusación formulada por la doctora Rubiela Marín Orozco de Rayo, procesada por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documentos, contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga integrado por los Magistrados Luis Fernando Tocora López, Enrique Varón Bustamante y Carlos Hernando Escobar Melo, la cual, éstos rechazaron.

Antecedentes

Dentro del término establecido por el artículo 446 del Decreto 2700 de 1991, que se inició el 15 de enero de 1993 y debía concluir el 25 de febrero siguiente, la procesada y recién capturada doctora Rubiela Marín Orozco dirigió al Tribunal Superior de Buga un escrito en el cual solicitó se decretara de plano su libertad incondicional, previa la declaratoria de las nulidades originadas en la instrucción y aún no resueltas.

El mencionado término se vio interrumpido por la proposición de dos incidentes de recusación, el primero de los cuales no prosperó; en consecuencia, el traslado de 30 días (art. 446 C.P.P.) se reanudó del 17 de mayo y hasta el 2 de junio, además en la

primera de tales fechas también se fijó día para la celebración de la audiencia de terminación anticipada del proceso, solicitada por la procesada.

El 19 de mayo del año en curso, el Magistrado sustanciador manifestó que en vista de que la petición de libertad formulada por la implicada dependía de las nulidades que ella misma invocaba, postergaba esa decisión hasta cuando vencieran los términos establecidos en los artículos 446 y 447 del C. de P. P.

El mismo día 19 de mayo, la inculpada envió escrito para pedir el cambio de radicación del proceso.

El 25 de mayo de 1993, llegó a la Secretaría del Tribunal Superior de Buga otro memorial de la encausada, en el cual exigía que en el término de 36 horas, conforme lo dispone el artículo 30 de la Constitución Nacional, se decretara su libertad incondicional e inmediata, por cuanto ella se creía ilegalmente privada de la libertad, conforme a los argumentos que invariablemente ha sostenido en desarrollo de la actuación.

Además de otras actuaciones, el 31 de mayo se inició la audiencia de terminación anticipada del proceso, que fue suspendida.

El 2 de junio, finalmente, la Sala resolvió negativamente las peticiones de la enjuiciada, pues no encontró motivo para decretar la nulidad y por ende denegó la solicitud de libertad.

La Recusación

Mediante escrito que la Secretaría del Tribunal Superior de Buga recibió el pasado 7 de junio, procedente de la cárcel del lugar, la encausada Rubiela Marín Orozco de Rayo, inicialmente pide "a manera de invitación" a los integrantes de la Sala que conoce de este proceso, que determinen la procedencia de declararse impedidos para seguir conociendo de aquél, por haber surgido la causal de impedimento del numeral 7 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Más adelante la peticionaria manifiesta que formalmente recusa a los funcionarios en referencia con fundamento en la misma causal, por cuanto dejaron vencer el término de 36 horas consagrado en el artículo 30 de la Constitución Nacional para resolver la petición de libertad que ella les enviara, y que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 454 del C. de P. P., no podían diferir, sino que debían resolver de inmediato. Agrega que dejaron vencer el término al decidir que debían permitir que transcurrieran 30 días hábiles y que al advertir el error empezaron a decidir la solicitud, pero ya en ese momento tenían el interés de ocultar y justificar la omisión, y se dedicaron a hacer una apología de las irregularidades para "justificarse y encubrirse".

En opinión de la incidentante todo lo anterior se traduce en una inhabilidad para decidir con objetividad, imparcialidad e independencia.

La Sala de conocimiento rechazó la existencia de la causal de recusación invocada, argumentando fundamentalmente que no se había estructurado ninguna causal de nulidad y que tampoco se había dejado vencer término alguno. En consecuencia dispuso remitir el expediente a esta Corporación para que se decidiera la cuestión.

Consideraciones

No obstante que la Sala había conocido de recusaciones anteriores, tramitadas en condiciones semejantes a las de esta que ahora es objeto de estudio, es de advertir que desde su pronunciamiento del pasado 29 de junio, del cual fuera ponente el Magistrado Guillermo Duque Ruiz, se plasmó el análisis de las disposiciones que en esta materia trae el Decreto 2700 de 1991, las cuales modificaron el trámite de las recusaciones que se formulan contra los Magistrados de Tribunal, cuando el recusado no acepta la existencia de la causal, pues los artículos 140 y 112 del Decreto 050 de 1987 estatuían que cuando un Magistrado no aceptaba la recusación formulada en su contra, debía enviar el proceso a la Corte para que resolviera el incidente.

Hoy en día, -arts. 106 y 109 C. P. P.- se dispone que "si la recusación versa sobre Magistrado y el recusado no la acepture, *decidirán los restantes Magistrados de la Sala*".

Al interpretar esta norma en la oportunidad en referencia se advirtió:

"Y no se piense que esta previsión legislativa hace referencia solo a los Magistrados de la Corte, porque si así fuera, lógicamente que el legislador habría aquí también hecho lo mejor, conservado, porque el anterior estatuto procesal la consagraba -art. 112, inciso 2°) la distinción que hizo en tratándose de impedimento (art. 106).

"Frente a este nuevo procedimiento, es claro que cuando el Magistrado recusado no acepta la recusación, la decisión de sus compañeros de sala lo obliga y ahí termina el asunto, sin que la Corte tenga intervención alguna, ya que no existe norma que le otorgue competencia para ello, ni la decisión es susceptible de recurso alguno (art. 117).

"Aunque pudiera pensarse que se garantizarían mejor los derechos del recusante, si la decisión última sobre la recusación de un Magistrado de Tribunal no aceptada por éste la tomara la Corte y no los demás integrantes de la Sala, como lo disponía el anterior estatuto procesal, es lo cierto que tampoco puede pasar desapercibido el empeño del legislador para impedir que esta institución pueda manipularse indebidamente, ya que, de haberse conservado el trámite establecido por el código anterior, al sujeto procesal que tuviera interés en paralizar un proceso, le bastaría con recusar a un magistrado de Tribunal para lograrlo, toda vez que por mandato legal se suspende 'desde cuando se presente la recusación ... hasta que se resuelva definitivamente' (art. 111). Y si en este caso la decisión definitiva correspondiera a la Corte, como sucedía en vigencia del anterior estatuto, la estancación procesal sería notable, por razón de las distancias.

"En tratándose de la recusación de toda la sala de decisión es necesario que el trámite se haga de manera conjunta por los recusados, tal como se prevé expresamente para el caso de impedimento que afecta 'a varios integrantes de la sala' (art. 107), ya que estando todos recusados, ninguno podría entrar a conocer de la recusación de sus compañeros de sala, y en estas circunstancias la competencia para pronunciarse sobre este asunto correspondería a la sala presidida por el magistrado que 'siga en turno'.

"Como en el caso *sub examine* toda la sala de decisión fue recusada, de su manifestación conjunta de no aceptación debe conocer la sala de decisión que le sigue en turno a la que fue objeto de recusación. Y la determinación que esta última tome, pondrá fin al asunto y será vinculante para los integrantes de la Sala recusada".

La situación que surgió en el asunto que ahora se examina es similar, si no igual, al decidido en el proveído anterior, por lo que la Corte se habrá de pronunciar en la misma forma, esto es, sin adoptar determinación alguna de fondo y disponiendo la devolución del expediente al lugar de origen, para que se proceda de conformidad con lo expuesto.

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

RESUELVE:

Abstenerse de conocer de recusación propuesta por la procesada en este asunto, contra la Sala de Decisión del Tribunal de Buga integrada por los Magistrados Luis Fernando Tocora López, Enrique Varón Bustamante y Carlos Hernando Escobar Mejía.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (no firmó *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CASACION OFICIOSA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA

1. Es manifiesto el quebranto del principio de la legalidad de las penas y el derecho al debido proceso, cuando se desconoce el artículo 44 del Código Penal, que sólo permite la interdicción de derechos y funciones públicas hasta un máximo de 10 años. /2. Se revocará en los términos que señalan los artículos 228 y 229 numeral 1º del C. de P. P., la pena accesoria de "suspensión de la patria potestad" por ser violatoria del derecho de defensa ínsito en el debido proceso, al carecer de motivación alguna su imposición en las instancias.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7747.

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 064.

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

Vistos

Cumplido el rito legal, conoce la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia proferida el 7 de abril de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante la cual, con modificaciones a la de primera instancia se condena a Aleides José Quemba Valenzuela a la pena principal de 12 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual, así como a la de suspensión de la patria potestad, como autor responsable de los delitos de homicidio en la persona de Alfonso María León y lesiones personales en Ana Rosa León.

Hechos y Actuación Procesal

En la vereda "Jurubita" de la comprensión municipal de Siachoque, el 17 de febrero de 1991, Aleides José Quemba Valenzuela protagonizó sangrientos sucesos, consistentes

en herla con arma cortopunzante a su suegra, Ana Rosa León, a su cuñado Carlos Boyacá, a su propia esposa, Flor Angela Boyacá y así mismo, causar la muerte a su otro cuñado, Alfonso María León con la misma arma, todo ello cuando acudió a la casa de sus parientes políticos en búsqueda de su cónyuge, que por desavenencias propias del matrimonio se había marchado del hogar y estaba viviendo donde sus familiares desde unos días antes.

El Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Tunja abrió el proceso penal, oyó en indagatoria al sindicado -que había sido capturado en lugar diferente al de los hechos-, recopiló abundantes pruebas y calificó el mérito sumarial con resolución acusatoria, imputándole los delitos de homicidio simple y lesiones personales. Es de destacar que aunque la incapacidad definitiva ocasionada con las lesiones fue de 15 días para cada uno de los heridos, a Ana Rosa le quedó como secuela deformidad física de carácter permanente.

Correspondió al Juzgado 5° Superior de Tunja el adelantamiento del juicio y proferir la sentencia de primera instancia, en la que, atribuyéndole el concurso delictual del homicidio con los tres de lesiones personales le dosificó de conformidad la sanción penal y la obligación indemnizatoria. Este fallo fue modificado parcialmente con reducciones cuantitativas en las penas principal y accesoria y en los destinatarios de la reparación civil, en consideración a que dos de los delitos de lesiones por virtud de la Ley 23 de 1991 pasaron a ser competencia de las autoridades de policía, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, en la sentencia que ha sido recurrida extraordinariamente en casación (fls.1 y ss., 17, 31, 52, 134, 167, y ss. 225, 215, 237 y ss. cd. ppl.1 y cd.Tr.).

La Demanda

En sentir del profesional recurrente el fallo de segundo grado se emitió en proceso viciado de nulidad, por conculcamiento del derecho de defensa del acusado. Atribuye esta situación al hecho de no haber los jueces correspondientes, investigado a la par de los aspectos desfavorables, los favorables, pues se abstuvieron de dar atención a las lesiones de que fue objeto su poderdante, a manos de aquéllos a quienes se consideró sus víctimas, no obstante que esas agresiones fueron verificadas por el juez ante quien rindió indagatoria y por los agentes que lo capturaron, así como por el reconocimiento médico legal a que fue sometido, tampoco se investigaron las circunstancias de todo orden en que las heridas del inculpado se produjeron; y de igual manera, se afirmó por los juzgadores, éste no podía ser víctima de su parentela política como lo alegó porque ésta al tratarlo y recibirlo mal no había obrado injustificadamente, constituyendo esta apreciación del fallador una mera hipótesis huérfana de sustento real, pues, advierte "aquí lo importante era determinar cómo fue que ocurrieron realmente los hechos" cuándo y a través de quién, de manera que habiéndolo investigado, la calificación jurídica que se le imputó habría sido mucho más benévola en cuanto que si no se llegaba a la justificación, sí por lo menos al reconocimiento de circunstancias atenuantes de la pena. Estima que como a la agresión de que fue objeto su cliente no se le confirió atención judicial, "se quedó sin móvil" y ello explica "el gran esfuerzo para tratar de deducirlo".

La causal de nulidad alegada, es pues indiscutible, y por consiguiente, la sentencia debe casarse, para que invalidada la actuación parcialmente, se ordene su reposición con arreglo a la ley.

Concepto del Ministerio Público y Consideraciones de la Corte

El esmerado estudio que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal realiza de la alegación y su cotejo con la evidencia procesal en orden a la verificación de los reproches que se le formulan a la sentencia del Tribunal deja al descubierto la falta de fundamento de la petición de rompimiento de la decisión y le confiere al funcionario la razón en su sugerencia desestimatoria.

El demandante considera que la investigación no se realizó integralmeate porque un aspecto de decisiva favorabilidad para su cliente dejó de investigarse, como fue el de haber sido el atacado y lesionado por sus parientes políticos, y conjetura que aunque esa circunstancia no alcanzaba el rango de eximente de antijuridicidad, bien hubiera podido tenerse como aminorante de la pena, aunque omite precisar los elementos que la configurarían y su naturaleza jurídica.

Deja pues, apenas insinuada la censura, que expuesta de tal manera, carece de la demostración obligatoria en una alegación como lo que es materia de estudio, pues soslaya nada menos que acreditar la incidencia del adecuado yerro procedimental en el fallo acusado y en el que se reclama de reemplazo. Con acierto el Procurador comenta: "Tímidamente apenas se limita a enunciar que los hechos hubieran sido calificados de manera diferente, aunque si bien no del todo favorables a Querriba Valenzuela como sería la justificación plena de su conducta exonerante de responsabilidad, sí por lo menos -dice- 'obteniéndose la concurrencia de circunstancias atenuantes', sin señalar cuáles, pero que a lo sumo, agrega, se constituirían en 'aminorativas de la pena'".

Pero además, como lo recalca el funcionario cubriendo toda posibilidad anulatoria: "consultada la realidad del fallo, ninguna justificación tendría decretar a esta altura la nulidad de lo actuado (el demandante ni siquiera atina a precisar desde dónde), pues nada habría que investigar acerca de la incuestionabilidad en que apoya el censor el ataque. El mismo procesado, desde (su) indagatoria y posteriormente en audiencia pública señaló a Alfonso León (occiso) como el causante de las lesiones 'en el cuello y detrás del oído derecho...; a mí me hirieron en la casa de los León y fue Alfonso...' (fls. 36 y 216 cd. juzgado). Y aunque si bien en indagatoria también incriminó a doña Ana Rosa León, como quien 'me pegó en la mejilla izquierda con lo plano de un machete, el juzgado instructor no halló evidencia de lesión alguna" (fl.33 cd. C).

Súmase a lo anterior, la inocuidad que para la sentencia hubiera tenido la paralela investigación con los hechos materia de ella, de las lesiones de que habla el censor, pues admitido que el procesado en verdad recibió lesiones de menor importancia -el dictamen posterior a su indagatoria lo revela y a él se refiere el fallo en su folio 13- es lo cierto que para el Tribunal las escoriaciones referidas no tuvieron entidad devaluante de la conducta del incriminado, pues más bien las catalogaron "producto del natural enfrentamiento que debió producirse aquella noche..." (fl. 23 sentencia).

Si pues, el comportamiento del procesado nada tuvo que ver con un circunstancial esfuerzo defensivo frente a sus múltiples víctimas, ni se realizó dentro de circunstancia alguna que lo eximiera de responsabilidad, el reclamo carece de seriedad, y es en verdad excesivo, si se tiene en cuenta la omisión probatoria -esa sí protuberante- del señor juez

instructor, que pasó por alto su deber de verificar todos los aspectos y circunstancias relevantes del delito, uno de los cuales fue el parentesco agravante entre el acusado y los ofendidos, pues desde el comienzo de la investigación se dijo que él estaba casado con Florángela Boyacá León, situación que de haberse establecido con la prueba idónea, habría acarreado para el implicado la acusación y condena por delitos calificados según la circunstancia 1ª del artículo 324 del C. P.

Por último, cabe advertir que el casacionista, sin embargo de sostener su alegación bajo la égida de la causal 3ª por considerar nulo parcialmente el proceso, se da a controvertir el juicio apreciativo del Tribunal en torno al motivo de las lesiones alegadas por su cliente, criticando el que para el fallador ellas fueron la respuesta de los ofendidos, predispuestos como estaban por los maltratos prodigados a su hija y hermana por él dentro de la relación matrimonial, haciendo una indebida transferencia del reclamo, del ámbito de la mentada causal, al de la primera, bajo la cual el juicio valorativo judicial obedece a pautas precisas que también deben observarse si de procurar el éxito de la alegación se trata. También en su reflexión respecto del tema, acierta el Ministerio Público.

Huérfana de solidez como aparece la censura, fuerza es su desestimación.

Observa, sin embargo, oficiosamente la Corte que la condena a la pena accesoria de "suspensión de la patria potestad" no fue motivada en manera alguna por las instancias, debiéndolo hacer en desarrollo del derecho fundamental del debido proceso, sin que pueda aplicarse a dicha sanción el principio de la accesoriedad automática por mandato de la ley (art. 52 C. P.), como sí ocurre para la de interdicción de derechos y funciones públicas, siempre que no rebase el máximo permitido en el artículo 44 del C. P.

El Juzgado Superior una vez dosificó la pena privativa de la libertad, agregó simplemente: "A esta pena accederán la interdicción de derechos y funciones públicas y la pérdida de la patria potestad". No obstante, en la parte resolutiva condenó a la "suspensión". El Tribunal, sin siquiera percatarse de ello, se limitó a impartirle confirmación con el tradicional "Confírmase en todo lo demás", con manifiesto quebranto del principio de la legalidad de las penas y el derecho mencionado, ya que, de una parte, desconoció el artículo 44 del C. P. que sólo permite la interdicción de derechos y funciones públicas hasta un máximo de 10 años; y de otra, su deber era analizar si los hechos incidían directamente en la formación integral de sus menores hijos y en el ejercicio de la patria potestad sobre ellos, de tenerlos.

Se revocará pues, en los términos que señalan los artículos 228 y 229 numeral 1º del C. de P. P., la pena accesoria de "suspensión de la patria potestad" por ser violatoria del derecho de defensa ínsito en el del debido proceso al carecer de motivación alguna su imposición en las instancias; y además, por no ser procedente al no tener relación el hecho en forma directa con los deberes inherentes a la paternidad ni con el mismo, ponerse en peligro la formación moral de los hijos o del que se encontraba por nacer en ese momento -único que se admite en el proceso-. En cuanto a la de interdicción de derechos y funciones públicas se reducirá al máximo permitido por la ley, esto es, a 120 meses. En todo lo demás, el fallo se mantiene.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de acuerdo con 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 suprimir la pena accesoria de "suspensión de la patria potestad" que le fuera impuesta a Alcides José Ocemba Valenzuela y reducirle la de interdicción de derechos y funciones públicas a 120 meses. En lo demás queda sin modificación alguna el fallo impugnado. En firme, vuelva el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael E. Cortés Carrica, Secretario.

SANA CRITICA / DOCUMENTO PUBLICO

1. Hoy día -desde el Código de 1987- no existe una norma que previamente indique al juzgador qué valor le debe dar a cada prueba (tarifa legal), sino que en cambio subsiste la sana crítica o valoración racional y lógica de las pruebas, y olvidando también que entre dos criterios de mera apreciación, prevalece el del fallador, cubierto de la doble presunción de acierto y legalidad. Como toda presunción, pues, el casacionista debe derruirla si pretende que su alegación salga avante, cosa que no se logra con la simple confrontación de puntos de vista./2. Un diploma salido de un colegio o una universidad, hasta ese momento es "medio documento", sin importar la naturaleza privada u oficial del colegio o universidad. Se dice que hasta ahí es un "documento a medias" o "incompleto" porque nada prueba. Se requiere imprescindiblemente llevarlo al Ministerio de Educación (hoy Secretaría de Educación respectiva) para que allí sea radicado y firmado: ahí ya se completa y prueba el título correspondiente. Es decir, que en esas condiciones el Ministerio de Educación participa vinculantemente en la expedición del diploma, haciendo que éste sea por lo tanto un documento público.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7870.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 64.

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

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de junio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó a Carlos Alfonso Núñez Rodríguez a un año de prisión por el delito de falsedad.

Antecedentes

1. El 26 de agosto de 1981, en la ciudad de Girardot, Carlos Alfonso Núñez Rodríguez se posesionó como profesor del Colegio Nacional "Francisco Manzanera Henríquez", ubicado en la citada ciudad.

En 1984 dicho educador pretendió obtener algunas "horas cátedra extras", para lo cual presentó en el nombrado colegio, como requisito para ese fin, una fotocopia de diploma de la Universidad del Tolima, que lo acreditaba como técnico delineante (fls. 5-1).

Así, mediante Resolución 3865 de 24 de abril de 1984, el Ministerio de Educación Nacional lo nombró como "profesor horas extras" en la jornada de la mañana y en el área de Educación Estética.

Sin precisar la fecha, también se estableció que Núñez Rodríguez presentó en el citado colegio un diploma de bachiller que aparece expedido a su nombre por el Colegio Departamental Santander, también de Girardot (fl.17).

Esos dos mencionados diplomas resultaron falsos en su integridad. Es decir, que Núñez Rodríguez no cursó estudios en el Colegio Santander ni en la Universidad del Tolima. Estas falsedades se vinieron a establecer en agosto de 1986, pues en una visita practicada por funcionarios del Ministerio de Educación al nombrado colegio, revisada la documentación respectiva causó extrañeza que teniendo título universitario, Núñez Rodríguez no estuviera dentro del Escalafón Nacional Docente.

2. El 28 de enero de 1987 la doctora Elsa Hernández Mahecha, abogada de la oficina de Investigaciones Disciplinarias de la Sección de Escalafón ante Cundinamarca, presentó la denuncia penal respectiva, y el Juzgado 18 de Instrucción Criminal radicado en Girardot, abrió investigación, escuchó en declaración a Alberto Enrique Barrios Imbett, rector del mencionado colegio, oyó a la quejosa en ampliación de denuncia, ordenó la captura de Núñez Rodríguez y, una vez aprehendido, lo escuchó en indagatoria (fls.45 y ss.), diligencia en la cual negó haber presentado esos documentos.

3. Se dictó auto de detención contra Núñez Rodríguez por el delito de falsedad por uso, previsto en el artículo 222 del Código Penal. Cerrada la investigación, se la calificó con reapertura de la misma (fls. 96 y ss.). Se consideró que si bien estaba plenamente demostrada la tipicidad de las falsedades, había duda acerca de la responsabilidad del sindicado.

Se oyó en ampliación de declaración al rector del colegio, se aportó determinada documentación (fls.104 y ss.) y se clausuró de nuevo el sumario, siendo calificado con resolución acusatoria por el mencionado delito del artículo 222 en mención (fls.139 y ss.). Apelada esa providencia por el defensor del acusado, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó (fls.6 y ss.2). Es de anotar que las falsedades se estimaron cometidas en documento público.

4. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Girardot, celebró audiencia pública el 23 de octubre de 1991 (fls.163 y ss.) y dictó sentencia el 7 de noviembre de dicho año (fls.167 y ss.), por medio de la cual, en consonancia con la acusación, condenó al procesado Núñez Rodríguez a la pena principal de 15 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y le otorgó la condena de ejecución condicional.

Apelada esa sentencia por el defensor del procesado (el hoy casacionista), el Tribunal de Cundinamarca, previa declaración de prescripción en cuanto a la falsedad

del diploma de bachiller (aspecto por el cual cesó procedimiento), redujo la pena a un año de prisión. En lo demás confirmó el fallo (fls.10 y ss.-3).

Contra esa providencia de segunda instancia recurrió en casación el defensor del procesado.

La Demanda

1. Invocando la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el casacionista plantea la nulidad.

Dice que como el procesado no tenía nada que ver en la expedición del diploma de la Universidad del Tolima, "se trataría de falsedad ideológica cometida por particular en documento público, figura que no está tipificada en el Código Penal. A *contrario sensu*, se trataría de una falsedad ideológica en documento privado..." (fl. 27 cuaderno de la Corte).

Agrega que no se sabe si la Universidad del Tolima es de carácter oficial o privado, "luego procesalmente hay que tenerla como establecimiento privado", dice el censor (fl. 29). Añade que si bien el diploma aparece firmado por "el Ministerio de Educación", "se deberá establecer si el documento privado en su formación prístina, pasó a ser documento público sin más ni más". Habla de la autenticidad y dice que un documento privado sigue siendo privado así esté autenticado por un notario. "Así -dice- la acción de dar autenticidad sólo hace fe de la firma puesta a presencia (sic) del funcionario público, y la fe no se extiende más allá a lo que en el cuerpo del documento privado se contenga" (fl. 30).

Argumenta que la sentencia impugnada, para contar la prescripción, parte del 24 de abril de 1984, fecha que está demostrando, sobre la base de que el documento es privado, que el hecho prescribió, pues a junio 11 de 1990, fecha de la ejecutoria de la resolución acusatoria, pasaron más de seis años.

Dice que en esas condiciones, de conformidad con los artículos 80 y 221 del Código Penal, el delito está prescrito y todo lo actuado a partir del 24 de abril de 1990, "padece de nulidad" (fl. 31 infra).

2. Como error de hecho presenta este segundo reproche.

Se dice en la demanda que la "certificación" sobre la falsedad del diploma, escrita al dorso de éste "no ofrece respaldo probatorio alguno acerca de la falsedad del diploma, porque se ignora en el proceso si la Universidad del Tolima, sea persona jurídica pública o persona jurídica de carácter privado. Si fuera lo primero, la certificación valdría por tratarse de funcionario de carácter oficial. Pero como la institución quedó ubicada dentro de la segunda categoría, el señor Secretario don Héctor Villarraga Sarmiento ha debido comparecer al proceso como testigo o al menos a ratificar bajo juramento la llamada 'certificación'" (fls.33 infra y 34).

Se refiere al *in dubio pro reo* y dice que en este caso había duda, y que estos errores manifiestos de hecho "condujeron a dejar de aplicar el artículo 221 del C. P., que habla de la falsedad en documento privado" (fl. 35), e hicieron que "se desconociera el fenómeno de la prescripción de la acción penal".

Considera que los meros oficios expedidos por la Universidad del Tolima, ni la declaración del rector del colegio "Francisco Manzanera Rodríguez", eran aptos para probar la falsedad del diploma, y echa de menos un peritaje al respecto, o una inspección judicial.

3. En este capítulo tercero el casacionista dice que, admitiendo en gracia de discusión, que está demostrada la falsedad en documento público, ataca el fallo sobre la base que hubo error en la apreciación de la prueba. "Si está probado -dice- el uso de documento público por particular, ¿cuál es la fecha exacta de dicho uso? Para concluir que no existe ningún comprobante sobre este extremo, se analizarán las siguientes pruebas, que sirvieron al juzgador para dar por probado el uso" (fl. 36). Se refiere en seguida al diploma, al acta de posesión del procesado y a su captura, a la declaración de Alberto Enrique Barrios Imbett y a la indagatoria del acusado, y señala: "La última parte clara de la fotocopia del diploma de la 'Universidad del Tolima' es la autenticación hecha por el señor Notario de Girardot el día 17 de mayo de 1982. Se pregunta: ¿si se autentica la fotocopia este día qué razón tenía el falsario para guardar el título hasta el año de 1984 y para no proceder a usar el documento días después del 17 de mayo de 1982? (fl. 37, infra).

A renglón seguido argumenta que no se agregaron las planillas de pago de las horas extras trabajadas y que surge la inquietud de las condiciones económicas que atravesaba el procesado, "lo que lo obligó, debido a las presiones del rector, a usar el diploma días después del 17 de mayo de 1982" (fl. 38). Dice que la *suposición* de haberse usado el diploma en mayo de 1981, se hace más creíble con el hecho de que no obra en el proceso la Resolución número 3865 de 24 de abril de 1984, por medio de la cual se nombró al procesado como profesor de horas extras, y entonces -concluye el casacionista- el uso del documento debió ser seguramente en 1982.

Tilda de violados los artículos 246, 247, 254 y 334 del Código de Procedimiento Penal, y concluye: "Todo lo anterior llevó al Tribunal a interpretar erróneamente el artículo 221 del C.P. y condenar (sic) sin estar determinadas las condiciones de *tiempo*... Igualmente se violó el artículo 20 del C. P., que considera realizado el hecho punible 'en el *momento* de la acción'" (fls. 39, cursivas del original).

Estima que la Corte establecerá: a) carácter de la Universidad del Tolima; b) carácter de los empleados de esa Universidad; c) Falta de pruebas en torno a la falsedad documental; d) "Necesidad de reconocer el fenómeno jurídico de la prescripción", y e) "En subsidio, necesidad de absolver por ausencia de pruebas" (fls. 39 y 40).

Concepto de la Delegada

Cargo primero

Al cargo de nulidad responde el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que no procede, pues al ser el documento público, la acción penal no está prescrita.

Dice la Delegada que es un "hecho notorio que la Universidad del Tolima es una entidad pública, de carácter departamental desde el año de 1945, en que se creó mediante Ordenanza (fl. 16), agregando que si bien un documento de esa Universidad no puede

ser expedido sino por empleados oficiales, su creación total falsa, para hacer aparecer que el documento ha sido expedido en las vistas condiciones, es una falsedad documental. Es evidente dice- que la falsedad es, por petición de principio, una apariencia de una prueba legal (bien parcial o totalmente) de donde ha de inferirse que la falsa creación de un documento público, por un particular, se reprime a título de falsedad pública no porque lo sea realmente, sino porque parece serlo o pretende ser en la apariencia externa un documento público... Siendo una imitación de lo verdadero, será claro que la falsedad se determina por lo que el falsario ha querido aparentar en el mundo de las relaciones interpersonales..." (fl. 16).

Dice que en este caso se agregó una fotocopia autenticada del documento (diploma) falso, con la certificación de que Núñez Rodríguez no había estudiado en dicha universidad. Además, estima que obra la declaración del rector del Colegio "Francisco Manzanera Henríquez", Barrios Imbett, en el sentido de que en una hoja de vida que presentó el procesado para entrar a trabajar allí, no decía nada de estudios universitarios, y que es el mismo procesado quien admite no haber estudiado en la Universidad del Tolima.

En cuanto a la fecha de utilización de ese diploma, dice que existe la declaración del mencionado rector, de que el acusado la presentó en 1984 para obtener su nombramiento de profesor de horas extras, por lo cual no se ha operado la prescripción, si se tiene en cuenta que la resolución acusatoria quedó en firme el 11 de junio de 1990, es decir mucho menos de 8 años después de 1984, fecha en la cual se consumó el delito.

Cargo segundo

Dice que esta alegación, hecha bajo el rubro de error de hecho, tiene todas las características de una alegación de instancia, pues el casacionista "ha desatendido las exigencias técnicas, por cuanto se presenta el ataque a la sentencia de segundo grado por violación indirecta, sin señalar la clase de error de hecho, si por falso juicio de existencia por omisión, suposición, o de identidad en la apreciación de las pruebas, estando obligado a ello" (fl. 20).

Agrega la Delegada que el cargo "entremezcla a la censura anunciada inicialmente una temática diversa a la misma, la 'interpretación errónea', motivo propio de la causal primera, sí, pero del cuerpo primero (violación directa de la ley sustancial) a más de que señala la vulneración por interpretación errada de una norma de carácter procesal". Cita una providencia de esta Sala sobre la manera de alegar la duda (6 de mayo de 1992), y deduce que todo se trata de enfrentamiento de criterios entre el censor y el Tribunal, sabiéndose que prevalece el de este último, aparte de que no existe hoy tarifa legal para la valoración de las pruebas. Dice finalmente la Delegada:

"A la larga lista de desaciertos en que incurre el casacionista, se le suma una contradicción, cuando solicita la absolución de su defendido por 'ausencia de pruebas sobre la existencia de la falsedad documental', petición que resulta incompatible al *petitum* de la 'necesidad de reconocer el fenómeno de la prescripción'" (fl. 22).

Es del sentir, pues, que el libelo no procede y en consecuencia la sentencia no debe ser casada.

Se Considera

La Sala, luego de repasar cuidadosamente la impugnación toda, constata que ésta, en el fondo, lo que plantea fundamentalmente es que el diploma de la Universidad del Tolima es documento privado. La nulidad objeto del primer reproche es apenas consecuencia jurídica de ese planteamiento: que por ser el documento de carácter privado, la acción penal estaba prescrita cuando quedó en firma la resolución acusatoria.

Esa la razón (unidad de ataque) para que se torne viable un examen en conjunto del libelo acusador.

No obstante lo dicho, primero es necesario que la Sala efectúe algunas observaciones respecto de algunas fallas técnicas que presenta la censura:

a) No dicen los reparos segundo y tercero de qué clase de error de hecho se trata. Pero ni del desenvolvimiento de esos ataques se puede siquiera inferir (y eso que, en rigor, la demanda de casación no debe dar lugar a meras deducciones o sospechas de lo que se está arguyendo) si es que se reprocha al sentenciador haber ignorado una prueba o varias, o haberlas inventado o tergiversado;

b) En el reproche tercero se dice que existió por parte del sentenciador una mala interpretación del artículo 221 del Código Penal, con lo que el casacionista no sólo se desplaza a la violación directa (no aducida y de fundamentos muy diversos a la violación indirecta que planteó), sino que -más incongruente aún- da por sentado que el Tribunal alojó la conducta en esa norma, cuando fue claro y reiterativo en que era aplicable el inciso primero del artículo 222 del Código Penal;

c) Como señaló la Delegada, todo el libelo en general se reduce a una oposición del criterio del casacionista con el criterio del Tribunal; olvidando el censor que hoy día -desde el código de 1987- no existe una norma que previamente indique al juzgador qué valor le debe dar a cada prueba (tarifa legal), sino que en cambio subsiste la sana crítica o valoración racional y lógica de las pruebas, y olvidando también que entre dos criterios de mera apreciación, prevalece el del fallador, cubierto de la doble *presunción* de acierto y legalidad. Como toda presunción, pues, el casacionista debe derruirla si pretende que su alegación salga avante, cosa que no se logra con la simple confrontación de puntos de vista, que es lo que hace el impugnante;

d) No practicar ciertas pruebas -cargo que también y refundidamente hace el censor- constituiría una nulidad, que no planteó así el actor. Además, tocaríale demostrar que esas pruebas que echa de menos, tendrían la potencialidad de cambiar la parte resolutiva del fallo, lo cual no hace el actor, por supuesto;

e) En un aparte final del tercer cargo, hace el casacionista una argumentación fuera de contexto de toda la demanda y del propia reproche: la situación económica que atravesaba el procesado para la época de los hechos, como queriendo plantear el hecho justificante del estado de necesidad.

Todas esas falencias hacen que, como lo advirtió la Delegada, se esté en presencia de un alegato de mera instancia, y no de un escrito lógico-demostrativo, coherente con la causal invocada y definitorio de una demanda de casación.

Empero, como adujo la nulidad por prescripción, este planteamiento del casacionista será examinado en seguida.

1. *La naturaleza del documento-diploma*

Dice la demanda de casación que no existe prueba de que la Universidad del Tolima sea entidad oficial, y por tanto que no existe prueba de que el diploma aparentemente expedido por ella sea documento público.

La Sala debe decir en primer término que un diploma salido de un colegio o una universidad, hasta ese momento es "medio-documento", sin importar la naturaleza privada u oficial del colegio o la universidad. Se dice que es *hasta ahí* un "documento a medias" o *incompleto* porque nada prueba. Se requiere imprescindiblemente llevarlo al Ministerio de Educación (hoy Secretaría de Educación respectiva) para que sea allí radicado y firmado, ahí ya se completa y prueba el título correspondiente. Es decir que en esas condiciones el Ministerio de Educación participa vinculantemente en la *expedición* del diploma, haciendo que éste sea por tanto un documento público.

En este caso, a consecuencia con lo que se acaba de anotar, el diploma aparentemente expedido por la Universidad del Tolima a Carlos Alfonso Núñez Rodríguez (fls. 5-1), además de ostentar las firmas de funcionarios de la Universidad (decano, rector y secretario general), tiene también una firma a nombre del Ministerio de Educación y la radicación correspondiente. Es decir, que no hay duda de que ese diploma es un documento *público*.

Tampoco se debe pasar por alto la anotación que a este respecto hace la Delegada, en el sentido de que es "un hecho notorio" la calidad de oficial (departamental) de la mencionada Universidad.

2. *El tiempo transcurrido*

En consonancia con lo dicho, al procesado se le condenó como incurso en el inciso primero del artículo 222 del Código Penal, que sanciona con prisión de uno a ocho años a quien *use* documento público falso.

En este caso, tanto en oficio que dirigió al Director General de Administración e Inspección Educativa del Ministerio de Educación (fls. 6 y 7), como en declaraciones juramentadas dentro del proceso (fls. 30 y 104), el rector del colegio "Francisco Manzanera Henríquez", Alberto Enrique Barrios Imbert, sostuvo que la fotocopia de ese diploma, debidamente autenticada, se la presentó el procesado a comienzos de 1984, para obtener un nombramiento como "profesor cátedra" o de horas extras, cargo para el cual fue designado -dice el rector- por el Ministerio de Educación, según resolución 3865 de 24 de abril del mencionado año. Esa época del *uso* debe tenerse por cierta en el proceso, máxime que el casacionista no consigue desvirtuarla con las solas elucubraciones muy personales que realiza sobre el tema.

Como la resolución acusatoria por el mentado punible quedó en firme el 11 de junio de 1990 (fls. 6-2), y el dicho delito prescribe en un tiempo igual al máximo de pena (8 años, art. 80 C. P.), resulta obvio que en el presente caso la falsedad documental imputada no había prescrito para 1990.

No sobra anotar al margen que en el cuerpo del diploma existe una certificación sobre la falsedad *integral* del mismo y que es el propio procesado quien se encarga de refrendar esa certificación, al referar que él no ha estudiado en la Universidad del Tolima (fls. 45 y ss.-1).

No prospera entonces la censura.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

No desconoce la Sala que el actual Código de Procedimiento Penal ha quebrantado en buen grado los tecnicismos que surgían de la ley procesal anterior dentro de una voluntad de facilitar el acceso a la casación y con ella la prevalencia del derecho sustancial, sin embargo, la naturaleza extraordinaria de este medio de impugnación persiste en la necesaria exigencia de formalidades que sin ser excepcionales ni complejas resultan sí coherentes con los fines que de esta sede se persiguen, y que dentro de la operancia del principio de limitación (art. 228 C. de P. P.), imponen como carga al actor cuando menos la expresión clara y separada de las causales invocadas y su desarrollo lógico y preciso, cuya preterminación impide el ingreso a un análisis de fondo que autoriza con el rechazo de la informal demanda la deserción de la impugnación extraordinaria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8394.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 064.

Santafé de Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Determina la Sala si la demanda de casación presentada por el defensor del acusado Ernesto Bolívar Murillo en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá que le condena por el delito de homicidio, cumple con los requisitos de forma que exige la ley para su aceptación y trámite.

La Demanda

1. Inicia el casacionista su demanda con la presentación de los hechos que suscitaron la apertura sumarial, recordando que en la noche del primero de marzo de

1992 se reunieron Efraín Jaque Riaño, Pedro Luis Urrego, Gustavo Guzmán, Excelino Florentino Garzón y otros en el establecimiento de la calle 163 número 35-78 que atendía el acusado con el ánimo de ingerir licor y departir, resultando sorpresivamente lesionado el cliente Jaque Riaño, cuya agresión se atribuyó inicialmente a Fernández Ortiz.

El recuento de la actuación se orienta a sostener a que a Ernesto Bolívar se le vinculó y condenó sin que existiera certeza sobre su participación en los hechos en cuanto se desatendió su excusa y la prueba que la corroboraba, se desestimó su buen comportamiento anterior, la ausencia de móvil, la prueba del guantelete, del examen del arma y de la trayectoria del disparo, circunstancias que asomaban la presencia de dudas sobre la responsabilidad penal del inculpado.

Para concretar el cargo el actor invoca el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (artículo 15 del Decreto 1861 de 1989), atacando el fallo "por violación directa de la ley sustancial con fundamento en manifiesta falta de aplicación del artículo 29 de la Constitución Nacional vigente desde el 4 de julio de 1991, toda vez que la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, como lo son los testimonios de Urrego y Guzmán".

El censor se muestra sorprendido ante la prontitud con que el Tribunal Superior decidió el recurso, y al extender sus críticas al comportamiento del *a quo* precisa que se desconocieron las disposiciones del artículo 258 del Código de Procedimiento Penal para el establecimiento de la verdad, al dejar de confrontar el dicho del sindicado, los informes de la policía y las manifestaciones de los testigos; y en cuanto al Tribunal añade que se omitió la referencia a las pruebas solicitadas por el acusado, violando de manera flagrante "las normas previstas en los artículos 332, 333, 334 y 362 del C. P. P., que obligan al Juzgador investigar tanto lo favorable como lo desfavorable, lo positivo como negativo, atenuantes y agravantes...".

Asevera que al acusado se le condenó sin que existiera la certeza exigida por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, atribuyendo a los medios que indica la violación flagrante de la norma sustancial del debido proceso, pasando en seguida a referirse a la importancia del alcohol en la valoración del testimonio, y al desconocimiento del *in dubio pro reo*, tratando de explicar la naturaleza del artículo 29 superior como norma sustancial, para rematar solicitándole a la Corte la casación de la sentencia para que en su lugar se apliquen los artículos 29 de la Constitución Nacional y primero del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 220 numeral 1º *ibidem*.

Consideraciones de la Corte

Tanto en la enunciación de la censura como en su fundamentación incurre el casacionista en protuberantes e insalvables desaciertos derivados de la falta de claridad y precisión al invocar dentro de un mismo cargo y de manera confusa y contradictoria tanto la violación directa como la indirecta de la ley sustancial, con la invocación simultánea y abstracta de una violación del debido proceso que lejos de concretar parece orientada a suplir la sustentación de la causal de casación originalmente invocada, sin precaver las diferencias entre los errores *in procedendo* e *in iudicando* ni atenerse a las exigencias del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, particularmente en cuanto en éste se exige la indicación clara y precisa de los fundamentos de la causal

invocada, la expresión en capítulos separados de los fundamentos relativos a cada una cuando se invocan varias, y la precaución de plantear los cargos excluyentes de manera separada y subsidiaria.

La suma de defectos formales se inicia desde la enunciación misma de la causal por parte del libelista, porque muy a pesar de las marcadas diferencias que existen entre la violación directa y la indirecta, dice desde el principio atenerse a la primera pero agregando que ella se dio por desconocimiento del artículo 29 de la Constitución Nacional proveniente de "error en la apreciación de determinada prueba, como lo son los testimonios de Urrego y de Guzmán".

Una enunciación tan confusa dentro de la cual se anuncian simultáneamente las dos formas de violación de la ley sustancial, pero además la posible ruptura del esquema fundamental del debido proceso que redundaría no en la solicitud de un fallo sustitutivo, sino en la reposición del trámite viciado, lejos queda de solucionarse en los párrafos que siguen y muchos menos mediante la precisión de un *petitum* consecuente para poder establecer a cual de estas tres opciones se refiere en realidad el demandante, porque al insistir de nuevo en el desarrollo de la censura en que la norma quebrantada fue la constitucional, jamás se dice si la no aplicación se refiere al principio de legalidad del delito, de la sanción o del proceso, al desconocimiento del principio de favorabilidad o de la presunción de inocencia, a la violación del derecho de defensa, de la publicidad del juicio, de la celeridad del trámite y las decisiones, del derecho de allegar y controvertir las pruebas, de impugnación de la sentencia condenatoria o de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, eventos de disímil naturaleza y consecuencias pero contemplados dentro de la misma norma superior, que obligaban tanto la precisión de su enunciación como su debido desarrollo dentro de un ataque en esta sede.

Acentuando la confusión y distanciándose de la anunciada violación directa que implicaba la aceptación de los hechos y del análisis sobre las pruebas contenidos en el fallo que se impugna, el casacionista dedicó buena parte de sus alegaciones a una controversia sobre los medios probatorios sin un punto cardinal determinado, porque a la vez adujo que no se habían incorporado pruebas útiles para la defensa de Bolívar Murillo (sin concretarla ni identificar los resultados que de ellas derivaban), como sostuvo que el Tribunal había apreciado otras (testimonios de Urrego y Guzmán) desconociendo factores importantes dentro de su sopesación para terminar por ignorar la duda que favorecía al acusado, lo que constituye un inadmisible por simultáneo planteamiento de violación directa e indirecta, que hacia el interior de un mismo y único cargo desconoce las exigencias formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, pero además impide a la Corte la identificación exacta de los cargos para intentar de ellos una respuesta adecuada.

No desconoce la Sala que el actual Código de Procedimiento Penal ha quebrantado en buen grado los tecnicismos que surgían de la ley procesal anterior dentro de una voluntad de facilitar el acceso a la casación y con ella la prevalencia del derecho sustancial. Reconociendo, sin embargo, la naturaleza extraordinaria de este medio de impugnación, persiste en la necesaria exigencia de formalidades que sin ser excepcionales ni complejas resultan ser coherentes con los fines que de esta sede se persiguen, y que dentro de la operancia del principio de limitación (art. 228 C. de P. P.), imponen

como carga al actor cuando menos la expresión clara y separada de las causales invocadas y su desarrollo lógico y preciso, cuya preterm isión impide el ingreso a un análisis de fondo que autoriza con el rechazo de la informal demanda la deserción de la impugnación extraordinaria.

Tal es la situación que asuma del imperfecto libelo que se estudia, de donde surge que la decisión presente no habrá de diferir de un rechazo *in limine*.

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 Ernesto Bolívar Murillo, declarando como consecuencia la deserción de la impugnación extraordinaria intentada.

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

Juan Manuel Torres Fresneda. Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó), *Didimo Páez Velandia. Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO

Para dar por acreditados los errores de hecho, no puede bastar tan sólo enunciarlos, y mucho menos el imaginarlos, tarea que de nuevo se intenta desatendiendo la seriedad que esta clase de planteamientos merecen dentro del recurso extraordinario de casación, donde el desquiciamiento del fallo de segunda instancia exige y amerita que el error invocado sea cierto, manifiesto y haberse en él incurrido, la decisión hubiese tenido un contenido diferente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7599.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 064.

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

Vistos

El defensor del acusado Juan Carlos Salazar Cuartas ha interpuesto recurso extraordinario de casación en contra del fallo de segunda instancia proferido el 10 de marzo de 1992 por el Tribunal Superior de Medellín, confirmatorio del proferido por el Juzgado Décimo Superior de la misma ciudad, dejando en firme la condena de diez años de prisión, las accesorias de rigor y la obligación de resarcir los daños ocasionados a los deudos del ofendido que le fuera impuesta al enjuiciado como autor del delito preterintencional agravado de homicidio.

Antecedentes

1. El acusado Juan Carlos Salazar Cuartas había convivido con la joven Liliana Trujillo Mejía con quien llegó a procrear un hijo, rompiendo luego su relación sentimental. Tiempo después entablaría la mujer noviazgo con Diego León Barrientos Estrada, suscitando Juan Carlos una enconada rivalidad con este último, que hizo crisis el 15 de junio de 1990 en zona urbana de Itagüí al sorprenderlo en momentos en que cargaba a su hijo sobre los hombros, emprendiéndola a puntapiés contra Barrientos en tanto hacía un disparo al aire.

Diego León fue a protegerse de su iracundo oponente ingresando a casa de Liliana, mientras su acompañante Oscar Fernando Barrientos le avisaba de los hechos a su progenitor, quien se hizo presente acompañado de otro de sus hijos de nombre también Juan Carlos, a quien golpeó el acusado con el revólver que portaba. El belicoso Salazar Cuartas hizo ademán de retirarse, pero cuando los Barrientos dieron la espalda para hacer lo propio, su oponente hizo varios disparos alcanzando con uno a León Rodrigo Barrientos a quien le ocasionó la muerte.

2. La investigación de los hechos anteriores corrió a cargo del Juzgado 99 de Instrucción Criminal de Itagüí que definió primero la situación provisional del imputado a quien tuvo que emplazar y declarar ausente, mediante detención por los delitos de homicidio y lesiones personales, precalificación que adicionó luego con la del porte ilegal de armas al proferir resolución acusatoria, en la cual precisaría que el homicidio se hallaba agravado por la inferioridad de la víctima, determinación calificatoria que mereció el respaldo del Tribunal por vía de alzada.

Impulsada la causa por el Juzgado Décimo Superior de Medellín y restringidas las consecuencias de las lesiones a una incapacidad menor de treinta días, se dispuso la expedición de copias para que por separado se prosiguiera el trámite contravencional a cargo de las autoridades de Policía, rematando la instancia mediante fallo de condena por el delito preterintencional y agravado de homicidio, en tanto se absolvió al acusado por el porte ilegal de armas.

Recurrida la sentencia, el Tribunal la confirmó en su integridad mediante la suya se hace ahora motivo de impugnación extraordinaria.

La Demanda

Dos cargos plantea el censor en contra del fallo de segunda instancia, el primero fundado en la causal tercera de casación en cuanto en su sentir la sentencia se profirió dentro de un juicio viciado de nulidad, y el segundo al amparo de la causal primera cuerpo segundo, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusando en este caso la ocurrencia de errores de hecho mediante los cuales se habría llegado a la aplicación indebida del artículo 324 del Código Penal, dejando de aplicar el artículo 323 *ibidem*.

El primer cargo se sustenta afirmando que el sentenciador quebrantó el debido proceso mediante la incursión en irregularidades sustanciales consistentes en que muy a pesar de haber convocado a juicio por el cargo de lesiones, decisión debida y oportunamente confirmada por el Tribunal, al proferirse la sentencia nada se dijo con relación a ese ilícito, dejando indefinida la situación del acusado con relación a ese aspecto esencial del juzgamiento.

"Esa irregularidad -sostiene la censura- afecta la estructura básica del proceso, lesiona la noción de debido proceso. Si al procesado se le imputó un cargo por haber atentado contra la integridad de una persona y ese cargo generó ejecutoria, la sentencia debe resolver esa situación. La irregularidad mencionada genera nulidad en la misma providencia de fondo, ya que sobre el delito de lesiones personales nada dijo el sentenciador de primera instancia ni el fallador *ad quem*. No hay ninguna hilvanación

lógica entre los cargos descritos en la resolución acusatoria y lo que resuelve con vocación de cosa juzgada la sentencia condenatoria, que me permito impugnar".

En el cargo segundo y como ya fue visto, la violación que de la ley sustancial se acusa radica en la indebida aplicación del artículo 324 del Código Penal y falta correlativa de aplicación del artículo 323 *ibidem*, porque en sentir del actor "el *ad quem* incurrió en ostensibles errores de hecho en la apreciación de la prueba", desconociendo que en todo momento el acusado obró bajo el impulso emocional de la ira "cuando vio que su hijo menor lo llevaba el amante de su excompañera", no un "estado de ira justa, sino simplemente de un estado de ira", suficiente, en todo caso, para concluir que el procesado no preparó el disparo hacia la espalda de la víctima, sino que obró en medio de las situaciones confusas de una riña "y por ello no hay un claro discernimiento que permita ponderar las circunstancias que presiden la acción".

En este orden de ideas considera que el juzgador no apreció la expresión de Juan Carlos Barrientos cuando colocó en boca de su tío Hernando la primera información en cuanto que en el primer incidente, a Diego León "lo estaban matando", pues esa frase fue la que desencadenó la reacción de Juan Carlos y León Rodrigo Barrientos, suscitándose el segundo enfrentamiento con el procesado, dentro del cual "la expresión o el mensaje recibido por los miembros de la familia Barrientos los colocó en situación de prevención, de irritación, de respuesta defensiva y por ello, en el momento de la discusión, se ocasionaron recíprocas provocaciones y confusos movimientos, momento en el cual resultó lesionada la persona más ajena a la animosidad o malquerencia...", error que condujo a suponer incorrectamente la operancia de la causal 7ª del artículo 324 del Código Penal.

Un nuevo error de hecho por falso juicio de existencia habría incurrido el *ad quem* al ignorar las afirmaciones de Hugo Armando Vélez al describir el enfrentamiento entre el acusado y el occiso, pues mientras que el declarante hizo mención de un intercambio de palabras ofensivas y de la tenencia de una peinilla por parte del de "la ruana", que la rastrillaba amenazante, para el juzgador ese hecho pasó desapercibido, siendo esa la causa para que se diera toda relevancia a la causal de agravación que se critica, rematando en que una tercera prueba se desestimó y fue el dicho de Rosa Elena Vélez, pues mientras que al decir de ella medió una algarabía callejera entre tres hombres que rodeaban y presionaban a Juan Carlos amenazándolo con una peinilla, el Tribunal hizo caso omiso de esta información que relacionaba la discusión, la riña y el lesionamiento del señor Barrientos, deduciendo que "si en verdad el procesado no quería matar, como lo prohija la sentencia de primera y segunda instancia, mucho menos buscó golpear con el arma al señor Barrientos Villa, aprovechando que daba la espalda. Cuando hay enfrentamiento, cuando hay riña, cuando se actúa bajo el fenómeno del estado emocional, los orificios de entrada o los impactos en la parte anatómica, dependen más del movimiento de los contrincantes que del blanco específicamente buscado por quien dispara un arma de fuego".

De prosperar el cargo primero, pide el actor se reconozca la nulidad planteada. Pero si la tesis que se acoge es la segunda, la pretensión apunta a la casación parcial de la sentencia, a fin de que se elimine la agravante consagrada en el numeral 7º del artículo 324 del Código Penal, reduciendo proporcionalmente la sanción.

Concepto del Procurador

En criterio del señor Procurador Tercero Delegado en lo penal, la demanda formulada no puede prosperar, pues cada uno de los cargos que contiene muestra deficiencias e inconsistencias suficientes como para su desestimación definitiva.

En el caso de la nulidad, cuestiona el Ministerio Público el interés que pueda asistir al impugnante para pedir que la sentencia se extienda al delito de lesiones, cuando de hacerlo se tendría una necesaria adición punitiva antes que una respuesta de favor para el sentenciado, pero lo que es peor, la sola enunciación de la nulidad acusa un desconocimiento literal del expediente, ya que en él se muestra que si la sentencia no se ocupó del delito de lesiones, ello obedeció a las incidencias de la causa, pues en ella se probó que la incapacidad del herido no alcanzó para que la competencia trascendiera de la actividad de los inspectores de Policía, a los cuales se remitió copia de lo pertinente.

En el segundo cargo el censor acusa una grave inconsistencia en su presentación, pues reclamando como omitida la disposición del artículo 323 del Código Penal y no la del artículo 325, poco menos que a la virtual agravación de la situación de su cliente estaría apuntando, como que siendo condenado por un homicidio preterintencional, la pena del artículo 323 por cuya aplicación se pugna, redundaría ni más ni menos que en desfavor del rematado.

Sin embargo de este inicial defecto, también en la demostración del cargo la demanda se equivoca, pues omitiendo la debida claridad que en ella se requiere, pese acusar la violación indirecta de la ley, cuanto apunta es al planteamiento de una errónea interpretación de la causal 7ª de agravación del homicidio, pues a juicio del censor, cuando se da la ira y ésta no compagina con las exigencias del artículo 60 del Código Penal, ella excluye la posibilidad del aprovechamiento de las circunstancias de inferioridad de la víctima, cayendo en el ámbito de las suposiciones, pues aún admitiendo el estado emocional, jamás demuestra el censor cómo logran desaparecer las circunstancias de inferioridad del ofendido.

Lo anterior indica que las razones del juzgador no lograron ser demeritadas, y que sin éxito quedaron consecuentemente las pretensiones defensivas en casación, de donde solicite la Delegada la desestimación de la demanda.

Consideraciones de la Sala

1. *Cargo primero*

Así se admita, en respuesta a la primera réplica que a este respecto hace el Ministerio Público, que al impugnante le asiste interés para invocar la nulidad que plantea en este primer cargo que por su naturaleza y orden obliga su estudio prioritario por parte de la Sala, en cuanto mal podría quedar respecto del acusado una imputación de lesiones indefinidas o susceptibles incluso de pronunciamiento separado que pudiera hacer la situación de Salazar Cuartas más gravosa, es lo cierto que los presupuestos de hecho sobre los cuales se hace descansar una censura de tal naturaleza carecen por completo de realidad dentro del plenario, mostrando exclusivamente el descuido y la falta de seriedad del actor que, cuando menos demuestra un estudio superficial e

incompleto del expediente, donde una realidad muy distinta de la invocada es la que aparece.

En efecto y siendo aún verdad que los cargos se enderezaron en la resolución acusatoria por los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de arma de fuego, el Tribunal hizo relevante que la segunda de estas infracciones carecía todavía de elementos que permitieran conocer las consecuencias últimas del daño en el cuerpo y salud del ofendido, previendo que si del nuevo reconocimiento del perito médico se confirmaba que la única consecuencia dañosa era una incapacidad inferior a los treinta días, lo procedente sería expedir las copias para que por separado y bajo la respectiva competencia concluyera el juzgamiento.

Practicado en el período probatorio de la causa el respectivo reconocimiento, y confirmada como única consecuencia dañosa para el ofendido una incapacidad de doce días, profirió el Juzgado su auto de octubre 23 de 1991 mediante el cual formalizó la ruptura de la unidad procesal, pues cuanto se configuraba era una contravención de policía prevista en el artículo 1° de la Ley 23 de 1991 que debía quedar al pronunciamiento de las autoridades de ese ramo.

Así en efecto lo entendió y obedeció la Secretaría al expedir y remitir las copias pertinentes, de manera que desde entonces la infracción contra la integridad personal quedó por fuera del juzgamiento, y como consecuencia, extraño resultaba a los fallos de instancia un pronunciamiento que evaluara la responsabilidad del acusado con relación a esa conducta, lo cual denota que lejos de haberse incurrido en inobservancia de las formas propias del juicio, el trámite cumplido fue precisamente el previsto para atender las circunstancias dadas y no otras, careciendo por ello y en un todo las críticas del impugnante de asidero probatorio para alcanzar las consecuencias de invalidación que inútilmente se plantea.

Ningún fundamento de hecho soporta la pretendida invalidación que se promueve. La censura por consiguiente, no prospera.

2. Tampoco tiene posibilidad de éxito el *cargo segundo* contenido en la demanda, si bien en este caso las razones resulta de muy diverso orden.

En ella y según cabe recordarlo, el censor plantea la ocurrencia de errores de hecho provenientes de falsos juicios de existencia, en cuanto el juzgador no estimó en su integridad las versiones rendidas por Juan Carlos Barrientos, Hugo Armando y Rosa Elena Vélez, pues uno y otros hicieron referencia a la ocurrencia de una riña donde se intercambiaban ofensas de palabra y obra, que de haber sido analizadas en sus debidas proporciones hubiesen conducido a la desestimación de la causal de agravación punitiva del numeral 7° del artículo 324 del Código Penal, haciendo preferente la tasación de pena con asidero en el artículo 323 *ibidem*.

Siguiendo la crítica que a esta censura ofrece la Procuraduría Delegada, resulta en verdad deficiente la formulación por la prescindencia del artículo 325 del Código Penal, que atinente al homicidio preterintencional fue en realidad la norma base de la tasación punitiva, si bien es cierto que la misma remite para establecer una disminución proporcional, a los parámetros de sanción previstos en los dos artículos precedentes.

Con todo y admitiendo que la omisión no resultaría por sí sola suficiente para determinar el fracaso de la pretensión, pues no descontó el casacionista la operancia de la conducta preterintencional a la cual se remitió como análisis central de los fallos de primera y segunda instancias, existen sí inconsistencias más de bulto que determinan la improsperidad del cargo planteado, pues lejos de dedicarse la demanda a precisar en qué consistió exactamente el error del juzgador y cómo las omisiones acusadas conducirían a aquella determinación que ahora se propugna, todo el esfuerzo del censor se radicó en una formulación meramente especulativa, pues como el mismo libelo lo destaca, ninguno de los tres testigos invocados se refirió a la manera como los hechos tuvieron ocurrencia, limitándose a suministrar datos sobre los antecedentes inmediatos de los disparos y nada más que a eso.

Es así como del dicho de Juan Carlos Barrientos se resalta la información que suministró de oídas en el sentido de que a Diego León "lo estaban matando". De la versión de Hugo Armando Vélez se toma la referencia a las recíprocas ofensas y la tenencia de un machete que se rastrillaba amenazante por los antagonistas del acusado, pero también que el testigo sólo supo del disparo "al otro día", lo que pone de presente que ese momento culminante del empleo del arma de fuego no fue por él presenciado, situación pareja para Rosa Elena Vélez quien solo oyó "la algarabía", se dio cuenta de la tenencia de la peinilla, pero que dedicada la testigo a su oficio de planchado de ropas solamente "escuchó" más tarde "unos tiros".

Si como queda visto, ninguno de los tres testigos pudo ver el momento en que Juan Carlos Salazar hizo el disparo mortal hacia la víctima, las consideraciones defensivas del impugnante no dejan de ser una simple labor especulativa, pero nunca la demostración de los supuestos errores de hecho que anunciaba, porque para dar estos por acreditados no puede bastar tan sólo enunciarlos, pero mucho menos el imaginarlos, tarea que de nuevo se intenta desatendiendo la seriedad que esta clase de planteamientos merecen dentro del recurso extraordinario de casación, donde el desquiciamiento del fallo de segunda instancia exige y amerita que el error invocado sea cierto, manifiesto, y determinante en el sentido del fallo proferido, de modo que no haberse en él incurrido, la decisión hubiese tenido un contenido diferente.

Lejos de ceñirse a estos parámetros, todo lo que se ha intentado vanamente por parte del actor ha sido la enfatización de una alteración emocional por parte del acusado, que sin llevarle al planteamiento de la disminuente del artículo 60 del Código Penal, busca sin éxito la desestimación de la causal del numeral 7° del artículo 324 del Código Penal bajo la sugerencia de que en medio de la riña las personas cambian fácilmente de posición, siendo esa la razón y no el abuso de la inferioridad del ofendido, la que explicaría el impacto del disparo por la espalda.

Esta hipótesis que con tan frágiles soportes se sugiere, no es más que una de las muchas que podrían tejerse a falta de explicaciones más certeras, que para el caso de autos las ofrecieron los juzgadores en la instancia atenidos al dicho del denunciante que en sus varias versiones procesales insistió en que luego del primer enfrentamiento el agresor se retiró, momento en el cual la víctima y su hijo le dieron la espalda y se fueron caminando, iniciando Salazar los disparos hasta impactar en la espalda a la víctima. Por ello se sostiene en el fallo del Juzgado que

"pese a tratarse de un homicidio preterintencional concurre la circunstancia de agravación punitiva deducida en la resolución de acusación (art. 324-7), pues que al dispararle a la víctima por detrás se aprovechó de la inferioridad en que se encontraba para defenderse, cuando ya emprendía su regreso a casa".

Y esta conclusión se hace evidente para el Tribunal que luego de analizar cuidadosamente las versiones todas rendidas sobre el episodio, replica particularmente a la progenitora del acusado que su dicho se torna inverosímil y falaz

"...porque según la necropsia, el orificio de entrada fue localizado en la parte inferior de la espalda del interfecto, con una trayectoria de "atrás hacia adelante" concluyendo en que "...si el orificio de entrada aparece según la necropsia por la espalda, es como para tener esa convicción de que la víctima recibió el disparo cuando desprevenida iba hacia su residencia, lo repentino y súbito del disparo y en la posición que fue recibido, descarta toda posibilidad de una defensa justa y cobra mayor objetividad la injusticia del acometimiento, manteniéndose también inmutable la deducción de la agravante del art. 324, numeral 7º, del C. Penal, por la misma razón consignada en precedencia, sin que pueda prosperar tampoco la sugestiva y peregrina alegación del recurrente, de que no se sabe si el occiso hizo un giro o qué ocurrió en realidad, tesis defensiva que recoge del testimonio ya descalificado de la madre del acusado.

Tal valoración demuestra que el casacionista se abstuvo de desquiciar en su integridad la prueba que sirvió de base al fallo de condena, y al no acreditar motivos diferentes a su subjetivo e interesado parecer carente de apoyo probatorio, conjugó deficiencias suficientes para que la censura intentada no pueda prosperar.

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 extraordinaria.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó), *Dídimo Páez Velandia, Edgar Suavedra Rojas, José Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

SANA CRITICA / ERROR DE HECHO / TESTIMONIO / CASACION OFICIOSA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. El error de hecho que se alega en casación ha de ser manifiesto y trascendente tanto en el fallo acusado como en el sustitutivo que se reclama. No puede hablarse de error manifiesto por omisión de prueba obrante en la investigación, cuando con criterio formado con base en serios y plurales elementos de juicio el sentenciador arriba a una determinada conclusión que no tendría posibilidad de modificarse frente a un elemento de menor importancia, ni siquiera de generar la duda. /2. El testimonio como los demás medios de prueba en la ley procesal penal carece de valor predeterminado, y que el juzgador está compelido a evaluar los elementos de juicio de conformidad con las reglas de la sana crítica; y siendo así, no cabe hablar hoy de error de derecho por tal concepto. /3. Siendo imperativo de la ley el respeto a la garantía de la legalidad de la pena como expresión del debido proceso, y deber de la Corte velar oficiosamente por su mantenimiento de conformidad con el artículo 228 del C. de P. P., se casará parcialmente la sentencia de segundo grado para adecuarla a los postulados que la gobiernan, en los términos del artículo 229-1 *idem*- esto es, para reducir la sanción accesoria a diez años.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7394.

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 064.

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

Vistos

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la defensa de los procesados Javier Julio Vaca y Hernando Rivera Perilla, contra la sentencia del 29 de enero de 1992, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante la cual se les condena como responsables en coautoría, de los homicidios de Néstor Pores, Jairo Medina, Eliseo Benavides, Humberto Gil, Víctor Cadena y Martha Durán, a sendas

penas de prisión de 22 años y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

En el aludido fallo, se condena igualmente, por los mismos hechos punibles a Víctor González Chivatá, pero sólo el defensor de los dos primeros hizo uso del recurso extraordinario de casación.

Hechos y Actuación Procesal

Así reseñó el *ad quem* los hechos que fueron materia del proceso:

"Néstor Potes, Jairo Medina Potes, Eliseo Benavides Martínez, Humberto de Jesús Gil Alvarez, Víctor Manuel Cadena Leiton y Martha Isabel Durán Leal, eran trabajadores de la empresa Singetel que realizaban obras de construcción de redes telefónicas. Ordinariamente tenían su sede en Monterrey y Sabanalarga. Ocurrió que para el cinco de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve estos hombres buscando un poco de esparcimiento se trasladaron en una volqueta, conducida por otro empleado de la empresa, el señor Edgar Enrique Rozo Rubio, hasta la localidad de San Luis de Gaceno. Allí estuvieron durante algún tiempo y, ya, para las horas de la tarde emprendieron el regreso. Todo parecía normal y no había razones para esperar un final trágico de aquel inocente paseo. No obstante lo anterior, ocurrió que, a alguna distancia de San Luis, concretamente a unos nueve kilómetros de aquel sitio por la carretera que conduce a 'El Secreto' la volqueta fue interceptada por varios individuos armados. El vehículo se detuvo y los pasajeros fueron precisados para que se apearan de él. Acto seguido se le indicó al conductor que debía seguir su marcha y se le recomendó que tuviera presente que no había visto nada, que allí no había pasado nada. Así fue como Edgar Enrique Rozo Rubio se fue del sitio. A poco andar oyó el estampido de unos disparos. El hombre se dirigió a la Policía. Ya para las horas de la noche se descubrirán (sic), a la orilla de la vía en las proximidades, los cadáveres de las seis personas que eran transportadas en la volqueta. Todos habían sido acribillados a balazos" (fls. 35 y ss. cd.Tr.).

El Juzgado Promiscuo Municipal de San Luis de Gaceno practicó algunas diligencias -entre ellas el levantamiento de los cadáveres, en el sitio a donde fueron trasladados que fue el Hospital de la localidad, debido, según el acta respectiva, a las condiciones de inseguridad a que estaba expuesto el personal que debía cumplirla-, oyó la denuncia del único sobreviviente, y abrió la investigación al día siguiente. A ésta fueron vinculados mediante declaratoria de personas ausentes los sujetos Javier Julio Vaca Zea, Hernando Rivera Perilla, Clemente Mendoza, Javier Buitrago y Víctor Julio González Chivatá -éste posteriormente fue capturado y rindió indagatoria-. También, mediante indagatoria, vinculó a Fernando Vaca Peña. En la calificación sumarial el Juzgado 19 de Instrucción Criminal de Tunja comprometió en juicio, en resolución acusatoria, a Vaca Zea, Rivera Perilla y González Chivatá por homicidio agravado y en concurso de hechos punibles y reabrió la investigación para los restantes. La decisión anterior fue apelada por la defensa de los encausados, y el Tribunal confirmó el vocatorio y se abstuvo de revisar lo referente a la reapertura ordenada por el *a quo*.

Rituado el juicio, el Juzgado 1° Superior de Tunja emitió fallo condenatorio para los tres encausados, imponiéndoles a cada uno penas de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas de treinta años, respectivamente, pero el Tribunal

Superior del Distrito, al conocerlo por apelación, redujo a veintidós años la duración de tales sanciones para cada uno, mediante la sentencia que ha sido impugnada en casación (fls.1 y ss., 17 y ss., 83, 281, 411, 317-318, 346, 461 y ss., 539, 567 y ss., 587 y ss., cd.ppl.J, cd. Tr.).

La Demanda

La señora defensora común de los procesados acusa la sentencia de segunda instancia de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial, (artículos 323, 324-6 y 26 C. P.) debido a errores en la apreciación del material probatorio. Tales yerros habrían sido:

Primero. Atribuirle la calidad de prueba indiciaria a "la que no tiene este carácter, pues los hechos indicados deben referirse a actos indicadores inequívocos, lo cual no sucedió en este caso, desconociéndose el artículo 247 del antiguo C. de P. P.".

Los falladores dedujeron el "indicio de oportunidad para delinquir o indicio de presencia en el lugar de los hechos", de los tres sentenciados, "por el solo hecho de que, coincidencialmente, a los tres condenados se les vio en las horas de la mañana en la población de San Luis de Gaceno, sin considerarse que los hechos ocurrieron aproximadamente a 10 kilómetros del poblado y sin existir una sola prueba o al menos evidencia de que efectivamente estuvieron con los hoy occisos, momentos antes o al instante de los hechos". Seguidamente afirma que nadie vio a los acusados ni antes ni después, en el sitio de los hechos; que nadie encontró "rastro o huella que indicara a las claras que alguno de los procesados, por lo menos, pasó por allí"; que se encontraron vainillas de revólver Magnum 3,57 y calibre 38 y que el acusado Rivera portaba era un revólver calibre 32; que los hechos criminales ocurrieron aproximadamente a las tres y media de la tarde, y que el procesado Javier Julio Vaca pasó a recoger al también procesado Hernando Rivera después de esa hora.

Segundo. Tampoco los falladores podían deducir indicio alguno por haberse ausentado los acusados de la región después de los hechos, porque su alejamiento se debió a estar asustados y temerosos de caer en manos de las fuerzas de policía o militares ya que sus viviendas habían sido allanadas, y había personas interesadas en implicarlos a toda costa, y, además, Vaca y Rivera se habían ido de sus hogares a aserrar madera desde el día de los hechos, de acuerdo con los testimonios rendidos por Matías Aguirre, Jorge Guerrero, Raúl Antonio Romero, Ezequiel Sánchez, pruebas éstas todas, que los falladores ignoraron, "incurriendo así en violación indirecta de la norma sustancial proveniente de error de hecho".

Tercero. "Ignorar y no tener en cuenta y excluir del análisis probatorio las diligencias de retratos hablados que el testigo Rozo Rubio hizo de los presuntos asaltantes". El testigo había descrito a la perfección a tres de los delincuentes, y el investigador, pese a que esas descripciones no coincidían con ninguno de los procesados, ordenó allanamiento a la casa de Hernando Rivera, y con dos fotografías allí encontradas, posteriormente se hizo reconocimiento "fotográfico" con el mismo testigo-denunciante, dándose por establecido que el mentado Rivera fue uno de los asaltantes, sin consideración a que en esas fotografías no aparecía con chivera, que era una de las características que el testigo había referido de uno de los delincuentes.

Además, por la declaración de Fidel Antonio Perilla se conoció en el proceso la descripción de otro de los procesados, Clemente Mendoza, que más se parecía a la imagen del retrato hablado hecha por el testigo denunciante, y sin embargo la imputación para Hernando Rivera se mantuvo, a pesar de la advertencia de la defensa. Si el sentenciador -afirma- "se hubiera tomado la molestia de analizar con cuidado el retrato hablado visto al folio 122 de seguro hubiera concluido que la descripción morfológica allí plasmada no corresponde a la de Hernando Rivera", ya que tampoco los otros rasgos que el testigo describió los tenía éste, a excepción de ser alto, usar bigote y estar vestido con una camisa azul el día de los hechos. A lo anterior, y como elemento de incertidumbre, se añade que el declarante José Salomón Holguín al ver las fotografías de los folios 120, 121 y 122 dijo no conocer al sujeto de las dos primeras y en cambio afirmó parecérsele el de la tercera a otro de los procesados, Manuel Buitrago, que a la vez tenía mucha similitud con la descripción del retrato hablado del testigo, pero esta circunstancia, reclamada ante los jueces, no tuvo eco alguno. Hubo -considera la casacionista-, "afán de condenar" pero no hubo verdadero análisis objetivo de la versión del testigo denunciante comparada con los retratos hablados ni con los testimonios de Fidel Antonio Perilla y José Salomón Holguín. Si ese análisis se hubiera realizado, se habría concluido que las descripciones habladas coincidían más con Clemente Mendoza y Manuel Buitrago que con Hernando Rivera, y el sentenciador habría tenido en cuenta "el surgimiento de la duda sobre la descripción de uno de los presuntos asaltantes".

También el sentenciador "ignoró los retratos hablados correspondientes presuntamente" a Javier Julio Vaca y Víctor Julio González Chivatá. Si se hubiesen "analizado estos retratos hablados y las demás pruebas obrantes en el informativo" el fallador habría concluido "que estos dos no son los presuntos asaltantes, que desde un principio señaló el Comandante de la Policía de San Luis de Gaceno".

La descripción que plasmó el Juez que oyó en indagatoria a González es totalmente diferente a la del testigo denunciante, pues éste no dio cuenta de que quien lo encañonó el día de los hechos tuviera cicatriz en la frente, mientras que el Juez que lo tuvo en la diligencia sí anotó esa característica; tampoco el testigo describió las orejas del asaltante como las describió el funcionario; y el procesado usa barba cerrada, no es lampiño como dijo el declarante denunciante.

Cuarto. Incurrió el Tribunal en falso juicio de convicción -error de derecho- y así, en violación indirecta de la norma sustancial, al darle valor de plena prueba al testimonio del denunciante Edgar Enrique Rozo "que a pesar de no dar certeza a su dicho, el sentenciador de segunda instancia pretende fortalecer su dicho con la diligencia de reconocimiento fotográfico de los presuntos asaltantes" diligencia que -agrega- "entre otras cosas nos muestra algunas irregularidades sobre su aducción".

Luego de transcribir las razones por las cuales el Tribunal consideró confiable y veraz el testimonio de Rozo afirma la demandante que le dio plena validez... muy a pesar de existir notorias contradicciones a la descripción que hizo de los asaltantes en su denuncia con lo que plasmó en los retratos hablados elaborados por él mismo en la Policía Judicial de Tunja.

Pese a la descripción que hizo de uno de los asaltantes, fundamentalmente distinta a la de Hernando Rivera, terminó, frente a la fotografía del folio 28, señalando a este

individuo como uno de los asaltantes, y aún así, a su versión le confirió crédito entero el fallador.

Con relación a las fallas de la legalidad que afectan la diligencia de reconocimiento fotográfico, la actora afirma que hubo incumplimiento de lo prescrito en los artículos 391 y 390 del C. de P. P. porque previamente a la confrontación visual el deponente no describió morfológicamente a las personas por reconocer; tampoco el reconocimiento se hizo con la exhibición de seis fotografías o más, de idénticas características en cuanto a "papel, tamaño y color", sino que a las de blanco y negro se añadieron las encontradas en los allanamientos a Hernando Rivera y González Chivatá y se les advirtió, condicionando así psicológicamente al testigo que estas últimas fotografías habían sido halladas en el allanamiento a los presuntos asaltantes; tampoco el juez allegó reproducciones de las fotografías usadas para el reconocimiento

Las características morfológicas de ninguno de los sentenciados corresponden a las descritas por el testigo Rozo Rubio, y "mucho menos" se puede creer su dicho cuando en la diligencia de reconocimiento fotográfico identificó a Javier Julio Vaca como uno de los asaltantes en una fotografía antigua en blanco y negro, tomada cuando diez años atrás diligenció su cédula de ciudadanía, mientras que a tal acusado le había atribuido características fisonómicas y morfológicas diferentes -entre ellas, ser rubio, de ojos claros y tez blanca-, que obviamente no aparecen en una fotografía como aquélla en que dijo reconocerlo.

Para apoyar sus reflexiones, la profesional anexa, a manera de elementos de referencia, unas fotografías, de personas diferentes, todas con características comunes, que en un momento dado impiden "indicar con certeza que se trata de x (sic) y determinada persona".

Como corolario de sus planteamientos, solicita que la Corte profiera fallo sustitutivo, casando el acusado, y absuelva a sus patrocinados.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a la casación impetrada por considerar que la demanda en el fondo lo que ataca es el juicio de valor del sentenciador, sin demostrar los errores de apreciación de la prueba que hubiera podido cometer. Recuerda que el indicio carece de tarifación en el sistema probatorio que nos rige y encuentra ajustado a la sana crítica la apreciación de la prueba para la atribución de autoría y responsabilidad en los procesados, en cuanto los hechos indicadores "convergentes y concordantes, tienen la suficiente capacidad indiciaria que les ha atribuido el juzgador".

Halla carente de fundamento la afirmación de la recurrente de que "el juzgador omitió en el fallo la prueba de retratos hablados", porque precisamente el Tribunal se ocupó de esos elementos de juicio al analizar el dicho del declarante denunciante y dilucidar su capacidad descriptiva como presupuesto de credibilidad. El no haberse allegado copias de todas las fotografías expuestas en el reconocimiento no vicia la prueba por su validez, ni el proceso en sí ya que no se les coartó a los reconocidos su derecho de defensa, y además su inculpación emergió del haz probatorio, analizado conforme a la lógica y al derecho.

Consideraciones de la Corte

Aunque la demanda no tiene vocación de éxito, como lo afirma el Ministerio Público con sobrada razón, pues presenta serias inconsistencias de orden esencial y por lo mismo insalvables, el fallo habrá de casarse parcialmente en forma oficiosa para redosificar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta, como se verá. No obstante se ocupa la Corte de ella:

La actora afirma en el primero de los cargos que el Tribunal incurrió en error de hecho por haber inferido de actos indicadores equívocos, la existencia de otros en los cuales apoyó la atribución de autoría y responsabilidad a los acusados en los numerosos delitos de homicidio investigados; esto es, que contra toda lógica, habría el fallador estructurado la prueba indiciaria, porque los hechos de los cuales partió en su análisis evaluativo, de ninguna manera permitían las deducciones de compromiso a las cuales arribó. Habría desfigurado gravemente la prueba indirecta, frente a lo que indicaban los hechos que procesalmente la soportaban.

El planteamiento, sin embargo, con lo interesante que parezca, no se aviene al caso en estudio. El indicio de oportunidad para delinquir lo constituyó la confluencia de todos los acusados sentenciados en este proceso -recuérdese que respecto de otros tres sindicados se ordenó la reapertura de la investigación- en el área urbana del Municipio de San Luis de Gaceno el día 5 de noviembre de 1989 en horas anteriores a la del múltiple crimen, dedicados en comunidad a departir e ingerir bebidas alcohólicas; tal fue la apreciación del Juzgado Primero Superior de Tunja en su fallo, no enmendado en ese aspecto por el Tribunal en su sentencia, y por tanto incorporado a ésta con su mismo contenido y alcance. El funcionario puntualizó "y es que no puede ser simple coincidencia-y'azar que todos los reconocidos fueran amigos entre sí, y todos hubieran estado el nefasto día en el pueblo (oportunidad para delinquir)" (fl. 613 cd. ppl.1).

Razonar como lo hizo el fallador basado en los testimonios allegados al proceso no constituye una absurda o grosera interpretación del hecho indicador, pues de ninguna manera contraría la lógica deducir la oportunidad delictiva de un hecho tan dicidente, relatado con precisión por uno de los ciudadanos que departió con los acusados, José Israel Perilla (fl.198 cd. ppl.) y con la natural dubitación de fecha por el tiempo transcurrido, por la dueña de la tienda en donde estuvieron reunidos, Segunda Adelaida V. de Zamora (fl.179), así como con parcial recuerdo de sus contertulios, por Fidel Antonio Perilla Esguerra (fl.188) y muy reticentemente por uno de los dos procesados indagatoriados, Víctor Julio González (fls. 411-413).

Afirmar pues, que el hecho indicador era equívoco, constituye mera especulación de la señora defensora demandante, porque acaso mejor ocasión para acordar la empresa criminal no podía darse; o para organizarla, si es que con anterioridad se había planeado, y se daba la circunstancia de la concomitante presencia en el pueblo de las personas que horas después se convirtieron en indefensas y sorprendidas víctimas, desconocidas para la región ya que eran trabajadores ambulatorios de una firma de ingenieros, privada, dedicada a la instalación de redes telefónicas rurales.

La absurda interpretación del hecho indicador, que condujera a la igualmente absurda y torcida formación de la prueba indiciaria, no emerge de la reflexión judicial antecedentemente anotada, y así la censura en lo relativo al indicio de oportunidad para

delinquir se quede, fundamentada como ha sido en la demanda, en el terreno de la discusión del mérito probatorio otorgado por el sentenciador a un hecho concreto, al cual se opone, además sin demostración, el criterio de la casacionista en procura de prevalencia, contrariando el principio de la sana crítica que asiste al fallador en nuestra legislación procesal, y que le está vedado al juez de la casación desconocer caprichosamente.

Respecto del indicio de presencia en el lugar de los hechos, que la casacionista identifica con el de oportunidad para delinquir según la redacción de su escrito: "El Tribunal... -dice-, deduce en contra de los procesados el indicio de oportunidad para delinquir o indicio de presencia (en el lugar de los hechos)" (fl. 39 cd. C.), y que en el fallo no son exactamente lo mismo aunque sí correlativos, tampoco existió la distorsión fáctico-lógica que se pregona. Circunstancias varias: la desaparición de los procesados del área urbana del municipio como supuesto de su traslado al sitio de los hechos en el tiempo durante el cual todos los occisos llegaron al pueblo y se dedicaron al baño en la piscina atendida por Myriam Aurora Perilla -hacia el medio día y hasta aproximadamente las tres de la tarde-, buscaba justificar con la llamativa coartada de los procesados Javier Julio Vaca y Hernando Rivera de pasar aquél por éste a su domicilio para irse al campo donde aserraban madera (fls. 385,79), sumado lo anterior a la inveraz declaración del testigo Raúl Antonio Romero, quien fue desmentido tras referir haber estado todo el día hasta las cinco de la tarde con los anteriores en el pueblo y a esa hora partir en compañía de ellos hacia el campo y afirmar que de esa comunitaria partida fue testigo Jorge Romero, pues contrariamente, éste aseveró no haberlo visto en la fecha de los sucesos (fls. 388 y 387 cd. ppl.1), todo esto sin olvidar que ciudadanos conocedores de los anotados acusados como Edgar Vaca y José Israel Perilla dieron cuenta de su permanencia en el pueblo con recuerdo nítido sólo en horas de la mañana (fls.197-200. 87-88), amén de las descripciones físicas y de vestuario del conductor sobreviviente de los trágicos hechos, fueron los pilares fácticos principales para los falladores, de la inferencia de la presencia de los acusados en el sitio y a la hora de los delitos.

La actora pretende evidenciar el yerro de que habla con deducciones de su propia visión, pero no se ocupa de demostrar de qué manera el sentenciador distorsionó, de frente a la realidad y a la lógica en su apreciación probatoria los elementos de juicio, específicamente en lo atañedero al indicio de presencia. No otra cosa significa decir que no se consideró que los hechos ocurrieron a 10 kilómetros del poblado y que ninguna prueba directa denotaba la presencia de los acusados en el sitio de los hechos ni antes ni después de éstos, y que el arma utilizada por uno de los procesados no coincidía con las que se emplearon en la masacre, pero sin tomarse la molestia de concatenar sistemática y lógicamente todo el haz probatorio asumido por el fallador, seccionando contra todo supuesto lógico el contenido probatorio para plasmar su conclusión; simplemente, oponiendo al criterio judicial el suyo, cual si se tratase de una alegación de instancia, y soslayando el deber de demostrar a cabalidad todos y cada uno de los errores que impone el recurso de casación en su connotación de extraordinario y limitado.

Sustentado el reproche en tan precaria base, carece de eficacia.

Ahora bien: en cuanto toca con el indicio de coparticipación -cargo segundo de la demanda- por haberse ausentado de sus hogares y de la región en donde siempre habían

hecho su vida los acusados, desde la fecha de los hechos, sin que por ningún medio se lograra establecer su lugar de residencia posterior al 5 de noviembre de 1989, que en la sentencia partió de ese objetivo hecho: la no presencia desde ese día en la región de ninguno de ellos, y que configuró con los demás indicios los elementos de los hechos punibles, la situación no difiere de la planteada en la censura anterior a pesar de que la tergiversación del hecho indicador se haga consistir en la falta de apreciación de unos testimonios que dan cuenta que los acusados Vaca y Rivera salieron concretamente a dedicarse a su habitual e inofensiva labor de aserradores de madera en un lugar montañoso en donde tenían una motosierra.

Es lo cierto que los individuos procesados -a excepción del que se halla privado de la libertad, el no recurrente, Víctor Julio González-, tienen paradero desconocido tras desaparecer de la región el mismo día de los hechos, y no resulta descabellado deducir que esa ausencia tiene su razón de ser en la participación delictiva. Por ello, con buen criterio, el Juzgado Superior consignó: "d) La desaparición intempestiva de la tierra donde radicados se encontraban los procesados una vez sucedió la masacre sin motivo aparente, se encuentra probada dentro del investigativo, pues así lo declaran Hildebrando Bermúdez Porero, José y Fidel Antonio Perilla Esguerra, María Adelaida Martínez Muñoz (la esposa del procesado Rivera, se aclara) y las autoridades policivas que no han podido dar con el paradero aún de Rivera Perilla y Vaca Zea.

"El ocultamiento o huida, todo indica se debió en el caso de González Chivatá y obedece respecto a Hernando Rivera Perilla y Javier Julio Vaca Zea, al temor al peso de la justicia, pues descartable creemos el pretendido miedo por amenazas de enemigos personales ya que probado está dentro del investigativo que tan sólo desaparecieron y fueron echados de menos en la población una vez se produjo el lamentable hecho; tanto así que en día de mercado se hallaban libando licor en San Luis de Gaceno, y a nadie escapa que este día es propicio para cualquier tipo de enfrentamiento, refriega o ajuste de cuenta" (fls. 609-610); y en la sentencia de segunda instancia, el Tribunal encaró la situación en la misma forma: "En concreto podemos decir: la circunstancia de que estos individuos, que venían vinculados a la región de San Luis desde hacía un tiempo considerable, que habían vivido allí, tenían sus familiares, sus negocios, etc., y, de pronto, desaparecen de ese medio coincidiendo esta conducta precisamente con la comisión del delito, es algo que nos está indicando también su responsabilidad. Por otro lado, se sabe que precisamente para el día de los acontecimientos los sujetos se hallaban en el sector. Estaban por los lados del pueblo de San Luis y realmente si así son las cosas su traslado hasta el sitio de los hechos no era de ninguna manera difícil" (fl. 68 cd. Tr.).

El que no se hubieran considerado los testimonios que referían que efectivamente los procesados salieron del pueblo el día de los hechos, como se afirma por parte de la actora -sin ser ello del todo cierto porque al testimonio de Raúl Antonio Romero se refirió expresamente el fallo (fl. 604 cd. ppl.1)-, no convertía en absurda la apreciación del indicio, pues la inferencia acusatoria se basó en lo definitivo e inexplicable de la ausencia de los procesados, no en su salida propiamente tal, del municipio asiento habitual de sus vidas. La casacionista debió, pues, demostrar la tergiversación del indicio si es que aspiraba a cambiar el sentido del fallo impugnado. El cargo no prospera.

El tercer ataque a la sentencia lo constituye la incursión del Tribunal también en violación indirecta de la ley sustitutiva, por el error de hecho, consistente en el falso

juicio de existencia que cometió, al omitir en su evaluación probatoria los retratos hablados realizados con las descripciones del denunciante testigo, Edgar Enrique Rozo, de los tres procesados, retratos que en concepto de la demandante no coincidían con las características de éstos, pese a los cuales se les responsabilizó de los delitos.

La censura carece de solidez, porque si bien es cierto los juzgadores no se detuvieron en los dibujos -retratos hablados, apenas meras aproximaciones de los rasgos de los sujetos descritos-, el proceso contaba con las descripciones que al siguiente día de los hechos a las siete de la mañana (fls. 6-7) hizo el testigo presencial señor Rozo y con las fotografías que en diligencia de reconocimiento cumplida el 9 de noviembre (fls. 48-49) seleccionó entre las que se le exhibieron, de los tres acusados, y además, con un elemento de suma importancia: la descripción de la vestimenta que Vaca y Rivera llevaban el día de los hechos, vertida por la propia esposa de éste, que tuvo oportunidad de ver al primero cuando fue por su cónyuge para recogerlo y supuestamente irse ambos al campo a donde trabajaban por temporadas, y obviamente sabía cómo vistió éste en ese día (fls.79-80), plenamente concordante con la del testigo denunciante sin descartar la semblanza que hizo de la fisonomía de estos dos personajes, la cual no tan de radical manera, como pretende la actora, se apartaba de la apariencia de las fotografías, ni de las descripciones del testigo, semejanza notoria que inexplicablemente se omite en la demanda al silenciar el testimonio de la señora Rivera.

El error de hecho que se alega en casación ha de ser manifiesto, y trascendente tanto en el fallo acusado como en el sustitutivo que se reclama. No puede hablarse de error manifiesto por omisión de prueba obrante en la investigación, cuando con criterio formado con base en serios y plurales elementos de juicio el sentenciador arriba a una determinada conclusión que no tendría posibilidad de modificarse frente a un elemento de menor importancia, ni siquiera de generar la duda, que sin mayor arraigo busca plantear la demandante en este caso, pues la prueba acusada podía ser prescindible, contándose como así sucedía con la gráfica denuncia y la diligencia de reconocimiento fotográfico, que no por ser posterior a la de retratos hablados perdía automáticamente su valor; contrariamente, confirmaba y en mucho, la denuncia en la que el testigo se esmeró por describir a los atacantes de la mejor manera. La prueba de retratos hablados, pues, ni incidía en el resultado del fallo acusado, ni aún hoy acogiéndola, tendría la virtualidad de modificar la decisión. El cargo no prospera.

En el cuarto cargo, la recurrente dedica parte de su discurso a cuestionar acremente el criterio de los falladores, hablando de error de derecho por falso juicio de convicción que habría cometido el Tribunal al otorgar credibilidad al dicho del denunciante, fortaleciéndolo con la diligencia de reconocimiento fotográfico. Del testimonio del denunciante afirma no da "certeza de su dicho". El disentimiento entonces se centra en la identificación de los procesados con las fotografías seleccionadas por el testigo presencial, en la diligencia de reconocimiento fotográfico.

Olvida la censora que el testimonio, como los demás medios de prueba en la ley procesal penal carece de valor predeterminado, y que el juzgador está compelido a evaluar los elementos de juicio de conformidad con las reglas de la sana crítica; y siendo así, no cabe hablar hoy de error de derecho por tal concepto, en cuanto que lo que ella busca es ofrecer una apreciación distinta de la del juzgador, vale decir, reanudar el debate

probatorio y desconocer la doble presunción de acierto y legalidad del fallo, sin miramiento de que en casación sólo los errores de hecho y de derecho con calidad de manifiestos y trascendentes tienen cabida con miras a la remoción de las sentencias acusadas.

Ahora bien: dentro de la misma censura la actora incluye la aseveración de que en la diligencia de reconocimiento fotográfico se habría incurrido en vicios de legalidad, lo cual, de ser cierto, sí sería reclamable como error de derecho. Sin embargo, tampoco la acompaña la razón de esta ocasión, en efecto:

El reconocimiento se surtió dentro de las posibilidades que las circunstancias brindaban, los individuos por reconocer habían sido descritos desde la denuncia por el testigo que lo adelantaría, y a él se le exhibió plural número de fotografías tal como lo reza el acta respectiva (fls. 48 49 cd. ppl.1), esto es, la diligencia de apoyo a la prueba de testimonio, que es en verdad tal reconocimiento, se surtió sin atropello a los derechos de los sindicados ni al debido proceso y en esa calidad, no era prueba imprescindible, si se tiene en cuenta la multiplicidad, gravedad y convergencia de la indiciaría que agobiaba desde el día de los hechos a los procesados. Implica entonces, que de no haberse podido tener en cuenta esta prueba -como habría sucedido de darse el yerro denunciado-, las demás conservaban su fuerza incriminatoria. Tampoco este cargo prospera.

Vista la ineficacia de los reparos de la demanda, se impone su desestimación, sin perjuicio, como se advirtió, de la casación oficiosa que a continuación se trata:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, sin reparar en que el numeral 4º del fallo de primera instancia imponía como pena accesoria a cada uno de los acusados la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión, que era de treinta (30) años, confirmó esa determinación luego de rebajar a veintidós (22) años la pena privativa de la libertad, manteniendo así rebasado el límite legal de la sanción accesoria, que según el artículo 44 del C. P. es de diez (10) años.

Siendo imperativo de la ley el respeto a la garantía de la legalidad de la pena como expresión del debido proceso, y deber de la Corte velar oficiosamente por su mantenimiento de conformidad con el artículo 228 del C. de P. P., se casará parcialmente la sentencia de segundo grado para adecuarla a los postulados que la gobiernan, en los términos del artículo 229-1 *idem*, esto es, para reducir la sanción accesoria a diez (10) años a cada uno de los procesados.

Finalmente, no puede dejar pasar desapercibido la Corte el hecho diciente de la forma como dosificó el Tribunal una pluralidad de homicidios cometidos en las circunstancias espeluznantes que revela el proceso. Si un solo homicidio agravado genera ordinariamente una sanción superior a la impuesta en este proceso, no se entiende cómo se adopte la misma respecto de una masacre que fue la investigada aquí.

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

RESUELVE:

Casar parcialmente la sentencia recurrida, reduciendo la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuestas a cada uno de los procesados Javier Julio Vaca, Hernando Rivera Perilla y Víctor Julio González Chivatá, a diez (10) años. En lo restante, sin modificación el fallo. En firme, devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y cumplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael E. Cortés Carrizo, Secretario.

ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / FALSO JUICIO DE CONVICCION / TESTIMONIO / DEMANDA DE CASACION

2. La censura no puede limitarse a predicar la existencia de un error de derecho; es indispensable que precise si se trata de un falso juicio de legalidad o de convicción, indicando si surgió porque el sentenciador apreció una prueba ilegalmente aducida al proceso, o evaluó la que se produjo con violación de los ritos previstos para su práctica o recaudo, o si le confirió un valor diverso al asignado por la ley, o le negó el que la normatividad le otorga. /2. El falso juicio de convicción no es susceptible de ser planteado sobre la base de que se le negó credibilidad a la prueba testimonial, puesto que al desaparecer el sistema tarifado, la apreciación probatoria que hace el juez, se rige por el criterio que nace de la sana crítica y, por ello, está sometida únicamente a las reglas de la experiencia, a la lógica y, como es apenas obvio, a la Constitución y a la ley. /3. Esta Corporación no ha modificado el criterio conforme al cual las sentencias de primera y segunda instancia deben entenderse como una unidad, porque cumplen una finalidad complementaria, y por ello, su análisis debe hacerse conjunto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7525.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 64.

Santafé de Bogotá, D. C., 23 de julio de 1993.

Vistos

Por sentencia del 16 de diciembre de 1991, el Juzgado Primero Superior de Neiva condenó a Luis Ernesto Reyes Imbachi y a José James o James Méndez Castañeda a la

pena principal de 130 meses de prisión como responsables del delito de homicidio. Decisión que el Tribunal Superior de Neiva modificó el 6 de marzo de 1992 reduciendo la pena a 120 meses de prisión.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación, se concedió y fue posteriormente admitido por esta Corporación.

La respectiva demanda se declaró ajustada a las exigencias legales y se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

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

Hechos

En las primeras horas de la mañana del 4 de agosto de 1990, al regresar de aislamiento celular y entrar al patio número 3, el recluso Edes Montiel fue agredido cuando se encontraba cerca de los baños del establecimiento carcelario. De allí se le vio salir con numerosas heridas, en persecución de los internos Luis Ernesto Reyes Imbachi y José James Méndez Castañeda. Poco después falleció a consecuencia de las lesiones recibidas.

Actuación Procesal

El 6 de agosto de 1990 se abrió proceso penal. El 10 de septiembre del mismo año fueron indagados James Méndez Castañeda y Luis Ernesto Reyes Imbachi, y el 26 de noviembre siguiente se dictó auto de detención contra los dos sindicados.

Con fecha 13 de febrero de 1991 se dictó Resolución de Acusación contra los indagados, como autores del delito de homicidio.

La audiencia pública se efectuó el 11 de diciembre de 1991; y las sentencias de primera y segunda instancia se profirieron el 16 de diciembre de dicho año y el 6 de marzo de 1992, respectivamente.

Argumentos de la Demanda

La sentencia de segundo grado se ataca con un cargo, al amparo de la causal primera, por la presunta existencia de una violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de un error de derecho.

El actor considera que "no se reúnen a cabalidad los presupuestos del artículo 247 del C. de P. P., es decir no existe la prueba que conduzca a la certeza sobre la responsabilidad que se le atribuye al procesado en tanto dentro del proceso se recaudaron pruebas testimoniales que respaldaban los descargos presentados por Méndez Castañeda en su indagatoria, haciendo que en modo alguno el grado de certeza exigidos en esta norma se pudiera considerar satisfecho".

La sentencia, agrega el impugnante, desconoce vocación probatoria a tres declaraciones obrantes en el proceso, y no expone lógicamente "las razones para negar el valor

probatorio a los mencionados testimonios, la citada norma establece que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La apreciación en conjunto implica entre otros aspectos que tendrán que tenerse en cuenta tanto las pruebas favorables como las desfavorables al procesado, y las reglas de la sana crítica imponen valoraciones objetivas y libres de prejuicios que tendrán que exponerse razonablemente".

En la demostración del reproche, el actor fundamenta el ataque en que la sentencia "le niega el valor que la ley le asigna a la prueba testimonial de acuerdo a las normas que regulan la apreciación de esta prueba".

Conforme lo afirma el censor, el testigo José Edgar Acosta, en la ampliación de su testimonio dijo que pudo haber un error por parte de la guardia al identificar a James Méndez como una de las personas que salía de los baños porque él estaba jugando dominó con otro grupo de reclusos y que, sin embargo, la sentencia sólo tiene en cuenta los testimonios de cargo de los guardianes considerando "que son los únicos elementos probatorios con que cuenta el proceso, negándole todo valor probatorio al inicial testimonio a su ampliación al no mencionar criterio alguno que llevara al juzgador de segunda instancia a demeritar tal prueba".

El demandante manifiesta que la sentencia impugnada tampoco analizó el testimonio de Alberto Núñez, quien igualmente afirmó que al momento de los hechos el procesado Méndez se encontraba jugando dominó con otros compañeros. Al respecto expresa: "En el fallo de segunda instancia no se expone razonablemente el mérito que se le asigna a esta prueba para negarle el valor que la ley le asigna".

Así mismo el recurrente dice que al testimonio de Abraham Salas Zambrano no se le reconoció valor, que no fue desestimado por vicios de forma ni de contenido material.

Para terminar, el actor solicita se case la sentencia y se absuelva al procesado.

Argumentos del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Después de exponer unas breves consideraciones sobre las exigencias técnicas que se deben cumplir cuando se postula la existencia de una violación indirecta por la presencia de errores de derecho, concluye que la demanda está destinada al fracaso "puesto que los tres cargos que se postulan y que en realidad conforman uno solo, se hacen consistir en que el juzgador le negó la credibilidad que la ley le asigna a tres testimonios que corroboran la coartada del acusado Méndez Castañeda, olvidando que el falso juicio de convicción está proscrito en la legislación procedimental, razón de que, en lugar del antiguo sistema tarifado, sólo rige el de la sana crítica o libre apreciación racional de la prueba por el juzgador con las únicas limitaciones previstas en la Constitución y la ley".

Atacar de esta manera los mencionados testimonios, es en opinión del Ministerio Público, anteponer el criterio personal al de los sentenciadores.

Y prosigue el funcionario afirmando que "para el Tribunal los testimonios de los guardianes Angel Alberto Garzón León y Fernando Barrera Pérez, quienes vieron a la víctima en pos de los acusados presentando múltiples heridas sangrantes, ameritaron un

gran coeficiente de credibilidad, pues, las 'manchas de sangre' que en su cuerpo presentaba el procesado Reyes Imbachi, aunadas a las 'leves raspaduras en flanco derecho del abdomen y pequeña herida en muñeca de la mano izquierda que mediante la aplicación de pomada pretendía ocultar' el incriminado Méndez Castañeda, los vinculaba al crimen y desvirtuaban el álibi que el citado ensayó en su indagatoria, acolitado al unísono por los tres presidiarios".

"Tanta certeza advirtió el *ad quem* que no dudo en ordenar la compulsación de copias de lo pertinente para investigar por separado, si la autoridad competente lo considerara del caso, la conducta de los tres testimoniantes que buscaron con sus versiones obtener la impunidad en favor de los acusados".

El Delegado califica como una falla técnica de la impugnación que hubiera omitido considerar la prueba indiciaria, porque cuando la sentencia tiene fundamento en varios medios de convicción, el cuestionamiento de la prueba no puede ser parcial "y aquí la actora para nada tocó el indicio construido en el proceso a partir del hecho indicador de las huellas delatoras de la intervención de aquéllos en el acometimiento de la víctima, que unido al de la exclusión no corroborada y a los testimonios fidedignos de los vigilantes, permitían conocer por conducto de la regla de la experiencia -la impregnación de sangre proveniente de la única persona lesionada- de la inferencia lógica -si aquello fue porque- y del hecho indicado, o sea la coautoría del hecho criminal en cabeza de los procesados".

El representante de la Procuraduría igualmente le critica a la demanda haber citado de manera incompleta las normas de derecho sustancial presuntamente vulneradas y, así, termina solicitando que aquélla sea desestimada.

Consideraciones de la Sala

En realidad son múltiples las deficiencias técnicas que exhibe la demanda, porque, como de manera reiterada lo ha sostenido esta Corporación, la censura no puede limitarse a predicar la existencia de un error de derecho; es indispensable que precise si se trata de un falso juicio de legalidad o de convicción, indicando si surgió porque el sentenciador apreció una prueba ilegalmente adecuada al proceso, o evaluó la que se produjo con violación de los ritos previstos para su práctica o recaudo, o si le confirió un valor diverso al asignado por la ley, o le negó el que la normatividad le otorga.

Está a la vista que la demanda se circunscribe a criticar al sentenciador por no haberle dado credibilidad a declaraciones que corroboran la versión del procesado; pero olvida el impugnante que el falso juicio de convicción no es susceptible de ser planteado sobre la base de que se le negó credibilidad a la prueba testimonial, puesto que al desaparecer el sistema tarifado, la apreciación probatoria que hace el juez, se rige por el criterio que nace de la sana crítica y, por ello, está sometida únicamente a las reglas de la experiencia, a la lógica y, como es apenas obvio, a la Constitución y a la ley.

Pretender -y ello es claro- que se le otorgara credibilidad a los testimonios que cita y se le negara a las declaraciones de los guardianes que comprometen la responsabilidad del procesado, es marchar en contravía de los lineamientos trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, quien de manera reiterada e inmodificable ha predicado que el impugnante no puede aspirar a que su personal forma de analizar la prueba prevalezca

sobre aquélla que en su momento plasmaron los sentenciadores en la decisión que es objeto del recurso.

De la misma manera es evidente la falla técnica en que incurre el demandante al limitarse a cuestionar tres testimonios, cuando en realidad la sentencia está cimentada en una prueba plural no sólo de carácter testimonial, sino también indiciaria. Ha sido criterio invariable de la Sala que en la vía extraordinaria de impugnación el recurrente debe atacar la totalidad de los medios de convicción que dan sustento a la sentencia impugnada. Sin embargo, en este asunto el censor omitió referirse a la prueba indiciaria que es de gran trascendencia en el fallo, puesto que con los testimonios de los guardianes que vieron a los procesados cuando eran perseguidos por el herido, y con hechos indicadores tales como que uno de los coautores presentaba manchas de sangre en sus ropas y el otro una herida en la muñeca que trató de ocultar, se conjugaron medios probatorios que dieron certeza al sentenciador para emitir la condena que ahora es objeto de la impugnación.

Es obvio que al haberse realizado una crítica parcial de los medios de convicción, se incurre en yerro técnico insostayable que conduce al fracaso de las pretensiones de la censura.

Por otra parte, no se debe olvidar que esta Corporación no ha modificado el criterio conforme al cual las sentencias de primera y de segunda instancia deben entenderse como una unidad, porque cumplen una finalidad complementaria, y por ello, su análisis debe hacerse en conjunto. Es así como se aprecia que en la sentencia de primer grado se dice inicialmente:

"Respaldando a José James Castañeda encontramos las versiones rendidas por los reclusos José Edgar Acosta y Alberto Núñez quienes aseveran que para el momento de los trágicos acontecimientos se encontraban jugando dominó con Abraham Salas Zambrano en el mesón del comedor".

Más adelante y después de esbozar variados razonamientos, el juez concluyo que se debía dispensar credibilidad al testimonio de los guardianes, argumentando:

"Cosa diferente ocurre con los reclusos quienes guardaron absoluto mutismo respecto al desarrollo de los hechos y con ánimo de favorecer a los procesados hacen referencia a su ubicación en lugar distante al sitio donde fue lesionado Montiel".

Por su parte, la decisión de segunda instancia expreso:

"Efectuadas las diligencias pertinentes con el herido se procedió con Reyes Imbachi y Méndez Castañeda, fuera de la sección, a registrarlos, encontrando que el primero presentaba manchas de sangre en su cuerpo y el segundo leves raspaduras en flanco derecho del abdomen y pequeña herida en muñeca de la mano izquierda que mediante la aplicación de pomada pretendía ocultar".

Luego el *ad quem* consigna una serie de explicaciones con respecto a la dificultad de conseguir coluboración para una investigación de este tipo en el interior de una cárcel; y así concluye :

"En un ambiente tan mezquino en el que se tiene que convivir, forzosamente el silencio se impone con el único objeto de proteger la integridad física".

Finalmente el Tribunal sostuvo: "La Sala considera que tanto las circunstancias modales y de lugar así como los protagonistas del hecho no permitían prueba directa, pues avezados delincuentes conocen los medios para evadir cualquier responsabilidad".

"Afortunadamente, prueba como la inspección judicial corrobora la posibilidad que tenían los guardias para ver desde la reja lo anormal que acaecía hacia el lado de los baños, aunque no alcanzaran hasta su interior, de modo que al desplazarse inmediatamente hasta el lugar que señalaban las miradas de los internos, pudieron observar con claridad al herido procedido de los procesados".

"La emergencia, por supuesto, hizo que la atención en primer lugar se dirigiera hacia el herido dando oportunidad a los homicidas de deshacerse de las armas. No obstante, las huellas de sangre y pequeñas lesiones recientes en sus cuerpos los delataron consolidando con mayor firmeza la percepción visual de los guardias".

Con los extractos reseñados de las decisiones de primera y segunda instancia se concluye que no propiamente se omitió la apreciación de los testimonios, sino que no merecieron credibilidad y en tales condiciones lo que finalmente pretendía el impugnante, como bien lo sostuvo la Procuraduría, es hacer predominar su apreciación probatoria, sobre las consideraciones plasmadas por los juzgadores.

En las condiciones precedentes se rechazarán los cargos, tal como lo solicita el Delegado.

Son suficientes las consideraciones expuestas para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cumplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD / DEBIDO PROCESO / DEMANDA DE CASACION

El no cumplimiento del principio de la investigación integral constituye un motivo de nulidad, por la conculcación del debido proceso; pero éste se debe entender que tal afectación se produce cuando se dejan de verificar citas que siendo lógicas y racionales, resultan conducentes y pertinentes, esto es, causalmente vinculadas no sólo con los hechos investigados, sino con la conducta ilícita que se imputa al procesado, de cuya práctica pueden resultar medios de convicción eventualmente demostrativos de un eximente de responsabilidad, o de un atenuante de la misma, o la comprobación de la primera en cabeza de una tercera. /No obstante, cuando se trata de citas gaseosas, imprecisas, de imposible realización, fantasiosas o indeterminadas, en relación con el lugar de los hechos, con la fecha de los mismos, o cuando aluden a personas cuya identificación o individualización es imposible, o se trata de citas absolutamente ilógicas, es apenas obvio concluir que la justicia no solamente no tiene la obligación de verificarlas, sino que es su deber no dejar desviar la investigación, ni dejarse enmarañar en un cúmulo de pruebas inútiles, que solo tendrían como finalidad última, engrosar el expediente, hacerlo más brumoso, complicado, y de más difícil estudio. /Para que el irritualismo pueda ser reconocido como causal de nulidad, debe ser trascendente y afectar los intereses sustanciales de una de las partes o la estructura del proceso. /Es evidente que con la actual normatividad procesal es permitida la presentación de cargos subsidiarios y excluyentes, "pero el recurrente debe plantearlos separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7913.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 64.

Santafé de Bogotá, D. C., 23 de julio de 1993.

Vistos

Por sentencia del 11 de marzo de 1992 el Juzgado Noveno Superior de Santafé de Bogotá condenó a Héctor Gonzalo Bejarano (a. Tongo) a la pena principal de 28 años de prisión como responsable de los delitos de homicidio cometidos en las personas de Jose Raúl Díaz Guerrero, Héctor Orlando Ortiz Díaz, Wilson Antonio Ortiz Díaz y Fabio Enrique Macías López y de los de ¡nos de tentativa de homicidio cometidos en perjuicio de John Mauricio Ortiz Díaz y Carlos Alberto Díaz, en concurso con el de hurto calificado y agravado. La decisión anterior fue confirmada por sentencia del 4 de junio de 1992.

Por ser procedente y por haber sido interpuesto oportunamente, se concedió el recurso extraordinario de casación.

Presentada la demanda se declaró ajustada a las exigencias legales y se escuchó el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien solicitó no casar la sentencia impugnada.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

Hechos

En las primeras horas de la madrugada del 9 de febrero de 1991 Jose Raúl Díaz Guerrero, Héctor Orlando Ortiz Díaz, Wilson Antonio Ortiz Díaz, Fabio Enrique Macías López, John Mauricio Ortiz Díaz y Carlos Alberto Díaz transitaban por el barrio Jerusalén, al sur de esta ciudad, luego de haber estado tomando en un establecimiento del lugar, cuando fueron interceptados por dos hombres que esgrimiendo armas de fuego les exigieron la entrega de los objetos de valor que portasen: los agresores fueron reconocidos como Hector Gonzalo Bejarano (a. Tongo) y Jose Tiberio Villanueva. Uno de los agredidos, Jose Raúl Díaz Guerrero, se negó a la entrega de sus pertenencias, ante lo cual el procesado le disparó a la cabeza e igual se procedió contra todas las demás víctimas que se encontraban arrodilladas. Luego de cerciorarse de que estaban muertas abandonaron el lugar.

Habiendo sobrevivido John Mauricio Ortiz Díaz y Carlos Alberto Díaz se instauró la correspondiente denuncia por el primero de los nombrados, lográndose la captura del procesado.

Actuación Procesal

El 1º de abril de 1991 se dispuso abrir proceso penal; al día siguiente fueron indagados Alfonso Fonseca y Héctor Gonzalo Bejarano.

Por auto del 9 de abril de 1991 se decretó la detención de Bejarano (a. Tongo).

El 28 de agosto del estado año se cerró la investigación, y el 26 de septiembre siguiente se dictó resolución de acusación contra Bejarano y cesación de procedimiento en favor de Alfonso Fonseca.

El 25 de febrero de 1992 se realizó la diligencia de audiencia pública.

La sentencia condenatoria de primera instancia se dictó el 11 de marzo de 1992 y la de segunda el 4 de junio del mismo año.

Los Argumentos de la Demanda

El recurrente presenta un primer cargo al amparo de la causal tercera de casación por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de una nulidad, en su opinión de carácter supralegal, por violación del derecho a la defensa, en cuanto no se verificaron las citas hechas por el procesado en la indagatoria y en sus posteriores ampliaciones.

Afirma que se trata de una nulidad constitucional con base en jurisprudencias de la Corporación producidas en vigencia de la Constitución de 1886.

En el segundo cargo el actor dice que se violó el derecho a la libertad de su protegido, porque habiéndosela concedido provisionalmente de manera oficiosa, se le impuso una caución cuya cuantía se sabía no podría sufragar el procesado; que la solicitud de la sustitución de la caución sólo pasó al despacho once días después de recibida y cuando se calificó el proceso se revocó el beneficio de la libertad provisional antes concedido. En su sentir, con este procedimiento se violaron las regulaciones del Decreto 1861 de 1989 que prevé un término máximo de tres días para la tramitación de las solicitudes relacionadas con la libertad y, en consecuencia, se violó el debido proceso.

Al amparo de la causal primera el impugnante formula un nuevo cargo por considerar que la sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial, por errónea apreciación probatoria, por haber omitido la consideración de pruebas, y por errores de hecho por la existencia de pruebas mal aducidas.

En relación con el error de hecho por omisión de pruebas, por no haberse tenido en cuenta la declaración del sobreviviente Carlos Alberto Díaz, que hace un relato sobre la ocurrencia de lo sucedido refiriéndose al procesado y a las personas a quienes les disparó, concluye que "el testigo de excepción lo acusa del homicidio en la persona de José Raúl Díaz Guerrero, y de la tentativa de homicidio en la humanidad del mismo declarante, es decir, que el inculpado Héctor Gonzalo Bejarano sólo causó la muerte a una de las cuatro personas e incurrió en tentativa en la persona del declarante; también agrega el exponente que 'vio que le dio patadas a su primo Raúl'"; y con base en tales reflexiones solicita de manera subsidiaria que se modifique la sentencia.

Posteriormente, en desarrollo del mismo cargo y en el análisis del mismo testimonio, el actor, apoyándose en que el declarante responde que no conoce al procesado y que posiblemente quien acompañaba a Tiberio era un primo de este llamado Jorge, concluye que ello descarta entonces la intervención del procesado en los hechos y que por tanto ha debido ser favorecido con el *in dubio pro reo*.

El impugnante considera igualmente omitido el testimonio del otro sobreviviente, John Mauricio Ortiz, en cuanto afirma que se encuentra confundido con respecto a la identidad de la persona que dice haber reconocido, porque en un principio creyó que se trataba de Alfonso Fonseca y que además en el CAI pudo reconocer al procesado porque uno de los agentes le señaló las personas que debía de reconocer y le suministró sus nombres; que en tales circunstancias se trata de un reconocimiento ilegal.

Formula el casacionista un nuevo cargo por la presunta existencia de un error de derecho que hace consistir en la forma irregular como se practicó el reconocimiento, el

cual ha debido tenerse como un acto inexistente, al no haberse dejado constancia de los nombres de quienes integraron la fila, ni si se trataba de personas de características físicas similares.

Consideraciones del Procurador Delegado en lo Penal

El representante del Ministerio Público solicita no se case el fallo impugnado, como conclusión de una serie de reflexiones que inicia con una crítica a las postulaciones de la censura, por calificar como nulidad constitucional que no se hubiesen verificado las citas hechas por el procesado, porque acepta que si bien la norma procesal es un desarrollo de los principios constitucionales, los motivos de nulidad "al ser previstos en la norma procesal, corresponde fijar su naturaleza inmediata en esta disposición que, para el presente caso lo sería el artículo 305 numeral 3 del anterior C. de P. P. (artículo 304 numeral 3 Decreto 2700 de 1991)".

"Del mismo modo tampoco atina el libelista en demostrar certeramente, la trascendencia de la que concebida como inactividad judicial sería generadora de un vicio sustancial que anularía el proceso, no determinando a la postre, como es su deber, ni la incidencia de las pruebas dejadas de practicar frente a los cargos que se imputaron al procesado y la evidencia tenida en cuenta para su deducción; pero mucho menos delimita el actor a partir de qué etapa de la investigación debería proceder la determinación anulatoria".

También sostiene el Delegado que el libelista desconoce que no es absolutamente obligatoria la verificación de cualquier aseveración defensiva caprichosamente expuesta por el sindicado con el propósito de eludir la responsabilidad penal, si del conjunto probatorio se descarta su incidencia y poder de descargo.

Para el colaborador de esta Corporación, de todas maneras la mención genérica y abstracta de dos personas que presuntamente deben responder a los nombres de Fidelio y Rodolfo, sin determinar mayores datos sobre su identidad "y más aún, sin descubrir por qué su versión resultaba trascendental para establecer que Bejarano no estuvo en el lugar de los criminales acontecimientos, nada consigue a la hora de completar debidamente la consecuencia que su omisión generó respecto a la defensa del imputado".

Acepta el Procurador que es causal de nulidad no practicar pruebas o no verificar citas, pero especifica que "debe tratarse de asuntos fundamentales de la investigación respecto de los cuales no se haya obtenido fidedigna prueba".

En la voz de su representante, la Procuraduría critica la estrategia defensiva del procesado, porque inicialmente dijo que no había salido de la casa, pero después se ubicó cuidando la casa materna, lo que favorece que "la no verificación por parte del Estado de un conjunto de citas hipotéticas, contradictorias y variables, pueda ser ahora traído en sede de casación como sustento de nulidad por violación al derecho de defensa. Ignora tal modo de razonar así mismo, que Bejarano fue identificado plenamente por el joven John Mauricio Ortiz Díaz, quien sobreviviera al homicida ataque, como uno de los dos hombres que lo agredieron mortalmente".

En consonancia con lo expuesto solicita se rechace el cargo.

En relación con el segundo cargo de nulidad, sostiene que no observa nada que invalide la actuación, porque si la solicitud de cambio de caución no se resolvió en los términos indicados, ello no constituye irregularidad que amerite la nulidad de lo actuado.

El Ministerio Público acepta que la existencia de la irregularidad ameritaría únicamente la compulsación de copias para que se investigue la conducta del secretario por la demora en pasar la solicitud al despacho.

Refiriéndose al cargo por violación indirecta de la ley, omitirse la consideración del testimonio de Carlos Alberto Díaz, el funcionario sostiene que se hacen "formulaciones completamente excluyentes, inadecuadas, confusas y antitécnicamente planteadas", y agrega que el censor se queda en la escueta afirmación de haberse omitido el testimonio, pero que de la simple revisión de la sentencia se verifica que fue considerado y sirvió como fundamento de la responsabilidad del procesado.

Para el Procurador los problemas de técnica son mayores cuando dentro del mismo cargo se postulan conclusiones diversas, porque inicialmente el recurrente acepta la responsabilidad penal del procesado por la muerte de Díaz Guerrero y por el homicidio tentado en la persona de Carlos Alberto Díaz, pero luego, con base en el mismo testimonio, impetra una sentencia absolutoria por duda.

Solicita no se case el fallo impugnado.

En relación con el segundo cargo, el Delegado destaca la existencia de notables yerros técnicos tales como que el demandante omite hacer referencia a las normas sustanciales presuntamente infringidas y la alegación "se reduce a indicar que la diligencia de 'reconocimiento en fila de personas... adolece de vicios de forma', sin precisar cómo el aludido falso juicio de legalidad afectó la prueba fundamento de la sentencia, al punto de restarle toda significación".

El Ministerio Público concluye que no se probó la relación causal entre el falso juicio de legalidad aducido y lo decidido por el sentenciador y por tanto solicita no se case el fallo censurado.

Consideraciones de la Sala

Es evidente, como lo destaca la Delegada, que el censor incurre en numerosas faltas a la técnica que gobierna el recurso extraordinario de casación; es así como en relación con el primer cargo de nulidad planteado, donde se denuncia como irregularidad la violación del derecho a la defensa por haberse omitido la verificación de citas hechas por el procesado en el momento de la indagatoria, se ha de recordar que el no cumplimiento del principio de la investigación integral constituye un motivo de nulidad, por la conculcación del debido proceso; pero se debe entender que tal afectación se produce cuando se dejan de verificar citas que siendo lógicas y racionales, resultan conducentes y pertinentes, esto es, causalmente vinculadas no sólo con los hechos investigados, sino con la conducta ilícita que se imputa al procesado, de cuya práctica pueden resultar medios de convicción eventualmente demostrativos de una eximente de responsabilidad, o de una atenuante de la misma, o la comprobación de la primera en cabeza de una tercera persona.

No obstante, cuando se trata de citas gaseosas, imprecisas, de imposible realización, fantasiosas, o indeterminadas, en relación con el lugar de los hechos, con la fecha de los mismos, o cuando aluden a personas cuya identificación o individualización es imposible, o se trata de citas absolutamente ilógicas, es apenas obvio concluir que la justicia no solamente no tiene la obligación de verificarlas, sino que es su deber no dejar desviar la investigación, ni dejarse enmarañar en un cúmulo de pruebas inútiles, que sólo tendrían como finalidad última, engrosar el expediente, hacerlo más brumoso, complicado, y de más difícil estudio.

Es por lo anterior que la investigación integral debe entenderse como la obligación que tiene el juez de ordenar la práctica de pruebas que de manera directa o indirecta tengan que ver con los hechos que son motivo de investigación, y con las circunstancias antecedentes, coetáneas, o subsiguientes que rodearon su ejecución, o con la personalidad de los protagonistas. Dentro de tales perspectivas es lógico concluir que no es investigación integral que el juez, como rey de burlas, o como idiota útil de agunazas y trapisondas organizadas por procesados o defensores tenga la obligación de acceder a todas las peticiones de práctica de pruebas que tiendan a desviar la investigación o nada tengan que ver con ella; porque en el mismo momento en que el juez incurre en el error de acceder a una prueba inconducente, impertinente o irrelevante, la imposibilidad de practicarla se puede convertir en un falso medio defensivo que podría ser utilizado con posterioridad para obtener una decisión de irresponsabilidad, con la consecuente impunidad, alegando que la no práctica de las pruebas solicitadas y ordenadas afectó el derecho de defensa y el debido proceso.

Es más o menos lo que sucede en este proceso, porque haber mencionado los nombres de Fidelio o Tiberio y Rodolfo que frecuentan la zona esmeraldífera de Muzo, de quienes se dice que el primero "es alto como de 1,78 y es formido, blanco y tiene barros en la cara, es relo, el cabello es crespo, tiene una cicatriz en el labio superior al lado izquierdo, tiene bigote, ojos cafés, dentadura completa, tiene como unos 23 años, no le sé apodos, él vive o vivía con la mamá y el papá en Candelaria. Rodolfo vive de la Y hacia arriba, él es delgadito, blanquito, bajito, se peina de medio lado, pelo liso corto, casi no le sé características pues casi no la iba con él, tiene como 19 años". Es prácticamente imposible que un funcionario con datos tan vagos lograra localizar a tales personas para recepcionarles declaración, porque la descripción que de ellas se da es lo suficientemente imprecisa como para identificarlos o individualizarlos; de la misma manera, las señas que da el procesado en relación con el sitio donde viven o pueden ser localizados son tan precarias, que su ubicación se convierte en algo ilusorio.

En tales circunstancias es imposible que ahora se pretenda obtener el reconocimiento de la existencia de una irregularidad que afecta el debido proceso y el derecho a la defensa por no haberse verificado tales citas, cuando al juez le resultaba físicamente imposible hacer comparecer al proceso a personas indeterminadas. Entonces, ha de concluirse que no hay omisión imputable a la justicia y consecuentemente tampoco existe una vulneración al derecho de defensa.

Tal como lo solicita la Delegada se rechazará el cargo.

Como segunda censura de nulidad el demandante postula el hecho de que el implicado no pudo disfrutar del beneficio de la libertad provisional que se le había

otorgado por llevar en detención preventiva más de ciento veinte días, por haberse demorado en la secretaría once días la solicitud de cambio de la caución, tiempo durante el cual se dictó la resolución de acusación y se revocó la libertad antes concedida.

La irregularidad demandada evidentemente existe, pero ella carece del efecto de vulnerar el debido proceso y consecuentemente de producir un vicio invalidatorio del proceso; pues, recuérdese que para que el irritualismo pueda ser reconocido como causal de nulidad, debe ser trascendente y afectar los intereses sustanciales de una de las partes o la estructura del proceso; y en el caso específico que se analiza, no se alcanza a vislumbrar de qué manera la irregularidad enunciada ha podido afectar la validez del proceso.

La única trascendencia que puede tener la anomalía destacada es el incumplimiento de los términos procesalmente previstos para este tipo de actuaciones y la posible responsabilidad en que pudiera haber incurrido el autor de la mora, situación que se soluciona en la forma propuesta por la Delegada, con la compulsación de copias para que los hechos sean objeto de investigación.

En las condiciones precedentes, tal como lo solicita la Delegada se rechazará el cargo.

Al amparo de la causal primera se demanda la presunta incursión en una violación indirecta de la ley sustancial por la comisión de errores de hecho y concretamente por haber incurrido el sentenciador en un falso juicio de existencia, al no haber apreciado apartes de la declaración de uno de los sobrevivientes, señor Carlos Alberto Díaz.

El cargo adolece de evidentes yerros técnicos porque en realidad el casacionista se limita a presentar un análisis personal del testimonio supuestamente no apreciado, para llegar a las conclusiones que le interesan; pero el censor no hace el más mínimo esfuerzo por indicar cuáles fueron las normas sustanciales presuntamente vulneradas como consecuencia de la omisión probatoria, cuál la trascendencia del mismo y la incidencia que tuvo en el fallo cuestionado.

Pero lo que es todavía más grave, el libelista incurre en *postulaciones* que son contradictorias entre sí, porque inicialmente, de la personal interpretación del testimonio supuestamente omitido en la instancia, concluye que el procesado sólo intervino en el homicidio de una de las personas y en la tentativa con relación a otra y consecuente con tal censura solicita se case nuevamente la punibilidad: sin embargo, a renglón seguido e interpretando el mismo testimonio en otro de sus apartes, termina concluyendo que el testigo no hizo referencia a su poderdante sino a una tercera persona, circunstancia que hace surgir la duda, debiendo reconocerse el *in dubio pro reo*, dictando sentencia de absolución en su favor.

Es evidente que con la actual normatividad procesal es permitida la presentación de cargos subsidiarios y excluyentes, "pero el recurrente debe plantearlos separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria".

Aquí se han presentado dos cargos excluyentes, puesto que el censor inicialmente reconoce la responsabilidad respecto a dos de los delitos por los cuales su defendido ha sido procesado, pero más adelante dentro del mismo cargo, plantea una causa de absolución, solicitud clara y manifiestamente contradictoria con la planteada en primer lugar.

En las condiciones anteriores y tal como lo solicita el Procurador Delegado se debe rechazar el cargo.

El actor plantea una segunda censura, también al amparo de la causal primera, por la presunta existencia de un error de derecho, que condujo a la violación indirecta de la ley sustancial: que hace consistir en no haberse dejado constancia en la diligencia de reconocimiento en fila de personas de los nombres de quienes integraron el grupo a reconocer, ni tampoco ...

En este cargo olvida el censor elementales exigencias técnicas inherentes al recurso extraordinario, porque se limita a enunciar la actuación que considera irregular, pero no señala cuál es su trascendencia y su influencia en el fallo cuestionado, de la misma manera que omite indicar las normas sustanciales presuntamente vulneradas en el fallo impugnado.

Debe reconocerse que la irregularidad postulada existe, pero si se tiene en cuenta que en la diligencias estuvo presente el defensor del procesado, debe concluirse que a pesar de no haberse dejado constancia de la similitud en las características morfológicas de las personas que integraron la fila, éstas eran similares, porque de haber ocurrido lo contrario el abogado se habría opuesto a la realización de la diligencia en tales circunstancias o hubiera dejado las constancias correspondientes.

En las condiciones anteriores debe concluirse que se trata en este caso de una irregularidad irrelevante y que por tanto el cargo tan artificiosamente presentado debe ser rechazado tal como lo solicita la Delegada.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Disponer que por la secretaría de la Sala se compulsen las copias pertinentes de la actuación con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial con el fin de que se determine la responsabilidad disciplinaria a que haya lugar por la demora en tramitar la petición que formuló el defensor para que se cambiara la caución impuesta a su mandante.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD / CASACION OFICIOSA / DEMANDA DE CASACION / *REFORMATIO IN PEJUS* / JUEZ REGIONAL

1. Pese a que la nulidad como causal de casación constituye una excepción al principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario y que por ello la Corte se puede pronunciar oficiosamente en relación a ella, lo anterior no libera al censor de cumplir con requisitos mínimos como sea no sólo la enunciación de la causal, en que consiste la irritualidad procesal, de qué manera la misma afecta derechos sustanciales de cualquiera de las partes o de qué forma se afecta con la misma la estructura del proceso. /2. Si la vulneración del derecho a la defensa se fundamenta en la falsa creencia de que al ser absuelto por la primera instancia, la Corporación de Segunda no podía modificar tal decisión, está completamente equivocado, porque estando vigente el artículo 31 de la Carta que consagra la *reformatio in pejus*, ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación que en tratándose de fallos que tuvieran el grado jurisdiccional de la consulta, la segunda instancia puede agravar las disposiciones de la primera, y en tales condiciones estaba dentro de la competencia funcional del Tribunal la revocatoria de la sentencia absolutoria en relación con el hurto para convertirla en condenatoria. / 3. En los delitos que se tramitan por los jueces regionales, la consulta de conformidad con las previsiones del artículo 5º del Decreto 2790 numeral 4º atribuyó al Tribunal de Orden Público la competencia para conocer "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 implican devolución de bienes".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7649. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 064.

Santafé de Bogotá, D. C., 23 de julio de 1993

Vistos

Por sentencia del 5 de julio de 1991 emanada de un Juzgado de Orden Público de Medellín se condenó a Juan Antonio Mesa Londoño, Carlos Mauricio Pineda Villada y José Nelson Espinosa Gil a la pena principal de seis años de prisión como responsables del delito de secuestro extorsivo; así mismo se les absolvió del delito de hurto.

La anterior decisión fue confirmada el 28 de enero de 1992, en cuanto al secuestro y revocada en cuanto al hurto para condenarlos igualmente por este delito quedando la pena a imponer en siete años de prisión para Mesa Londoño y Mauricio Pineda y siete años y seis meses para Espinosa Gil.

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

Presentada la demanda se declaró ajustada a las exigencias legales y se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo penal quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

La Sala de Casación Penal procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos

El 15 de enero de 1990, Jairo de Jesus Hernández se dirigía en su vehículo hacia su residencia ubicada en el Barrio El Poblado de Medellín cuando fue interceptado por dos automóviles frente al Estadero "Los Tambos", de uno de ellos descendieron dos individuos que lo obligaron a subir al vehículo que ocupaban y en él fue llevado a una casa de Envigado.

Los captores exigieron con posterioridad doscientos millones de pesos por su liberación. La esposa del secuestrado señora Luz Amparo López Madrigal de quien éste se encontraba separado legalmente fue escogida por los secuestradores como intermediario de las negociaciones, quien debía ser acompañada por uno de los autores hasta el Banco Ganadero, Sucursal El Poblado a donde acudieron para cambiar un título valor, momento en el cual las autoridades lograron la captura de Juan Antonio Mesa Londoño y posteriormente el rescate de la víctima y la captura de Espinosa Gil, Medina Román y Pineda Villada.

Actuación Procesal

El 18 de enero de 1990 se dictó auto ordenando la apertura de proceso penal.

El 19 de enero se oyó en indagatoria José Nelson Espinosa Gil, Juan Antonio Mesa Londoño, Mauricio Pineda Villada; y el 22 a Santiago Medina Román.

La detención preventiva de los sindicados se decretó el 29 del mismo mes y año.

En proveído del 15 de junio se cerró la investigación.

Con fecha 5 de septiembre de 1990 se citó para audiencia pública a los sindicados por los delitos de secuestro extorsivo y hurto y a Espinosa Gil además por porte de armas.

Se dictó sentencia de primera instancia el 5 de julio de 1991 y de segunda el 28 de enero de 1992.

Los Argumentos de la Demanda

Al amparo de la causal tercera se postula un cargo por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, al haberse agravado la pena impuesta por parte del Tribunal de Orden Público, violándose de esta manera el artículo 31 de la C. N. que consagra la *reformatio in pejus*.

El impugnante propone un segundo cargo al amparo de la misma causal, por la presunta violación del derecho a la defensa porque el "fallo de segunda instancia se dictó sin dársele al procesado la oportunidad de defensa alguna con la cual pudiera desestimar el cargo allí estudiado, hurto, por el cual había sido absuelto en sede de primera instancia".

Invocando la causal primera el actor alega la existencia de una violación a la ley sustancial y concretamente el artículo 217 del C. de P. P. que en su parte pertinente al referirse a la competencia del superior establece "...Cuando se trata de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta salvo que el Fiscal, el agente del Ministerio Público o la parte civil, cuando tuvieren interés la hubiesen recurrido".

En su fundamentación sostiene: "Entonces, cuando el 217 del C. P. P. prohíbe que se agrave la pena al procesado cuando se trate de sentencia condenatoria, es una norma de carácter sustancial más favorable al imputado, por lo cual es la norma que invoco se aplique, la cual es el desarrollo del artículo 31 de la C. N. que prohíbe la aplicación de la *reformatio in pejus*, cuando haya apelante único y éste sea el mismo procesado y más aún cuando no haya apelante".

Termina solicitando se case la sentencia y se confirme el fallo de primera instancia.

El Criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Solicita no se case la sentencia, comenzando el estudio de la demanda por el segundo cargo de nulidad planteado por haberse presuntamente vulnerado el derecho a la defensa en la segunda instancia; e inicia su análisis formulando críticas de carácter técnico por haber descuidado "cualquier otra referencia a lo realmente ocurrido dentro del proceso que pusiera de presente no solamente la gravedad de la falta al rito, sino también su trascendencia en el fallo atacado y la descripción de los hechos que le sirven de sustén al impugnante".

El Delegado sostiene que el libelo limita a pregonar la violación del derecho a la defensa por no habérsele dado la oportunidad de controvertir el cargo de hurto "desconociéndose si la pretendida violación se produjo por no haberse notificado la sentencia (acto procesal que se cumplió) o por no haberse enterado previamente al acusado que se dictaría en su contra una sentencia en la que se revocaría la decisión del *a quo* (actuación no contemplada en los ritos procesales e ilógica), o si, por el contrario, la vulneración del derecho se produjo -como podría deducirlo la Delegada- del hecho de

que en el trámite de segunda instancia no se dispuso oportunamente el traslado del expediente a los sujetos procesales para que hicieran las manifestaciones que consideraran oportunas frente al grado jurisdiccional de consulta a que fue sometido el fallo de primer grado".

Luego de destacar la insuficiencia de la argumentación y de advertir cómo se cumplieron los ritos procesales legalmente previstos, concluye que "en tales condiciones, al procesado recurrente en casación no se le sorprendió por el juez de segunda instancia con imputación de la cual no hubiera ejercido previamente el derecho a la defensa. Si para el *a quo* el hurto no se configuraba porque "el ánimo de los plagiarios no iba dirigido (al menos no se probó en los autos) a apropiarse del vehículo, sino que este fue un hecho realmente circunstancial", para el Tribunal el proceso de adecuación típica no encontraba impedimento alguno, como no lo halló en punto de la culpabilidad, al declarar la responsabilidad penal de todos los justiciables, y en cuyo cometido obraba jurídicamente facultado. La decisión del superior jerárquico como se sabe, prevalece sobre la del inferior.

Se solicita se rechace el cargo.

En relación con el cargo inicialmente formulado de nulidad por haberse desconocido el contenido del artículo 34 de la C. N., precisa que al momento de dictarse la sentencia de segundo grado estaba vigente la Constitución de 1991, no así el artículo 217 del C. de P. P. el cual sólo tendría vigencia a partir del primero de julio de 1992.

Critica la propuesta de nulidad por inaplicación de la norma constitucional y sintetiza los argumentos que se han dado para rechazarla.

Después de hacer un cuidadoso estudio sobre la consulta concluye "que en el caso presente era procedente la consulta de la sentencia absolutoria, puesto que el delito de hurto por el que se procedía, así por su naturaleza no permitiera dentro del régimen procesal general la revisión oficiosa, es innegable que él fue materia de análisis dentro de la misma actuación en que se juzgó el ilícito de secuestro y por ello, es a los jueces de orden público a quienes competía la decisión, no siendo posible entrar ahora a hacer una disección del proceso para aplicar unas normas al fallo en cuanto se refiere al delito de secuestro, y otras en relación con la misma decisión, pero en razón al hurto sentenciado".

En los mismos términos solicita no se case la sentencia.

Con respecto al cargo primero presentado al amparo de la causal primera, echa de menos que no se mencione la causal que se invoca, ni la clase de violación, aunque por la cita de la norma procesal que le sirve de fundamento infiere que se trata de un cargo por la causal primera, por violación directa de la norma sustancial.

Considera que como el proceso debía de ritualse bajo la ley vigente en el momento de su iniciación, no era el artículo 220 del actual código el que se ha debido citar, sino el 226 del anterior.

Igualmente el Procurador afirma que el artículo 217 que prohibía agravar la pena impuesta por la primera instancia, no estaba vigente cuando se dictó la sentencia recurrida y que para entonces sólo regía el artículo 31 de la Carta cuya aplicación se imponía por su carácter intemporal y abstracto y que en tales circunstancias no se puede imputar la existencia de un yerro por no aplicar norma inexistente.

Considera que no debe pretender la existencia de una nulidad, por violación del principio de favorabilidad "pues el texto procedimental invocado no tenía vigencia y por ende el principio de favorabilidad carecía de sustrato material (tránsito legislativo)".

"En estas condiciones, el censor no se pone de acuerdo en la demarcación temática para la Corte revisar la legalidad del fallo atacado, terminando entonces por formular proposiciones jurídicamente contradictorias y por ende excluyentes entre sí, las cuales tampoco cumplen con el requisito del último inciso del artículo 225.4 del nuevo C. de P. P., pues no fueron planteadas separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria".

Las Consideraciones de la Sala

Al postularse dos cargos de nulidad, en seguimiento de tradicional doctrina de la Corporación, deberá analizarse primero el que fue propuesto en segundo lugar, porque de llegar a prosperar, ello implicaría retrotraer de manera más significativa el proceso.

En dicha censura pretende el actor que se profirió sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho a la defensa porque en su criterio el fallo de segunda instancia "se dictó sin dársele al procesado la oportunidad de defensa alguna con la cual pudiera desestimar el cargo allí estudiado, hurto, por el cual había sido absuelto en sede de primera instancia".

Ha dicho de manera uniforme esta Corporación, que pese a que la nulidad como causal de casación constituye una excepción al principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario y que por ello la Corte se puede pronunciar oficiosamente en relación a ella, lo anterior no libera al censor de cumplir con requisitos mínimos como son no sólo la enunciación de la causal, en qué consiste la irritualidad procesal, de qué manera la misma afecta derechos sustanciales de cualquiera de las partes o de qué forma se afecta con la misma la estructura del proceso.

Esta jurisprudencia se ha constituido ahora en ley de la República pues tales requisitos aparecen en el numeral segundo del artículo 308 del C. de P. P. al establecer "quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento".

El censor, en el caso *sub judice*, se limita a decir que se violó el derecho a la defensa por no habérsele dado al procesado la oportunidad de controvertir el cargo que se le dedujo en la sentencia de segunda instancia en relación con el delito de hurto; y no advierte la Sala cual es la irritualidad que dejó al ahora recurrente sin posibilidades defensivas, si por falta de notificación de la sentencia, o porque el trámite de segunda instancia no se cumplió o se hizo irregularmente. Revisado el proceso se verifica que la sentencia fue debidamente notificada, que el trámite de segunda instancia fue correctamente tramitado y que dentro del mismo, se ordenó correr traslado del expediente al Ministerio Público por cinco días y se surtió la fijación en lista por cinco días término este que tiene como finalidad "para que las partes presenten sus alegatos", de conformidad con las previsiones del artículo 535 de codificación procesal anterior.

Así las cosas, no habiendo precisado el censor en qué consiste la irregularidad que afecta los derechos defensivos de su poderdante, debe la Corporación declararlo y de esta

manera se viola el principio de limitación que prohíbe a la Corte de Casación que se adicione, corrija o subsane los yerros en que haya incurrido el libelista.

Si la vulneración del derecho a la defensa que alega el impugnante se fundamenta en la falsa creencia de que al ser absuelto por la primera instancia, la Corporación de segunda no podía modificar tal decisión, está completamente equivocado, porque estando vigente el artículo 31 de la Carta que consagra la *reformatio in pejus*, ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación que en tratándose de fallos que tuvieran el grado jurisdiccional de la consulta, la segunda instancia puede agravar las disposiciones de la primera, y en tales condiciones estaba dentro de la competencia funcional del Tribunal la revocatoria de la sentencia absolutoria en relación con el hurto para convertirla en condenatoria.

Es obvio que con tan errónea concepción no se puede pensar bajo ninguna circunstancia, en la vulneración del derecho a la defensa, porque recuérdese que la formulación de cargos se hace en la resolución de acusación y en este tipo de proceso en el auto que cita para audiencia pública, por tanto, hasta observar esta determinación judicial para constatar que la citación se hizo tanto por el delito de secuestro como por el de hurto; y de esta manera se precisa que los cargos fueron legalmente formulados y por ello el recurrente sabía de cuáles debía de defenderse. Pensar que la absolución por el hurto en primera instancia obligaba a notificarle al sentenciado que tal decisión podía ser revocada o modificada por el superior, sí constituiría un verdadero antiprocesalismo en cuanto a que tal ritualidad no está prevista en la norma procesal.

Es entonces evidente que no se ha cometido ninguna afectación al debido proceso y menos aún que hubiese desconocido el derecho a la defensa del procesado. En tales circunstancias habrá de rechazarse el cargo tal como lo solicita el Procurador Delegado.

El reproche inicialmente formulado, también por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, se sustenta en la agravación que hizo la segunda instancia en la penalidad impuesta en primera con desconocimiento de la estipulación constitucional del artículo 31 que prohíbe agravar la pena en segunda instancia cuando sea apelante único; esta actuación lleva al impugnante a concluir igualmente que se ha inobservado el artículo 217 del C. de P. P.

La primera reflexión que se ha de hacer en relación con este cargo, es que esta Corporación ha advertido que cuando se demanda la inaplicación del artículo 31 de la Carta, la correcta vía de impugnación no es al amparo de la causal de nulidad, sino por violación directa de la ley sustancial; y es así como ha sostenido:

"En relación con esta censura, que por lo ya dicho habrá de desecharse, agréguese que estuvo técnicamente formulada al amparo de la causal primera de casación y no con apoyo en la tercera, como parece entenderlo la Delegada al darle respuesta conjuntamente con el cargo de nulidad, porque reconocerle valor a una prueba nula, en verdad que constituye un error de derecho por falso juicio de legalidad, que no invalida el proceso.

"En relación con este cargo dígase por último que no es exacta la afirmación de la Delegada en el sentido de que la violación de normas constitucionales no es susceptible de ser atacada por la vía de la causal primera, pues aunque de ordinario el desconocimiento de ellas conduce a la nulidad del proceso, en otras veces su vulneración debe ser

encausada por la precitada vía, como sucede cuando, por ejemplo, se quebranta el artículo 31 superior". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz, agosto 12 de 1992).

"Por otra parte, tomando las argumentaciones de la Procuraduría como una hipótesis de discusión, se debe concluir que ella carece de razón porque se debe recordar que la inmensa mayoría de los principios constitucionales son igualmente normas legales, consagradas en la parte introductiva del Código de Procedimiento como principios o normas rectoras y es así como el artículo 31 de la Carta corresponde al 17 de la codificación procesal, lo que permite reclamar su cumplimiento, por la vía de la violación directa". (C.S.J., sentencia de agosto 22 de 1992. Magistrado Ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas).

"Las cosas apreciadas a derechas suelen ser las que más claridad exhiben y menos complicaciones entrañan. La técnica resulta atendida pues ésta 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. N., en el pronunciamiento de un fallo de condena, como propia a una violación directa de la ley, causal de expedito 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).

Se ha dicho por la Corporación que la *reformatio in pejus* de consagración constitucional no es una prohibición de carácter absoluto y es así como cuando se viola el principio de legalidad por imponerse penas que desconozcan los mínimos y máximos previstos para la penalidad, la sentencia de primera instancia puede ser modificada aún para ser agravada la pena; de la misma manera se ha sostenido por la jurisprudencia que cuando se trata de sentencias que tienen el grado jurisdiccional de la consulta, tampoco en relación con ellas opera la prohibición de la Carta Política y es por ello que en este caso al haberse conocido en segunda instancia en virtud de la consulta, debe determinarse si se trataba de esos fallos que la tenían.

Es evidente que la consulta como nuevo grado jurisdiccional de la consulta se imponía en este caso, porque debe recordarse que esta temática está diversamente regulada en el procedimiento por el que deben ser tramitados los delitos de terrorismo y narcotráfico, a como lo es en el procedimiento ordinario.

Es así como en los delitos que se tramitan por los jueces regionales, la consulta de conformidad con las previsiones del artículo 5º del Decreto 2790 numeral 4 atribuyó al Tribunal de Orden Público la competencia para conocer "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 implican devolución de bienes".

Norma conservada en el Decreto 099 de 1991 artículo 1° posteriormente convertida en legislación permanente en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2271 de 1991.

Es claro que si la sentencia de primera instancia entraña una decisión absolutoria es lógico concluir que se trataba de aquellas decisiones que tenían el grado jurisdiccional de la consulta tal como se dispone en la norma precedente transcrita.

En las condiciones precedentes y de conformidad con la Delegada se rechazará el cargo formulado.

Al amparo de la causal primera el recurrente plantea un único cargo por la presunta violación directa de la ley sustancial, por inaplicación del artículo 217 del C. de P. P. que aun cuando no estaba en vigencia al tiempo de proferirse el fallo, en desarrollo del artículo 29 de la C. N. se imponía el criterio de la aplicación de la ley penal favorable, desarrollado en el artículo 10 del C. de P. P.

Como bien lo sostiene el Procurador Delegado, en el momento de emitirse el fallo de segunda instancia (28 de enero de 1992) estaba vigente el artículo 31 de la Carta, más no el artículo 217 del C. de P. P. que sólo entraría en vigencia el primero de julio de 1992 y en tales condiciones es improcedente imputar como un yerro del censor la inaplicación de una norma inexistente en el momento de tomarse la decisión y el hecho que hubiera entrado en vigor mientras se tramitaba el recurso extraordinario, no permite afirmar con el argumento de la ley permisiva o favorable, que la actividad del sentenciador fue errada.

En tales condiciones ha debido enrutar el ataque por la inaplicación del artículo 31 de la C. N. como se sostuvo en antecedencia en las jurisprudencias transcritas.

Al desviar el ataque por la inaplicación el criterio de la adopción de la ley penal favorable, se sale del marco de la causal escogida.

Se ha de concluir entonces que el yerro atribuido al sentenciador no ha existido y tal como lo solicita la Delegada debe ser rechazado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó), *Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS

Si con relación a una persona se dictan dos sentencias condenatorias, es a la segunda a la que confluyen los elementos propios de una dosificación más benigna de la sanción; por ello el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, luego de advertir los presupuestos para la tasación punitiva previendo los eventos de concurso por conexidad se ocupa de aquellos en que se "hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos" acumulables para los cuales ordena: "En estos casos, la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer"; y no se olvide, que esta advertencia final de la norma va dirigida al Juez de ejecución de penas, que como se ha visto, es el encargado de la acumulación jurídica de las mismas cuando coexisten fallos diferentes acumulables.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8500.

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 064-VII-22/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 26 de julio de 1993.

Vistos

Dirime la Corte la colisión negativa de competencia suscitada entre los Juzgados Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara (Antioquia) y Veintidós Penal del Circuito de Medellín, los cuales declinan resolver respecto de la acumulación jurídica de penas solicitada por el sentenciado Gilberto Galeano Zapata.

Antecedentes

1. Mediante sentencia del 15 de marzo de 1990 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara (Antioquia) condenó a 48 meses de prisión a Gilberto Galeano Zapata por el delito de hurto calificado y agravado cometido en perjuicio de Diego Useche, María Cristina V. de Useche, Ramón Elías Calero y Colgate Palmolive el 30 de noviembre de 1988 en jurisdicción de ese municipio, cuando varios individuos intercep-

taron un camión cargado de mercancía amenazando con armas de fuego a su conductor y al ayudante, y luego de apoderarse de él, Galeano Zapata (o Zapata Galeano) asumió su conducción, siendo más adelante retenido por las autoridades de Policía, alertadas como habían sido por un amigo del legítimo conductor, extrañado de que el automotor fuera llevado por persona diferente.

El entonces procesado se hallaba privado de la libertad, por razón de la investigación en comentario, y el 18 de enero de 1991 el mismo Despacho Judicial le otorgó libertad condicional (fls.199-200); mas como dentro del término de prueba del dicho beneficio incurriera en un nuevo delito de igual naturaleza, el 20 de octubre de 1992, -cuando ya purgaba la pena por éste-, el Juzgado de Santa Bárbara le revocó el beneficio (folios 212-212 v.).

2. Por sentencia del 31 de marzo de 1992 el Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín condenó al mismo individuo a la pena de 48 meses de prisión por el delito de hurto agravado y calificado -como se dijo, cuando aún transcurría el período de prueba de la libertad condicional que le otorgara el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara- el 20 de diciembre de 1991, fecha en que tras apoderarse también con amenazas de armas de fuego de otro vehículo con un cargamento de polipropileno se dio a su conducción, actividad en la que fue sorprendido y aprehendido por la Policía. Estos hechos acaecieron en jurisdicción del Municipio de Medellín, y en virtud de ellos el procesado Galeano Zapata (o Gustavo Ramírez, como se hizo llamar al momento de su captura) permanece privado de la libertad, pues el fallo anotado cobró firmeza al abstenerse el Tribunal Superior del Distrito de revisarlo en apelación interpuesta por él pero carente de sustentación (folios 114 y ss. cd. ppl. 2).

3. Desde su sitio de reclusión, el 29 de abril del año que transcurre, el sentenciado en la cruencia de que tiene derecho solicitó al Juzgado Promiscuo del circuito de Santa Bárbara, con fundamento en el artículo 505 del C. P. P., la acumulación jurídica de penas (folio 222 cd. ppl. 1), pero tal Despacho, en auto del 4 de mayo próximo pasado la denegó declarándose carente de competencia debido a que el interesado no se halla privado de la libertad bajo su responsabilidad y por razón del proceso en el que le revocó la libertad condicional, sino bajo la responsabilidad del Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín a raíz de la última detención que se le hizo, es decir, que siendo que la sentencia que se halla en ejecución la proferida por este último Despacho, es a éste al que corresponde decidir el asunto.

En apoyo de su criterio aduce como aplicable también al caso, el artículo 26 del C. P., sobre mayor gravedad de la pena, que para el momento es la última, y no la suya, de la que apenas faltan por cumplirse 16 meses.

El funcionario dispuso, en consecuencia, el traslado de la petición al Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín, a la vez que, para el caso de no acoger su opinión, le propuso colisión negativa de competencia (folios 219-221 cd. ppl. 1).

4. Tampoco el Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín acepta ser competente para resolver lo correspondiente sobre lo que solicita el procesado Galeano Zapata (o Giraldo Ramírez), y trabando el conflicto negativo, en auto del 30 de junio último rechaza las razones del Juzgado de Santa Bárbara arguyendo que a falta de norma expresa en relación con el orden cronológico de ejecución de las sentencias, ha de

entenderse, interpretando los artículos 505, 75 y 15 transitorio del C. P. P., que la competencia radica en el Juzgado al cual el interesado dirigió la petición por haber sido el que primeramente dictó sentencia condenatoria, y que dada la claridad de las mentadas disposiciones el artículo 26 del C. P., ninguna injerencia tiene para el asunto en debate.

Consideraciones de la Corte

Aunque los argumentos de los funcionarios colisionantes no solucionan la cuestión planteada, es lo cierto que la competencia para decidir la acumulación jurídica solicitada por el procesado recae en el Juez 22 Penal del Circuito de Medellín de conformidad con siguientes precisiones:

El artículo 15 transitorio del C. P. P., al atribuir la competencia propia de los jueces aún no creados de ejecución de penas a otros funcionarios judiciales, establece como única condición que ella recaiga en el Juez que dictó la sentencia de primera instancia, en el proceso en que haya de surtirse la acumulación jurídica de las penas.

Tal es el sentido y alcance de la disposición, que al referirse a una figura jurídica determinada como que entre las funciones del Juez de ejecución de penas está, al tenor del numeral 3º del artículo 75 del mentado Estatuto la de conocer "De la *acumulación jurídica* de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona", no está aludiendo al Juez que primeramente hubiera emitido sentencia de condena contra tal persona, como extrañamente lo afirma con toda impropiedad el señor Juez 22 Penal del Circuito de Medellín al interpretar la disposición transitoria afirmando que "la primera instancia" de que habla se refiere a un orden cronológico de emisión de fallos, y no al orden jerárquico de los Jueces.

Ahora bien: frente a la coexistencia de sentencia de condena ejecutoriadas con penas acumulables dictadas por dos Despachos diferentes, en vista de no contener la ley procesal un precepto señalador en forma clara a quien compete hacer la acumulación, la situación genera un estado de perplejidad, pero apenas aparente. En efecto:

Si en un Juzgado, se profirió la primera sentencia de condena, y la segunda de éstas es posterior, es a éste al que confluyen los elementos propios de una dosificación más benigna de la sanción; por ello el artículo 505 del C. de P. P., luego de advertir los presupuestos para la tasación punitiva previendo los eventos de concurso por conexidad se ocupa de aquellos en que se "hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos acumulable para los cuales ordena: "En estos casos, la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer"; y no se olvide, que esta advertencia final de la norma va dirigida al Juez de ejecución de penas, que como se ha visto, es el encargado de la acumulación jurídica de las mismas cuando coexisten fallos diferentes acumulables.

Sucede entonces, que si la primera sanción impuesta ha de tenerse como parte de la sanción a imponerse en las subsiguientes sentencias, en tanto no se hayan creado los Jueces de ejecución de penas, asumirá las funciones de éste el Juez de la primera instancia según la jerarquía -no la cronología- fallador de éstas -si fueren más de una- que para el evento en diferendo lo es el Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín, cuya sentencia se emitió el 31 de marzo de 1992, dos años largos después de proferirse la del

Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara (15 de marzo de 1990) -situación en la cual ninguna injerencia tiene el que la persona se halle o no privada de la libertad-, ni el Juzgado en disenso a cuyas órdenes se hallare, en caso positivo, porque la acumulación jurídica de penas no está sujeta a requisitos de tal naturaleza. Lo único que exige la ley, sistemáticamente interpretada, es que los procesos hayan sido acumulables.

Se asignará, pues, la competencia al funcionario a que se haya hecho referencia.

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

RESUELVE:

Dirimir la colisión negativa trabada entre los Juzgados Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara (Antioquia) y 22 Penal del Circuito de Medellín, asignando la competencia para conocer de la solicitud de acumulación jurídica de penas, a este último mencionado Despacho.

Por vía informativa, *envíese* copia de este proveído al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara.

Cópiese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Gornico, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

Para demandar en casación excepcional no fallo se requiere demostrar en el escrito de interposición del recurso extraordinario no solamente la necesidad de la jurisprudencia en el aspecto jurídico concreto que se echa de menos, o la inminencia de la intervención de la Corte en defensa de los derechos fundamentales violados en el proceso, sino además que el caso es distinto a los regulados en el inciso primero de la norma para la casación tradicional. De donde puede verse que mientras en este recurso no hay formalismo alguno para su interposición, en aquél -el excepcional- sí se requiere y en forma exigente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8418.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada Acta número 064-VII-22/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 26 de julio de 1993.

Una vez agotado el trámite correspondiente, decide la Corte el recurso de reposición que interpusiera oportunamente el defensor del procesado José Manuel Jaimes Espinosa, contra la providencia que anuló parcialmente una actuación y negó el recurso extraordinario de casación excepcional contra el fallo condenatorio que le dictara el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la Capital.

Antecedentes Inmediatos

En el proceso ejecutivo de Ediciones Garra S. A., contra Editorial Italgraf fue designado secuestre el señor Jairo Hernando Gutiérrez García a quien se le dio la debida posesión, pero el gerente de la empresa embargada y secuestrada, doctor José Manuel Jaimes Espinosa no le permitió ejercer su cargo.

Se abrió investigación contra dicho gerente y se le vinculó al proceso, profiriéndosele resolución acusatoria por el delito de fraude a resolución judicial y sentencia condenatoria por el Juzgado 24 Penal del Circuito y el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá,

contra la cual el defensor interpuso recurso extraordinario de casación con apoyo en el artículo 218 del C. de P. P., siendo equivocadamente concedido por el Tribunal.

Remitido el proceso a la Corporación, de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes, se anuló todo lo indebidamente realizado por el Tribunal a partir, inclusive del auto que concedió el recurso y con excepción del proveído que dispuso el envío del expediente a la Corte.

Consecuentemente y previo el análisis sobre la viabilidad de la impugnación, la Corporación la denegó.

La Reposición

Contra lo decidido por la Corte el defensor del procesado interpuso reposición para que -aun cuando no lo dice- se revoque dicho auto y se entre a decidir si concede o no el recurso de casación interpuesto.

Sustenta de la siguiente manera su inconformidad:

"1. La Corte declaró nulo el auto por el cual el Tribunal Superior de Bogotá concedió el recurso de casación y todo lo actuado con posterioridad.

2. Ante ello, dentro del expediente fue solicitada la concesión del recurso de casación, pero como la actuación antes nombrada fue declarada nula, el recurso no ha sido concedido ya que corresponde a la Corte.

3. La Corte en su auto atacado declaró la nulidad e inadmitió el recurso de casación, lo cual no es procedente, pues se estaría violando el principio constitucional del debido proceso y el derecho de defensa, pues estaríamos saltando las etapas procesales de concesión del recurso y traslado a las partes.

4. Si el término del traslado de la demanda de casación fue declarado nulo, éste no se ha surtido, por ende la Corte no puede entrar a admitir o inadmitirá la demanda de casación presentada ya que ni siquiera ha sido concedido el recurso.

5. Si la Corte declaró nulo lo actuado desde el auto que concedió el recurso, ella debe proceder a analizar si lo concede o no para luego ordenar los trámites de rigor y poder analizar su procedencia teniendo en cuenta que se está concediendo un recurso y no con los lineamientos y restricciones que se deben tener en cuenta para admitir o no la demanda de casación.

6. Es totalmente discrecional de la Corte conceder o no el recurso de casación pero ello no lo libra de surtir las etapas procesales como son las de conceder el recurso, dar los traslados y una vez surtido ello, admitir o inadmitir el recurso conforme lo dispone el artículo 218 del C. P. P.".

Consideraciones de la Corte

Sorprende, por decir lo menos, la confusión que el defensor tiene sobre lo decidido en el proveído que recurre. En efecto, empieza por reconocer acertadamente en el numeral segundo de su argumentación que como corresponde a la Corte la concesión del

recurso y lo hecho en este sentido por el Tribunal fue anulado, éste "no ha sido concedido", lo cual corresponde a la realidad procesal. Sin embargo, en la consideración tercera, no obstante partir de premisa cierta -"La Corte en su auto atacado declaró la nulidad e inadmitió el recurso de casación"-, concluye equivocadamente que con dicha actuación se está violando el derecho -que no "el principio", como impropiamente lo dice- constitucional del debido proceso y el de defensa, porque se saltó la Corte las etapas de concesión del recurso y traslado a las partes.

Inexplicablemente entiende aquí el recurrente que las expresiones "concesión del recurso", son iguales al acto de declarar "ajustada la demanda", pues no otra cosa se infiere del argumento final de dicho considerando y por sobre todo, del consignado en el siguiente numeral de su escrito. Lo que parecía tener entonces muy claro el impugnante, lo confunde ahora deliberada o equivocadamente para pretender de la Corte un pronunciamiento ya realizado, pretextando indebidamente unas supuestas violaciones de derechos fundamentales, lo cual resulta por lo menos una exageración impropia de un jurisconsulto.

Con el argumento quinto de su alegación no solamente persiste en su confusión, sino que denota ya no haber leído con la atención requerida el auto impugnado, pues allí inequívocamente se analizó a la luz de las exigencias del artículo 218 del C. de P. P., la petición del recurso para concluir sin dubitación alguna que éste no era procedente, por lo cual se inadmitió.

Y para colmo de confusiones, en el numeral sexto de su escrito, entiende por "concesión del recurso" la decisión final de éste, es decir, el pronunciamiento sobre si se casa o no el fallo, lo cual es aún más imperdonable en un profesional del derecho.

Para la Corte no existe duda que la causa de estas confusiones, dando por sentada la buena fe, radica en que para demandar en casación excepcional un fallo se requiere demostrar en el escrito de interposición del recurso extraordinario no solamente la necesidad de la jurisprudencia en el aspecto jurídico concreto que se echa de menos, o la inminencia de la intervención de la Corte en defensa de los derechos fundamentales violados en el proceso, sino además que el caso es distinto a los regulados en el inciso primero de la norma para la casación tradicional. De donde puede verse que mientras en este recurso no hay formalismo alguno para su interposición, en aquél -el excepcional- sí se requiere y en forma exigente.

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

RESUELVE:

No reponer el proveído impugnado. En firme, dése cumplimiento a lo ordenado anteriormente.

Cópiese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó). *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

CIRCUNSTANCIA ESPECIFICA DE AGRAVACION / CIRCUNSTANCIA GENERICA DE AGRAVACION / PENA / PRESCRIPCION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / UNIDAD PROCESAL

1. Las circunstancias específicas, como su nombre lo indica, tienen un ámbito restringido como que se refieren a un delito o a un grupo de delitos, sobre los cuales tienen la capacidad de afectar la sanción respectiva dentro de unos lindes que le determina la ley. Es decir, los mínimos y los máximos de la pena se ven modificados taxativamente, de acuerdo con lo dispuesto para cada caso. /Las genéricas, en cambio, son aplicables a cualquier delito en general y su reconocimiento implica regular la discrecionalidad del fallador para que, dentro de las fronteras que le determina la ley, imponer el justo rigor punitivo, de acuerdo con la realidad procesal y siguiendo las pautas del artículo 61 del Código Penal. Es apenas obvio que estas circunstancias genéricas al no afectar las fronteras legales no se tienen en cuenta para los efectos de la prescripción. /En tratándose del fenómeno prescriptivo, su aplicación depende, exclusivamente, de las penas contempladas en los tipos básicos y especiales y las modificaciones concretas que sobre ellos hagan, en cada caso particular, las circunstancias específicas de atenuación o agravación punitivas que a ellos se refieran, dictadas en tipos subordinados. /2. Si el juzgador admite en la sentencia que existe duda y sin embargo, condena, la censura se debe formular por violación directa a la ley sustancial, por falta de aplicación de la norma correspondiente (artículo 248 del C. P. P.), pero si en el fallo no se admite la existencia de la duda, el ataque se debe concretar por la vía de la violación indirecta pues fue un error de hecho o de derecho el que llevó a la no aplicación de la norma en antes citada. / 3. En cuanto a la unidad procesal, muchas veces se ha dicho que no constituye una regla inmodificable. El legislador en casos especiales, como el de no comprender la resolución de acusación todos los hechos punibles o todos los partícipes, permite su ruptura. La agilidad del proceso es la razón.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7936.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 64.

Santafé de Bogotá, D. C., 26 de julio de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado Víctor Manuel Ortegón contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá mediante la cual lo halló responsable de un delito de abuso de confianza, sancionándolo a purgar la pena principal de dieciséis meses de prisión, multa de cincuenta mil pesos ($50.000.00) e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso.

Hechos

El compendio se realizó con propiedad en las instancias. La Sala recoge sus palabras:

"Se originaron con la denuncia instaurada por el señor Héctor Hernando Bernal Galvis, donde dice que para el mes de febrero o marzo de 1985, le dejó al señor Víctor Manuel Ortegón, en calidad de depósito, veintidós (22) semovientes raza Holstein, para el cuidado, pastaje, venta de leche y el producido por este concepto entregárselo a su progenitor, cuestión que efectuó por espacio de mes y medio o dos meses y al hacerle el reclamo sobre el particular, resultó ser el dueño de los mismos -según él- por compra hecha al señor Armando Rojas".

Sinopsis Procesal

Esta vez la síntesis le corresponde a la Delegada. Sus términos son los siguientes:

"El Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Zipaquirá, mediante auto del tres (3) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987) abrió la correspondiente investigación penal y vinculó a la misma mediante indagatoria a Víctor Manuel Ortegón Páez.

Cerrada la investigación, el Juzgado 94 de Instrucción Criminal de Zipaquirá por medio del proveído del once (11) de julio de mil novecientos noventa (1990) dictó resolución de acusación en contra de Víctor Manuel Ortegón Páez por el delito de abuso de confianza.

Celebrada la correspondiente audiencia pública, el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá condenó al procesado Víctor Manuel Ortegón Páez a la pena principal de dieciséis (16) meses de prisión y multa de cincuenta mil pesos ($50.000.00) como autor responsable del delito de abuso de confianza, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y al pago de los perjuicios materiales causados con la infracción.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, al resolver el recurso de apelación que fue interpuesto contra el fallo de primera instancia, mediante decisión del 10 de junio de 1992 confirmó la condena impuesta a Víctor Manuel Ortegón Páez.

Contra la anterior decisión se impetró recurso extraordinario de casación".

La Demanda

Con fundamento en las causales primera y tercera del artículo 220 Código de Procedimiento Penal, el recurrente eleva los siguientes cargos:

Primero.

Invoca la causal tercera por falta de competencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, al hallarse prescrita la acción penal. En seguida, critica la dosificación de la pena hecha por el sentenciador, por haber aplicado la agravante contenida en el numeral 1° del artículo 372, sin tener en cuenta que el procesado también tenía derecho a la minorante prevista en el artículo 64-1 que debía decretar de oficio la prescripción.

Advierte a continuación que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta la buena conducta anterior, la circunstancia de agravación punitiva "...hubiera quedado altamente disminuida o equilibrada, motivo por el cual no podía operar el aumento previsto en el artículo 372 del Código Penal, ordinal 1ª, forzosamente el máximo de cinco años para regular la prescripción de la acción penal hubiera operado". Dicha inaplicación quebrantó el artículo 29 de la Carta "...que manda tener en cuenta para su aplicación la ley permisiva y favorable en lugar de la restrictiva o desfavorable".

A renglón seguido precisa que los hechos investigados tuvieron ocurrencia en febrero o marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y que para la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación -veintiuno (21) de agosto de mil novecientos noventa (1990)- había transcurrido con suficiencia el lapso prescriptivo de cinco años, sin que se pueda tener en cuenta la agravante en comento, pues ante la presencia de la atemperante, por mandato del artículo 80 del Código Penal, "...desaparece en sus consecuencias jurídicas...". Solicita de la Corte, en consecuencia, hacer la declaratoria del fenómeno jurídico invocado.

Segundo.

Lo sitúa en el ámbito de la violación indirecta de la ley sustancial. Como infringidos cita los artículos 358, 372-1, por aplicación indebida y 64-1, 6° y 80, del Código Penal, por falta de aplicación. Además, los artículos 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal.

El sentenciador descartó la duda, en su primera afirmación, "...lo cual constituye, como es obvio, error de derecho". Más adelante asegura que la jurisprudencia señala "...que cuando ha sido planteado y no dilucidado por el *ad quem* para reconocerlo en favor del procesado, en este evento constituye error de hecho...".

Analiza luego los "...elementos probatorios..." que la defensa reclamó en su momento, contraponiendo la prueba de cargo (la denuncia, la fotocopia del contrato de compraventa y los testimonios de José Gómez y Armando Rojas), con la de descargo (la indagatoria de Ortegón y la denuncia que formulara éste contra Armando Rojas por el delito de estafa).

Sobre la última advierte que como el procesado niega haber recibido los semovientes para su cuidado, "...surge la duda en cuanto a este aspecto probatorio el que he debido

resolverse a favor del procesado". Respecto a la denuncia de Ortegón contra Rojas, ha debido investigarse y fallarse en este proceso, acumulándose al de abuso de confianza, por guardar conexidad. No haberlo hecho, constituye una irregularidad que afecta el debido proceso.

Tercero.

También sitúa el ataque en el terreno de la violación indirecta. Cometió el fallador un error de hecho -advera- al omitir la apreciación de la denuncia que elevara Ortegón contra Rojas y las constancias que obran sobre sus múltiples actividades delictivas, así como la multitud de cheques impagados que figuran en el expediente de los cuales se responsabiliza al procesado Rojas Quiñones constituyendo "...plena prueba de la alta peligrosidad del sindicado...".

Considera que se violó el artículo 358 del Código Penal, provocando una decisión adversa a su patrocinado pues si el Tribunal lo hubiera analizado, no habría aplicado esta disposición y, por ende, la sentencia habría sido absolutoria. Quebrantó, por tanto, en forma directa los artículos 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal y en forma indirecta el 358 del Código Penal.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Sobre el primer cargo examina los artículos 80 y 372, numeral 1º, para concluir que la punibilidad máxima y, por tanto, el término prescriptivo, para el caso presente, es de siete años y medio (7 1/2). De otra parte, rechaza el que haya debido tenerse en cuenta la atenuante prevista en el artículo 64-1, toda vez que es genérica y no específica. Incluso, si se aceptara su presencia es evidente que la disminución punitiva por razón de la buena conducta no podría superar seis meses de disminución, tiempo insuficiente para declarar la pérdida de potestad del Estado para juzgar esta conducta.

En lo que se refiere al segundo reproche, tilda de "afirmaciones personales" los razonamientos del censor y de "contrasentido" el predicar que está probada la duda, pues ella urge en la mente del sentenciador al confrontar la realidad procesal, sin que quepa una probanza específica de dicho fenómeno. Critica también la simple cita de unas pruebas de cargo, sin mayor comentario, oponiéndoles apenas un razonamiento elemental (la negativa del procesado) para presentar el surgimiento de la duda. Desconoce que ésta no se encuentra en las pruebas mismas sino en el juicio de valor que se desprende de su estudio. En lo que se refiere a la conexidad, la Delegada se remite al artículo 90 del Estatuto procedimental para responder negativamente a su pretensión. Finalmente, destaca la presentación en este mismo reproche, de dos causales de casación distintas, la primera y la tercera, provocando, con todo lo demás, la improsperidad de este ataque.

Tercero.

También pide su desestimación pues las pruebas que señala el actor como omitidas, no son determinantes en la decisión que adoptó el sentenciador, ni guardan relación directa con el asunto, como la referente a los antecedentes delictivos de Rojas. Para arribar a la responsabilidad del hoy condenado -asegura- el Tribunal hizo un análisis conjunto de todas las demás evidencias obrantes en el proceso.

La Corte

1ª El escrito presentado a la Sala para sustentar el recurso extraordinario, exhibe numerosas falencias tanto técnicas como de orden conceptual y argumental. Con un notorio descuido y mostrando un evidente desinterés por el rigor jurídico y lógico de las causales invocadas, el recurrente se limita a plasmar su inconformidad, reduciendo su razonamiento a un simple alegato de instancia, que al final queda como constancia de su rechazo a la decisión judicial.

2ª El estudio en detalle de los reproches, confirma el aserto.

Primero.

a) La prescripción de la acción penal, es el tema que pone como sustrato del debate. Una circunstancia específica de agravación punitiva (artículo 372-1 del Código Penal) y otra genérica de atenuación (artículo 64-1), constituyen el pilar de su argumentación. Deduce, entonces, que la presencia de la última anula la primera. Por tanto, para señalar la pérdida de la potestad del Estado para juzgar o condenar por el factor temporal, le basta una simple cita del tipo básico (artículo 358 del Código Penal) y la pena máxima que contempla.

b) Salta a la vista la confusión del censor, al equiparar las circunstancias genéricas con las específicas. Para él, poseen la misma naturaleza y, por ende, provocan los mismos efectos. Pero ello no es así.

Las específicas, como su nombre lo indica tienen un ámbito restringido como que se refieren a un delito o a un grupo de delitos, sobre los cuales tienen la capacidad de afectar la sanción respectiva dentro de unos linderos que le determina la ley. Es decir, los mínimos y máximos de la pena se ven modificados taxativamente, de acuerdo con lo dispuesto para cada caso.

Las genéricas, en cambio, son aplicables a cualquier delito en general y su reconocimiento implica regular la discrecionalidad del fallador para que, dentro de las fronteras que le determina la ley, imponer el justo rigor punitivo, de acuerdo con la realidad procesal y siguiendo las pautas del artículo 61 del Código Penal. Es apenas obvio que estas circunstancias genéricas al no afectar las fronteras legales no se tienen en cuenta para efectos de la prescripción.

c) Ahora bien, en tratándose del fenómeno prescriptivo, su aplicación depende, exclusivamente, de las penas contempladas en los tipos básicos y especiales y las modificaciones concretas que sobre ellos hagan, en cada caso particular, las circunstancias específicas de atenuación o agravación punitivas que a ellos se refieran, dictadas en tipos subordinados.

d) En el caso de la especie, el tipo básico es el artículo 358 del Código Penal que contempla una pena de uno (1) a cinco (5) años de prisión. No obstante, si el delito se comete sobre una cosa cuyo valor supere los cien mil pesos ($100.000,00) la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad, según lo preceptúa, el artículo 372-1, tipo subordinado, entre otros, del 358.

Ello quiere decir que los linderos originales de la pena se modifican inmediatamente, quedando como nuevo mínimo, dieciséis (16) meses y nuevo máximo siete años y medio

(7 1/2). Por consiguiente, en lo que se refiere al fenómeno prescriptivo, únicamente se tendrán en cuenta estos términos, contemplados específicamente en la ley. Así las cosas, serán los referidos siete años y medio (7 1/2) el término máximo a contar cuando se examine la etapa sumarial y respecto a la causa, los tres (3) años, nueve (9) meses que faltan se alargarán a cinco (5) años de acuerdo con el mandato del artículo 84 del Código Penal.

Si se tiene en cuenta que la conducta acaeció en los primeros meses de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y que la resolución de acusación quedó ejecutoriada el primero (1°) de agosto de mil novecientos noventa (1990), huelga concluir en la insuficiencia del conteo para sostener la pérdida de la potestad instructora y falladora del Estado. Lo mismo se predica de la etapa del juicio, pues a la fecha apenas han transcurrido treinta y cuatro (34) meses, restándole veintiséis (26) para cumplirse el lapso prescriptivo.

e) Una anotación al margen. Cuando el censor señala el precepto constitucional quebrantado, esto es, el artículo 29 de la Constitución Nacional, el 8° del Código Penal y el 10 del Código de Procedimiento Penal, destaca el que no se hubiera tenido en cuenta la aplicación de la ley permisiva o favorable en vez de la restrictiva o desfavorable. No entiende la Corte a qué viene esta alusión. La cuestión planteada se refiere al fenómeno de transmisión de leyes en el tiempo, en el cual la norma más benigna, bien por retroactividad, ora por ultractividad, según sea el caso, regirá un asunto determinado.

Nada tiene que ver este tema con el debate planteado, en el que se alegan normas contemporáneas entre sí, que contemplan un mayor o menor rigor para la situación del reo. Equivocación mayúscula del censor. Sobra cualquier comentario adicional.

El fracaso de la censura es ostensible.

Segundo.

a) Esta vez, el tema a desarrollar es el de la duda. Para presentarlo escoge la vía de la violación indirecta y como argumento enfrenta la prueba de cargo con la de descargo. Sin embargo, cuando apenas han corrido los primeros renglones, brotan sus primeras inconsistencias, tanto jurídicas como lógicas.

El fenómeno fue analizado y descartado, lo cual constituye un error de derecho, es su primer enunciado. En seguida, por *lapsus calami* o simple desconocimiento del tema, "aclara" que cuando la duda se plantea pero no se reconoce, se está en presencia de un error de hecho.

b) Dos comentarios merece el desacierto. El primero, de simple lógica. Un error de derecho, que versa sobre la evaluación de la prueba, no puede ser, al mismo tiempo, un error de hecho que trata sobre su expresión. Esta fusión que pretende hacer de dos sentidos diferentes tanto en esencia como en sus efectos, es inadmisible.

c) Pero aquí no termina el tropiezo del casacionista. También muestra no haber seguido con atención los cambios jurisprudenciales de la Corte, permaneciendo atado a los antiguos postulados. Durante un tiempo considerable se entendió, es cierto, que un desconocimiento del principio legal del *in dubio pro reo* constituía una violación indirecta de la ley sustancial. Si se reconocía la existencia de duda razonable y no se le aplicaba el valor de plena prueba *pro reo* asignado por la ley, se estaba en presencia de

un error de derecho por falso juicio de convicción, por violación indiscutible de la consecuencia jurídica del precepto respectivo. En cambio si se ignoraba la existencia de dicha duda y se decidía perjudicando los intereses del acusado, el error era de hecho por desconocimiento de la consecuencia fáctica condicionante de la respectiva norma (Cfr. sentencia de mayo 6 de 1982, Magistrado Ponente: Doctor Calderón Botero).

En época reciente, sin embargo, se recogió la tesis (*vid.*, entre otras, casación de mayo 6 de 1992, Magistrado Ponente: Doctor Calvete Rangel) donde se precisa que si el juzgador admite en la sentencia que existe duda y sin embargo, condena, la censura se debe formular por violación directa a la ley sustancial, por falta de aplicación de la norma correspondiente (artículo 248 del Código de Procedimiento Penal). Pero si en el fallo no se admite la existencia de la duda, el ataque se debe concretar por la vía de la violación indirecta pues fue un error de hecho o de derecho el que llevó a la no aplicación de la norma fenómeno en antes citada.

d) Si, como lo indica el actor, el Tribunal reconoció el fenómeno y, pese a ello, dictó sentencia de condena, su impugnación debió haberla elevado por la vía de la violación directa. Su equivocación es indudable y presto provoca el fracaso de sus aspiraciones.

e) Aquí no termina, sin embargo, el quehacer de la Sala. Una falencia más, esta vez de orden argumental, merece un comentario adicional. Un razonamiento -para tener vocación de éxito- ha de contar con un desarrollo profundo, claro y preciso del tema, de tal manera que el lector pueda extraer de él fácilmente el pensamiento de su autor y, por ende, suscitar la correspondiente reflexión.

La simple oposición de tesis y el tomar partido por una de ellas, simplemente por considerarla que es mejor que la otra, es un procedimiento que no sólo refleja carencia de seriedad, sino también -las más de las veces- ausencia de argumentos. La sencillez que proviene de la claridad sobre un tema no se puede confundir con la excusa de su desconocimiento.

En el reproche que se estudia, el casacionista considera que se está en presencia de una duda insalvable porque el imputado niega los cargos que se le hacen. Si se atendiera esta insólita tesis, en todos los procesos bastaría que el reo optara esta actitud para conseguir una sentencia absolutoria. Muy pocas, por decir ninguna, serían las decisiones condenatorias. Más aún, sobraría la investigación misma pues siempre se llegaría a idéntico resultado.

f) A estas alturas no sorprende la aparición de otros desaciertos. Ahora, la preocupación del demandante se centra en la unidad procesal. Según su parecer, la denuncia que su patrocinado elevara en contra de uno de los testigos, por estafa, ameritaba su investigación conjunta con este expediente. No haberlo hecho, constituye una irregularidad sustancial que desconoció el debido proceso.

El brusco abandono de la causal primera para pernoctar en la tercera, constituye la anotación inicial que quiere hacer la Sala sobre esta porción del cargo. Sin rubor ni medida el casacionista transita de aquí para allá y de allá para acá, sin importarle el atropello al principio de no contradicción. Para él, estas reglas son pura minucia. Importa solamente presentar el inventario de las propias razones, sin reparar en la disímil

naturaleza de las causales, sus ámbitos particulares, su imposibilidad de alegarlas al mismo tiempo, en fin, sus efectos diferentes. La abrupta mezcla de la primera y la tercera, señalan sin cubitación el despeñamiento de una censura donde lo absurdo corre parejo con su poquedad.

g) Cuanto a la unidad procesal, muchas veces se ha dicho que no constituye una regla inmodificable. El legislador, en casos especiales, como el de no comprender la resolución de acusación todos los hechos punibles o todos los partícipes, permite su ruptura. La agilidad del proceso es la razón.

Es por ello que la Sala ha repetido -siguiendo a la normatividad y a la razón de ser del principio mismo- que su quebrantamiento no origina nulidad alguna, salvo que vicie de tal manera el proceso, que la decisión final afecte el derecho de defensa. Por ello, no basta su alegación. Debe demostrarse, sin hesitación alguna, que el fallo desconoció esta garantía fundamental.

No obstante, el censor apenas enuncia el problema. Sus lacónicas palabras, aparte del desapego a la técnica, no enseñan nada, no demuestran ninguna cosa. Simplemente dejan constancia del presunto yerro. Escasez de ideas que en ningún estrado judicial, mucho menos en sede de casación, puede reportarle frutos positivos.

La sinrazón del cargo es evidente.

Tercero.

a) En esta ocasión, la "peligrosidad" es la materia del debate. Anclado en añosas concepciones positivistas, el censor cita el prontuario del testigo Armando Rojas, para predicar la inocencia del procesado. No haber tenido en cuenta el sentenciador la amplia carrera delictiva de Rojas para desdibujar su credibilidad, produjo el fallo condenatorio.

b) Es cierto que la credibilidad de un testigo depende, entre otros elementos de juicio, de sus antecedentes anteriores. Sin embargo, su vida delincuencial no afecta su seriedad en el proceso si las conductas reprochables son ajenas al debate procesal del momento y si su dicho es respaldado por otras probanzas.

c) En esta oportunidad, las diversas imputaciones que pone de presente el demandante son ajenas por completo al suceso criminoso que se le endilga al procesado. De otro lado, su versión de los hechos encontró sustento en la prueba testimonial que se recaudó en la investigación.

Independientemente de si Rojas debe ser considerado un delincuente o no, el haber estudiado el fallador sus antecedentes, en nada habrían variado su fallo condenatorio. La fortaleza de la prueba de cargo, plural y armónica, no podía conmoverse al afectarse la credibilidad de Rojas.

Ahora bien, al examinarse en conjunto con las demás pruebas, su dicho adquirió el vigor de la verdad. Recuérdese que la negociación entre Rojas y Bernal, se demostró no sólo con el dicho de los familiares de este último. De igual manera se tuvo como prueba sumaria, la fotocopia del contrato de compraventa, la aceptación que de este negocio hizo el mismo Ortegón, aunque adicionándole su creencia de que, a pesar de todo, seguía considerando los semovientes como suyos.

Así las cosas, el falso juicio de existencia, si bien halla comprobación en el proceso, es intranscendente y, por tanto, no merece la reparación que, por la vía casacional, intenta el impugnante.

La inocuidad de la censura impide su prosperidad.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase

Devuélvase al tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas (no firmó), Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

En virtud del principio de limitación la Corte únicamente puede transitar por el camino que le indique el censor, salvo cuando el estudio consiguiente surja una nulidad esencial que no haya alegado el recurrente, único caso en que oficiosamente puede remediar la falencia. Por consiguiente el estudio de la demanda sólo podrá hacerse de acuerdo con sus propios términos. Si ellos son escasos, contradictorios o ajenos a la causal invocada, la Colegiatura se verá imposibilitada de realizar el análisis de fondo y decidir en consecuencia. De igual forma, el recurrente ha de mostrarle a la Corte la trascendencia del yerro que alega, de tal entidad que, de no haberse cometido, el decurso procesal ineludiblemente habría sido favorable a su poderdante. Para ello no sólo ha de analizar la realidad procesal en su conjunto -no exclusivamente la propicia a sus intereses- para luego enfrentarla al fallo impugnado. De su comparación sin acudir a lucubraciones complicadas o artificios conceptuales, ha de emanar diáfanamente el error.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8581.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 65.

Santafé de Bogotá, D.C., 28 de julio de 1993.

Vistos

Decide la Sala si la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado Enrique Higuera Medina se ajusta a las prescripciones formales.

Con fundamento en la causal primera de casación, el recurrente plantea un único reproche, solicitando la absolución de su patrocinado, y coetáneamente, la casación parcial de la sentencia "...por el error de apreciación que indujo a no aplicar el artículo 31 del Código Penal armónico con el 61, 64 y 67 del Código Penal", debiéndose disminuir la pena a criterio de la Sala.

A continuación precisa que el yerro es de hecho pues infringe "...indirectamente en la modalidad de aplicación indebida..." un sinnúmero de artículos que cita a continua-

ción, advirtiendo que ello conllevó a *indebida apreciación y falta de apreciación de las pruebas* testimoniales...", así como también por haberse basado "...en medios de prueba técnico-legal *inexistentes*...", calificando como "exceso" el proceder del Tribunal, lo que lo hizo incurrir "...en violación directa de la ley sustantiva, pero ahora el error de hecho es propio de la interpretación errónea tanto del *a quo* como del *ad quem*...".

Luego en el acápite que denomina "demostración del cargo", advierte que los testimonios sufrieron el "...desconocimiento en su propio valor dentro de la sana crítica del testimonio...", pues en ellos se afirma que los deponentes jamás vieron al procesado en el lugar de los hechos. Por consiguiente "...se le negó *alcance* a la norma procesal del artículo 275 y 295 del Decreto 050 de 1987...", lo que se constituye en un error de hecho.

En lo atinente a la "evidencia" del error en comento, advera sobre la distorsión que sufrieron las versiones a que ha hecho mención como quiera que se les otorgó "...el alcance como prueba testimonial y la desviaron de cauce...". Más adelante asegura que la condena acusada "...obedeció a una prueba errónea...", al no dársele "...el valor de testimonio puro y jurídico como lo ordena y enseña la sana crítica del testimonio...", puesto que los declarantes "...merecen toda la credibilidad...".

Finalmente llama la atención sobre la inexistencia de la "...prueba obrante del elemento con que se le propinó la muerte..." a la víctima, así como tampoco "...existe un señalamiento directo, que hubiesen visto a mi defendido golpeándola en el momento en que dejo de existir...", lo que hace posible la presencia de la duda con ella la aplicación del *in dubio pro reo*, principio que tampoco aplicó el Tribunal. Por ello reitera su solicitud "...de que se case totalmente la sentencia impugnada eximiendo de toda responsabilidad a mi procurado...".

La Corte

1. De los requisitos formales que se exigen para la elaboración de la demanda de casación están el que se indique la causal sobre la cual se edifica la censura, así como sus fundamentos "en forma clara y precisa", amén de las normas que el recurrente estime infringidas. (Artículo 225 del Código de Procedimiento Penal).

2. Estas exigen no son un mero capricho del legislador. En virtud del principio de limitación la Corte únicamente puede transitar por el camino que le indique el censor, salvo cuando del estudio consiguiente surja una nulidad esencial que no haya alegado el recurrente, único caso en que oficiosamente puede remediar la falencia. Por consiguiente, el estudio de la demanda sólo podrá hacerse de acuerdo con sus propios términos. Si ellos son escasos contradictorios o ajenos a la causal invocada, la Colegiatura se verá imposibilitada de realizar el análisis de fondo y decidir en consecuencia.

De igual forma, el recurrente ha de mostrarle a la Corte la trascendencia del yerro que alega, de tal entidad que, de no haberse cometido, el decurso procesal ineludiblemente habría sido favorable a su poderdante. Para ello no sólo ha de analizar la realidad procesal en su conjunto -no exclusivamente la propicia a sus intereses- para luego enfrentarla al fallo impugnado. De su comparación, sin acudir a lucubraciones complicadas o artificios conceptuales, ha de emanar diáfanamente el error.

3. Un claro ejemplo del incumplimiento de este requisito formal es el presente libelo. De entrada, cuando apenas la Colegiatura busca enterarse del asunto, solicita el demandante dos decisiones de la Sala: absolución por tratarse de una "condena injusta" y disminución de la pena por tratarse de inimputable. Dos, por consiguiente, serían los cargos anunciados. No obstante, en el desarrollo apenas se refiere al primero, dejando en la orfandad el segundo, al cual no vuelve a hacer referencia, salvo cuando señala las normas violadas en el primer reproche, citando el artículo 31 del Código Penal, entre las numerosos preceptos que a su juicio fueron vulnerados con el fallo cuestionado.

En lo que atañe al primero -aparte de citar, como se dijo, el artículo 31- plantea un error de hecho pese a lo cual habla simultáneamente de violación directa e indirecta de la ley sustancial creando una dilogía que impide desde un comienzo conocer el verdadero alcance de la censura. Ahora bien, como quiera que el error de hecho presenta varias modalidades, falso juicio de identidad, y falso juicio de existencia por omisión o suposición, se espera que enmarque su tacha en uno de estos sentidos. Sin embargo, apenas menciona dos testificaciones que, a su juicio, indican la inocencia de su procegido pues lo sitúan en un lugar diferente cuando ocurrieron los hechos.

Unas veces dice que los testimonios que cita fueron tergiversados pero no señala en qué consistieron las distorsiones. Otras, asegura que fueron ignorados, afirmando más tarde que no se les dio el valor que se merecían, trasladando así, abruptamente, su impugnación al ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción para al final advertir -como si se tratara de otra objeción- que no existe evidencia de los elementos usados para cometer el ilícito, ni prueba directa que incrimine a su defendido, así como haberse fundamentado el fallo en pericias inexistentes.

Como bien se observa, el silencio que guarda sobre el sentido de su impugnación impide conocer la verdadera intención del actor que transita indiscriminadamente por la causal *primera*, sin saberse a ciencia cierta el falso juicio al cual se refiere, amalgama que dificulta un estudio de fondo de este primer reproche, al cual le adiciona menciones abstractas a otras pruebas, creando aun mayor confusión. De igual manera, aparte de que no analiza a fondo la prueba testimonial que recuerda tampoco lo hace con el fallo, ni mucho menos demuestra con certidumbre su cardinal importancia, de tal magnitud que, pese a las pruebas tomadas en consideración por el fallador, la absolución era ineludible. Acentuando la confusión, critica en abstracto la inaplicabilidad del *in dubio pro reo*, sin especificar el motivo y sentido, olvidando que la diversidad de este fenómeno permite violar directa o indirectamente la ley sustancial como en varias oportunidades lo ha precisado la Sala, omisión que impide identificar el problema y con ello intentar una respuesta acorde con sus ideas. A la ausencia de motivación se une la falta de precisión y claridad de la fundamentación, o si se prefiere, de un debido desarrollo del cargo para señalar el incumplimiento de este importante requisito formal.

4. En lo que se refiere a la segunda censura, no sólo incumple con la preceptiva formal de presentarla por separado y en forma subsidiaria. También -como ya se dijo- apenas lo enuncia sin presentar ninguna fundamentación, quedando todo reducido a un simple aserto, huérfano de cualquier razonamiento que permita sopesar su alcance e importancia.

5. Pero la Sala no sólo quiere destacar el absoluto desconocimiento de la técnica propia del recurso. De igual manera llama la atención sobre la exposición confusa de los argumentos. Frases oscuras, argumentos incomprensibles, proposiciones contradictorias, en suma, profusión de palabras, escritas unas tras otra sin orden ni sentido, para no hablar de los defectos gramaticales y a redacción incomprensible, factores todos a una que impiden no solo enmarcar la tacha en un específico motivo y sentido, sino, además, vedan el conocimiento sobre lo que en realidad quiere discutir o, por lo menos comentar. Valgan -a guisa de ejemplificación- los siguientes asertos: "infringe indirectamente y en la modalidad de aplicación indebida...", o "...esta sentencia se basó en cuanto a la responsabilización que se hizo a mi patrocinado..."; en este otro: "...es decir, distorsionaron la prueba, fáctica de principio dentro de la sana crítica del testimonio..."; o "...el procesado es autor o cómplice a título de culpabilidad o inimputabilidad...".

6. Como consecuencia de lo anterior, corresponde a la Sala decretar el rechazo *in limine* de la demanda por incumplimiento de los requisitos formales, y, en consecuencia, declarar desierto el recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

Rechazar in limine la demanda de casación presentada por el apoderado judicial del procesado Enrique Higuera Medina contra la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. En consecuencia, declárase desierto el recurso impetrado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO / SANA CRITICA

Pretender oponer un criterio estimativo de la prueba sobre el criterio de los jueces no conduce a evidenciar el pretendido error de hecho, donde la convicción o la certeza del juez dimana de un racional examen de la prueba legalmente aportada al proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7924.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 65 julio 28 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de julio de 1993.

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca de fecha junio 5 de 1992 que condenó a Jaime Cárdenas Calderón a la pena principal de diez años de prisión, como autor responsable penalmente del delito de homicidio en la persona de Pedro Antonio Ibáñez, se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de Casación por el abogado defensor del procesado.

Agotado el trámite de rigor y escuchado el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la Sala resuelve previas estas consideraciones:

Episodio Procesal

Relata el proceso, que en la noche del veintisiete de julio de 1991, varios vecinos del lugar, consumían bebidas embriagantes en la cantina denominada El Litoral del Municipio de Paratebueno del Departamento de Cundinamarca.

Al salir del local Pedro Antonio Ibáñez ofreció un trago de licor a Jaime Cárdenas, quien se negó a recibirlo, suscitándose entre los dos un altercado donde Ibáñez golpeó a Cárdenas y éste le respondió con unos planazos que le propinó con su machete o peinilla. Calmados los ánimos por la intervención de terceros, todos emprendieron el

regreso a sus hogares, pero de improviso apareció Cárdenas en el camino y alcanzando a Ibáñez le ocasionó por la espalda violentos machetazos que terminaron con su vida.

Cárdenas, en el curso de su indagatoria manifestó que había sido perseguido por Ibáñez y sus amigos y que para defenderse había empleado su peinilla lanzando golpes con las consecuencias ya conocidas.

La Demanda de Casación

Invoca en primer lugar el casacionista la causal de casación señalada en el numeral primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal y acusa la sentencia, de ser violatoria de la ley sustancial de manera indirecta por presuntos errores de hecho, al haber omitido el Tribunal la valoración de algunas pruebas lo cual llevó a la Corporación a estimar como demostrada la responsabilidad del acusado, estarlo.

Considera, que el juzgador incurrió en un falso juicio de identidad, al aceptar como veraces los testimonios de José Edgar Pérez y Javier Ferrer los cuales no son dignos de credibilidad en concepto del libelista y por esta errada apreciación de la prueba testimonial, no se aceptó en su integridad la versión del acusado quien planteo una causal de justificación.

Que en el mismo sentido, se desconoció la declaración de David Peñuela, quien apoya la legítima defensa su favor el acusado, pues conforme al dicho del testigo sí fue verdad que después del primer incidente Ibáñez al ser golpeado por Cardenas, emprendió emprendió la persecución de éste para aparecer momentos después el acusado Cárdenas manifestando que había tenido que golpear con su peinilla a quienes lo agredían.

Entra luego el censor a realizar un análisis de los testimonios de Edgar Pérez y Javier Ferrer, poniendo de presente las supuestas contradicciones en que incurren, para reafirmar su criterio de que no son dignos de credibilidad, expresando que los únicos declarantes veraces son David Peñuela y Víctor Acosta, cuyos dichos no apreció el juzgador en forma debida.

Anota, que el Tribunal no analizó cuidadosamente la diligencia de Inspección Judicial y que por ello consideró como dos episodios diferentes aquello que fue un solo hecho, donde Cárdenas fue provocado y agredido por Ibáñez, suscitando en aquél la reacción defensiva.

Concluye este cargo el libelista afirmando que del acervo probatorio surgían al menos un cúmulo de dudas que impedían al juzgador rechazar de plano las excepciones del procesado Cárdenas Calderón. Que la Corte debe casar la sentencia impugnada y absolver de toda responsabilidad penal al acusado.

En un segundo cargo, considera el actor que en el evento de que la Corte encuentre que la prueba que sirvió de fundamento al fallo ostente capacidad demostrativa, solicita de manera subsidiaria que se reconozca a su defendido la riminuente consagrada en el artículo 60 del Código Penal.

No expresa el casacionista de qué manera se quebrantó la ley sustancial con este presunto error del juzgador, limitándose en la fundamentación del cargo a expresar, que

el Tribunal razonó en forma contradictoria y equivocada al negar al acusado el atenuante de la justa ira, colocándolo como iniciador de la contienda y además como agresor injusto, cuando "...se sabe con absoluta certeza que Pedro Antonio agredió verbal y físicamente a Jaime, agresión dirigida a un campesino que como los de su clase, mantiene afortunadamente arraigados los principios morales, los cuales al ser objeto de atentados, producen estados anímicos suficientes para generar reacciones... Jaime Cárdenas Calderón, joven de cuna campesina, analfabeta y dedicado a su trabajo desde muy temprana edad, es objeto de una injusta provocación de carácter grave, toda vez que al negarse a tomar un trago de licor, implicó que recibiera insultos, agresiones físicas y ser además perseguido por ese mismo autor de la provocación, retándolo a que si era varón peleara, conminándolo a que sacara su elemento de trabajo, machete y riñera...

En desarrollo del cargo, se apoya en el testimonio de David Peñuela y concluye su alegato con una cita jurisprudencial, donde se expresa que en caso de duda y ante la ausencia de certeza debe acudirse al apotegma "*in dubio pro reo* y aplicársele al acusado para evitar una condena injusta.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en desacuerdo con el actor, considera que la sentencia no debe ser casada, ya que las peticiones del impugnante carecen de fundamento.

En relación con el primer cargo considera la Delegada, que el libelista se dedicó a criticar y controvertir la valoración probatoria del Tribunal, tratando de demostrar que los dichos de José Edgar Pérez y Víctor Acosta no son dignos de crédito y que en cambio la verdad se encuentra en los testimonios de Peñuela y Acosta, ignorando el censor que las pruebas censuradas no están sometidas a tarifa probatoria alguna y que el juzgador está facultado para apreciarlas libremente de acuerdo a los principios de la sana crítica.

Pone de presente que el testimonio de David Peñuela, fue recibido en varias oportunidades y en la última de ellas se abstuvo de declarar debido a su cercano parentesco con el acusado Cárdenas, razón por la cual el juzgador no lo tuvo en cuenta en el examen probatorio, circunstancia que no constituyó error ostensible y manifiesto de hecho como lo pregona el recurrente.

Admite la Delegada que si bien el Tribunal no valoró el testimonio de Víctor Acosta, dicha omisión carece de relevancia para variar el resultado del proceso toda vez que este testigo "...relata que efectivamente hubo persecución de la víctima al procesado, pero no aporta ningún dato importante que pueda restarle credibilidad a los testigos de cargo o probar la causal de justificación que insistentemente invoca el casacionista...". Considera por tanto, que el reproche no debe prosperar.

En relación con el segundo cargo que de manera subsidiaria plantea el casacionista, considera la Delegada que éste no tiene vocación de prosperidad.

Admite la Procuraduría que en un primer incidente Cárdenas fue provocado y agredido por el hoy occiso, en actitud que produjo un intercambio de golpes donde el procesado golpeó a la víctima con el plan de su machete.

Pero agrega la Procuraduría: "Sin embargo, luego de esta disputa medió un lapso en el cual Cárdenas premeditó la comisión del homicidio, circunstancia que excluye la posibilidad de aceptar el estado de ira e intenso dolor...".

Pone de presente la Procuraduría que si bien en comienzo Ibáñez persiguió al acusado para continuar el enfrentamiento, fue disuadido por sus amigos y convencido para que regresara al campamento, insinuación que aceptó dirigiéndose a dicho lugar; y que fue entonces cuando hizo su aparición Cárdenas para ocasionarle sorpresivamente la muerte.

Y agrega:

"...No es posible aceptar que la reacción del agredido pueda ser fraccionada o que podría actuar en estado de ira con sólo rememorar la agresión en cualquier momento de su vida y sin que exista un nuevo estímulo que reactive su inconformidad, porque aceptar tal planteamiento implicaría elevar la venganza a la categoría de diminuente punitivo, lo cual carece de todo respaldo en un estado de derecho...".

Por estas razones, considera la Procuraduría que no procede la censura.

Consideraciones de la Corte

Analizados los motivos de impugnación contenidos y sustentados deficientemente en la demanda, es fácil concluir que el recurso de casación propuesto no está encaminado a prosperar, porque en manera alguna han sido demostrados los cargos ni su incidencia en la sentencia.

La demanda en el fondo ensaya una crítica al criterio valorativo de la prueba aceptada por el Tribunal, para proferir el fallo condenatorio que ha despertado la inconformidad del impugnante, pretendiendo desconocer la fuerza incriminativa de los diversos elementos de juicio que pesan contra el acusado y lo señalan como autor de un homicidio simple.

Para el juez *a quo* como para el Tribunal el hecho criminoso tuvo el siguiente desarrollo:

Al salir de la cantina denominada "El Litoral", Ibáñez invitó a Cárdenas a consumir un trago de licor. Este fue rechazado, sintiéndose por ello ofendido Ibáñez quien reclamó en términos injuriosos a Cárdenas propinándole un puñetazo, agresión a la cual éste respondió desenfundando su peinilla y propinando con ella varios golpes de plan emprendiendo la retirada. Ibáñez trató de seguirlo pero fue disuadido por los presentes, emprendiendo más tarde el camino hacia su campamento. En este trayecto hizo su aparición Cárdenas, quien de manera sorpresiva le propinó a Ibáñez varios golpes de arma corto-contundente por la espalda ocasionándole la muerte.

A esta convicción sobre la ocurrencia de los hechos llegó el fallador, después de un detenido examen de la prueba de cargo, y en especial de las declaraciones de Edgar Pérez y Javier Ferrer, testigos presenciales de todo el episodio procesal, respaldados especialmente por el acta de la diligencia de necropsia que describe en el cuerpo de la víctima varias heridas de la región occipital y cervical y que establece como causa del fallecimiento: "muerte súbita por sección completa del primer segmento cervical de la médula espinal...".

Y en relación con esta prueba, el demandante no ha demostrado ningún error de hecho, pues sus planteamientos son apenas una interpretación subjetiva acerca del recaudo probatorio, en un esfuerzo por demeritar el razonado examen que de él hiciera el juzgador para desconocer en el proceder del acusado circunstancia alguna eximente o aminorante de la responsabilidad.

Por otra parte, para la defensa, el Tribunal incurrió en error de hecho al no estimar los testimonios de David Peñuela y Acosta, aspecto que no se acomoda plenamente a la realidad procesal. En relación con el primero de los nombrados, bueno es recordar que declaró en la indagación preliminar, primero ante un Inspector de Policía, luego ante el Juez Municipal y finalmente ante el Juez Instructor, ocasión en la cual, se abstuvo de rendir testimonio al ponerse en su conocimiento la no obligación de declarar contra parientes. Esta circunstancia y el vínculo de sangre que lo unía con el acusado, llevó al Tribunal a desestimar su versión inicial en actitud que no constituyó error ostensible de hecho por parte de la citada Corporación.

Y en lo que se refiere a Manuel Acosta, su versión fue tenida en cuenta y aceptada en cuanto al incidente inicial, pero no en los actos consumativos que no presenció por hallarse ausente del lugar.

Con estos testimonios no es dable sostener que ellos establezcan la inocencia del acusado o su responsabilidad, o que constituyan indicio grave en el mismo sentido.

Como se advierte con toda claridad, de todo lo anterior sólo existe una discrepancia entre los falladores de instancia y el abogado encargado de la defensa, sobre la responsabilidad del acusado y la credibilidad que debe otorgarse a la prueba testimonial, desacuerdo muy frecuente en los procesos penales, pero a todas luces insuficiente para estructurar los supuestos errores de hecho que alega la impugnante.

Este modo de argumentar de la libelista, aceptable en las instancias es inadmisible en sede de casación, porque -se repite- pretender oponer un criterio estimativo de la prueba sobre el criterio de los jueces no conduce a evidenciar el pretendido error de hecho, menos en casos como el que ocupa la atención de la Sala, donde la convicción o la certeza del juez dimana de un racional examen de la prueba legalmente aportada al proceso y que el casacionista no refuta o desvirtúa en forma seria en ninguno de sus cargos.

De ahí que este reproche no pueda prosperar.

Igual suerte debe correr el segundo cargo donde el libelista reclama de manera subsidiaria el reconocimiento de un estado de ira a favor del acusado.

Pudiera pensarse de las argumentaciones del censor, que éste alegara una violación indirecta de la ley por no apreciación del testimonio de David Peñuela, presunto error que ya tuvo oportunidad de considerar la Sala como inexistente, por las razones expresadas al contestar el punto anterior.

Pero aquello que el censor presenta bajo el aparente ropaje de un error de hecho, no es sino una disparidad conceptual sobre el aspecto fáctico, es decir, en relación a la forma como ocurrieron los hechos y sobre la causa determinante del homicidio. Mientras para el impugnante se trató de un solo episodio sin solución de continuidad, donde el

acusado fue provocado llegando al acto delictuoso en un estado de justificación, para el Tribunal, se trató de dos episodios diferentes, separado por circunstancias de tiempo y de modo, en el primero de los cuales el homicida injustamente provocado intercambió golpes con el inicial agresor, y un segundo momento, donde, calmados los ánimos y concluido el enfrentamiento, Cárdenas esperó a la víctima para atacarla sorpresivamente por la espalda, movido por un insano sentimiento de venganza.

El pretender desvirtuar con el testimonio de Pineda, cuya credibilidad es sospechosa, los serios razonamientos del juzgador para hacer creer que los hechos ocurrieron de manera diferente a como lo entendió el Tribunal, es posición inadmisible en sede de casación y lleva a la desestimación del cargo.

No prospera la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, en total acuerdo con el concepto de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida a nombre del procesado Jaime Cárdenas Calderón, de fecha, origen y naturaleza ampliamente expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / CASACION OFICIOSA

No es suficiente para la prosperidad de la demanda, que en ella aparezca señalada la causal de casación o que se haga la simple afirmación de que la sentencia es violatoria de la ley sustancial. Es indispensable además, que se fundamente en debida forma la causal, ofreciendo las razones jurídicas y lógicas que demuestren que en la sentencia se incurrió en errores *in iudicando* de tal magnitud que llevaron a la violación de manera evidente de una norma sustancial, con innegable agravio para los intereses del impugnante. Esta adecuada fundamentación de la causal es inevitable para la prosperidad del recurso. / No obstante si con una sentencia injusta se ha quebrantado de manera ostensible las garantías fundamentales, la Corte como excepción al principio de limitación podrá casar oficiosamente el fallo como lo autoriza el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal de 1991, sin que quiera decir lo anterior, que el demandante quede exento de la observancia plena en el libelo, de los presupuestos que señala el artículo 225 del estatuto citado, entre ellos el de presentar "...la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas...". Y tratándose de la causal primera, es deber del libelista señalar de manera expresa y concreta si el quebranto de la ley sustancial se realizó de manera directa y de qué modo se llegó a ese quebranto, o si esa violación se efectuó de manera indirecta a través de errores en la apreciación probatoria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7771.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 65.

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de julio de 1993.

Vistos

Ha sido recurrida en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, de fecha mayo 8 de 1992, que confirmó sin modificaciones la del

Juzgado 22 Superior de esta misma ciudad, mediante la cual se condenó a Carlos Julio Cortés a la pena principal de diez (10) años de prisión como autor responsable penalmente del delito de homicidio en la persona de Jorge Enrique Garzón, conforme a hechos ocurridos en este lugar en la noche del 7 de mayo de 1990.

Agotado el trámite propio del recurso y escuchado el concepto del Ministerio Público, la Sala resuelve previas estas consideraciones:

Episodio Procesal

Relatan los autos que en la noche del 7 de mayo de 1990 en el sitio denominado "El Rincón Caleño" del barrio Las Delicias de esta ciudad, Jorge Enrique Garzón departía con varios amigos, cuando hizo su aparición en el local Carlos Julio Cortés acompañado de Jorge Páez Garibello.

Debido a la alteración anímica producto de bebidas embriagantes, surgió entre los primeros y los recién llegados una agria discusión, que culminó cuando Cortés disparó su revólver sobre Garzón ocasionándole la muerte.

Cortés en su primera versión ante la justicia, manifestó que el disparo se había producido de manera accidental cuando forcejeaba por la posesión del revólver.

Al analizar la prueba de cargo, los juzgadores tanto de primera como de segunda instancia, consideraron a Cortés como responsable de un homicidio de simple propósito.

La Demanda

De la lectura de la deficiente y contradictoria demanda puede desentrañarse que dos cargos formula la actora a la sentencia, al amparo de la causal primera de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal y que concreta así:

"...A. Error de hecho al emitir falso juicio de existencia por omisión...".

"...B. Violación directa por falta de aplicación...".

En la demostración del cargo primero cita la demandante algunos apartes de la declaración de Enrique Vargas Rojas, que en su concepto no fueron apreciados por el fallador, lo cual llevó equivocadamente a la Corporación a considerar como doloso el comportamiento del sentenciado.

Afirma de igual modo, que se desestimó la confesión calificada del acusado, versión según la cual, la muerte de Jorge Enrique Garzón fue la consecuencia de un caso fortuito y no de un acto doloso.

Insiste, en que no se consideró en su integridad ni en su verdadero sentido el testimonio de José Luis Carrillo, prueba ésta que unida a otros elementos de convicción como la diligencia de necropsia, otorgaban credibilidad a la versión exculpatoria del sentenciado.

Concluye la censura afirmando que por estos errores en la apreciación probatoria, se terminó declarando "como autor de homicidio doloso a quien no lo es...".

En desarrollo del segundo cargo, sostiene la recurrente, que se incurrió en la sentencia en una violación indirecta de la ley, al no darse aplicación al artículo 60 del

Código Penal, ya que en concepto de la libelista, está demostrado en el proceso que el acusado obró en estado de justa ira.

Cita luego algunos apartes de la versión del inculpado, de los testimonios de Jorge Páez, José Luis Carrillo y Hernán Mejía, elementos de convicción que a juicio de la recurrente, demuestran la grave e injusta provocación de que fue objeto el acusado, creando en él, el estado emocional que lo llevó al delito.

De ahí que concluya la fundamentación de este segundo reproche, afirmando que si el procesado es responsable, realizó la conducta en circunstancias diferentes a las consignadas en el fallo.

Trae como normas sustanciales quebrantadas los artículos 23 y 323 del Código Penal.

Concepto de la Procuraduría y Consideraciones de la Sala

Inicia la Procuraduría Tercera Delegada su meritorio concepto, por rechazar la apreciación de la actora en el sentido de que "...afortunadamente es imperativo constitucional la prevalencia del derecho sustancial, y por ende no es menester excederse en formalidades para señalar los cargos, bastando afirmar que hay violación de la ley sustancial en la sentencia proferida...".

Para la Delegada, el hecho de que se cite la norma sustancial presuntamente violada, no exime al demandante del deber de cumplir con las cargas que las disposiciones rituales imponen a los sujetos procesales, ni puede pensarse que haya liberado de todo formalismo el recurso, hasta el punto que la impugnación extraordinaria se convierta en una tercera instancia no prevista en la Constitución ni la ley. Aclara el Ministerio Público que las exigencias técnicas de la casación deben observarse en la formulación de la demanda y que sólo por vía de excepción la Corte puede apartarse de ellas, cuando la sentencia atenta contra las garantías fundamentales conforme a lo establecido en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Considera la Corte, que indudablemente no es suficiente para la prosperidad de la demanda, que en ella aparezca señalada la causal de casación o que se haga la simple afirmación de que la sentencia es violatoria de la ley sustancial. Es indispensable además, que se fundamente en debida forma la causal, ofreciendo las razones jurídicas y lógicas que demuestren que en la sentencia se incurrió en errores *in judicando* de tal magnitud que llevaron a la violación de manera evidente de una norma sustancial, con innegable agravio para los intereses del impugnante. Esta adecuada fundamentación de la causal es inevitable para la prosperidad del recurso.

No obstante, si con una sentencia injusta se han quebrantado de manera ostensible las garantías fundamentales, la Corte, como excepción al principio de limitación podrá casar oficiosamente el fallo como lo autoriza el artículo 228 del Código Penal de 1991, sin que quiera decir lo anterior, que el demandante quede exento de la observancia plena en el libelo, de los presupuestos que señala el artículo 225 del estatuto citado, entre ellos el de presentar "...la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas...". Y tratándose de la causal primera, es deber del libelista señalar de

manera expresa y concreta si el quebranto de la ley sustancial se realizó de manera directa y de qué modo se llegó a ese quebranto, o si esa violación se efectuó de manera indirecta a través de errores en la apreciación probatoria.

La equivocada apreciación que tuvo la demandante sobre este aspecto, la llevó a presentar cargos sin la debida y adecuada fundamentación, como lo afirma el señor Procurador quien solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

Previa esta necesaria aclaración, se ocupará la Sala de los cargos formulados en la demanda.

Sostiene en su primer reproche la actora, que el juzgador incurrió en errores de hecho al no apreciar en su integridad la declaración de Enrique Vargas Rojas, la de José Luis Carrillo, ni la versión rendida en la diligencia de indagatoria por el acusado, y que por ello se consideró como dolosa una conducta que fue simplemente accidental y por ello involuntaria.

Para fundamentar su planteamiento, la abogada demandante realiza un examen de las pruebas que en su concepto y conforme a sus puntos de vista sustentan la tesis por ella propuesta.

Se aprecia por tanto de lo alegado, que se trata de una simple contraposición de criterios sobre el alcance y sentido dado a la prueba de cargo, y no de una omisión en la apreciación del acervo probatorio, pues los elementos de juicio que la actora reseña, fueron objeto de análisis y detenida reflexión durante las instancias, para concluir que los hechos ocurrieron como los apreciaron los juzgadores, es decir, que Carlos Julio Cortés disparó deliberadamente sobre Jorge Enrique Garzón como epílogo de una breve discusión, sin que fuera suficiente para disuadirlo de su propósito homicida, la intervención o mediación del dueño del establecimiento donde se consumó el delito.

A diferencia de lo que opina la demandante, para el Tribunal el acervo probatorio sí demuestra que la actitud de Carlos Julio Cortés fue dolosa, que obró con la intención de delinquir y que deliberadamente disparó su revólver contra uno de los adversarios con los cuales mantenía seria discusión, posición a la cual arribaron los juzgadores con ponderadas y contundentes consideraciones consignadas en los fallos acusados y que la demandante se abstiene de rebatir o desvirtuar.

No prospera la censura.

Cargo segundo. En un segundo cargo, aunque contradictorio con el anterior, la libelista admite que el sentenciado, sí es responsable de un homicidio doloso, pero que obró dentro de los estadios de un estado de ira, que el juzgador, por errores de hecho en la apreciación probatoria, se abstuvo de reconocer.

No obstante esta evidente contradicción, la Sala se ocupará del cargo, por haber sido presentado separadamente y de manera subsidiaria como lo permite el inciso final del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Para la Procuraduría, "...la libelista emprende su ataque con la transcripción de algunos apartes de las pruebas recaudadas, todas las cuales dan cuenta de una discusión antecedente entre el procesado y un tercero, pero deja huérfanos de argumentos sus conclusiones... Adviértase que ni aun a través de las transcripciones de los contenidos

probatorios se logra siquiera insinuar el carácter grave que reclama la norma aludida por la libelista y que ella califica sin verdaderos elementos de juicio de tal categoría. Se sabe procesalmente que alguien intercambió con el sentenciado palabras soeces, que para culminar tal discusión Carlos Julio Cortés accionó su arma, pero se desconoce cualquier otra fuente de provocación, que pudiera hacer surgir en el ánimo del acusado un estado de ira intenso que determinara su actuar culpable...".

Y agrega la Delegada, que "...las aseveraciones de la memorialista en el sentido de que los insultos fueron graves e injustos, no obedecen más que a especulaciones que no pueden, por muy enfáticas que sean, remover las conclusiones del juzgador que en este punto no le mostraron la más mínima inquietud...".

Asiste toda la razón a la Procuraduría en sus afirmaciones, porque de la prueba transcrita por la demandante, no se desprende la existencia de los elementos que configuran la atenuante de la ira, esto es, un comportamiento grave e ajeno por parte de la víctima.

El propio acusado en el curso de su indagatoria se limita a decir, que uno de los integrantes del grupo del cual formaba parte la víctima lanzó "frases irónicas como "...uy hermano es que está bueno el bazuco y la marihuana. ", circunstancia que provocó en el acusado voces de protesta que culminaron con el disparo que segó la vida a Garzón.

Si es verdad, que en otro aparte de su injuriada afirma Cortés que desde la mesa de sus adversarios lo trataron de "marihuaneros hijueputas". tal afirmación se encuentra huérfana de respaldo en el proceso y el único que afirma haber escuchado términos injuriosos es José Luis Castillo quien los coloca en boca del agresor homicida. Son estas sus palabras:

"Pues yo lo que alcancé a escuchar del agresor fue que dijo: no es que este hijueputa no sé que, pero yo no sé si se refería a administrador o al muerto...".

Los demás declarantes en número considerable, sólo hablan de mutuos desafíos que el testigo Jorge Hernán Mejía administrador del local, concreta así:

"...El señor Luis el mesero, me dijo que estaban discutiendo con los señores que estaban al frente de esa mesa, luego yo salí de la barra y me dirigí a la mesa del señor que mató al finado, y entonces yo le pedí el favor de que se salieran para afuera y le dije que no quería problemas, entonces lo que yo escuché era que el señor que estaba en la mesa del frente le dijo al señor que mató al finado, que si era que estaba muy delicado, entonces le dijo que si, que el tenía un mazo, entonces el otro señor le respondió que eso a él no le importaba, que él también tenía uno, luego yo vi que el señor sacó el revólver y lo montó...".

Así las cosas, la Corte ha de estar de acuerdo con la Delegada, cuando afirma que los elementos que integran el atenuante de la ira no aparecen en autos y menos fueron demostrados por la demandante. El caudal probatorio pone en evidencia que Carlos Julio Cortés cometió un homicidio voluntario, y obró con acierto el Tribunal al rechazar el atenuante del artículo 60, pues si bien el acusado actuó alterado anímicamente, no existió un comportamiento ajeno, grave e injusto de parte de la víctima, como causa generadora del reato.

En estas condiciones, la demanda no puede prosperar.

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

No casa la sentencia recurrida en favor del sentenciado Carlos Julio Cortés, 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 Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL / COMPETENCIA

Estando ejecutoriada la sentencia definitiva, corresponde al Juez de ejecución de penas o medidas de seguridad (que lo es actualmente el que dictó el fallo de primera instancia), al tenor de lo preceptuado en el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, resolver sobre las rebajas de pena a que pueda tener derecho un sentenciado, mediante la providencia motivada, es decir, la Corte carece de competencia para pronunciarse respecto de la petición de redención de pena por trabajo a que pueda tener derecho el procesado y sobre la viabilidad del beneficio de libertad condicional cuya atribución la confiere en forma exclusiva al mismo funcionario el artículo 515 *ibidem*.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 7810.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*.

Aprobado Acta número 065.

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de julio de 1993.

Vistos

El apoderado del procesado Guillermo Calderón Vargas, solicita el beneficio de libertad condicional en favor de su representado, por considerar que el tiempo efectivo en reclusión y la rebaja de pena a que tiene derecho por trabajo, resultan suficientes para acreditar los requisitos del artículo 72 del Código Penal.

Acompaña certificados de trabajo expedidos por la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad y del Circuito Judicial de Villeta donde actualmente se halla recluido y acta del consejo de disciplina.

Consideraciones de la Corte

En fallo de fecha 22 de los presentes mes y año la Sala no casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 30 de abril de 1992, confirmatoria de

la dictada por el Juzgado 36 Penal del Circuito de la misma ciudad del 23 de enero inmediatamente anterior, que impuso a Calderón Vargas como pena privativa de la libertad la de cuarenta (40) meses de prisión como coautor responsable del delito de hurto calificado y agravado.

Estando ejecutoriada la sentencia definitiva, corresponde al juez de ejecución de penas o medidas de seguridad (que lo es actualmente el que dictó el fallo de primera instancia), al tenor de lo preceptuado en el artículo 516 del Código de Procedimiento Penal, resolver sobre las rebajas de pena a que pueda tener derecho Calderón Vargas, mediante providencia motivada, es decir, la Corte carece de competencia para pronunciarse respecto de la petición de redención de pena por trabajo a que pueda tener derecho el procesado y sobre la viabilidad del beneficio de libertad condicional cuya atribución la confiere en forma exclusiva al mismo funcionario el artículo 515 *ibidem*.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de resolver la petición anotada y dispondrá el retorno del expediente al Juzgado de primera instancia, por intermedio del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, a quien correspondió decidir lo pertinente según lo previsto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, *Se Abstiene* de considerar la petición de libertad condicional elevada por el apoderado del procesado Guillermo Calderón Vargas y ordena la devolución inmediata del expediente al Juzgado 36 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá por intermedio del Tribunal Superior de la misma ciudad.

Comuníquesele telegráficamente al procesado a la Cárcel del Distrito Judicial de Villeta, el curso de la petición de su defensor y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó). *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / TESTIMONIO

El recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia. Es oportuno recordar que con la decisión de segunda instancia se agota la fase ordinaria del proceso, por lo tanto esa sentencia tiene carácter definitivo (no significa lo mismo ejecutoriada), y está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, todo lo cual sólo es posible desconocer si se demuestra la ilegalidad del fallo, por haber incurrido el juez en un error *in iudicando* o *in procedendo* demandable en casación a través de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley. /La prueba testimonial se valora de acuerdo con la sana crítica.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7688.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 066.

Santafé de Bogotá D.C., 29 de julio de 1993.

Vistos

Procede la Corte a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Rafael Ernesto Contreras Sierra, contra la sentencia del Tribunal Superior de Sincelejo, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Superior de la misma ciudad que lo condenó a la pena principal de doce (12) años de prisión y multa de cuatro mil pesos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez años, al hallarlo responsable de los delitos de homicidio simple y lesiones personales.

I. Hechos

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal los resumió así:

"Ocurrieron el 6 de octubre de 1990, en la residencia de la carrera 16 con calle 23 número 16-08 de la nomenclatura urbana de Sincelejo (Sucre), donde a la vez funciona

el salón de belleza denominado "Rafa" de propiedad del estilista Rafael Contreras Sierra. En este apartado (sic) departían, desde el comienzo de la noche, el dueño del negocio y sus empleados David Alberto González Puentes, más conocido como "El Pecas" o "Filipinus", y Pedro Díaz Mestre.

"Eran aproximadamente las 11:30 p.m., cuando se originó un severo altercado entre los circunstantes, quienes terminaron con heridas ocasionadas con arma cortopunzante, así: Contreras Sierra, en la mejilla derecha, codo y mano izquierda; Díaz Mestre, en la ceja derecha y región nuso-malar derecha, y González Puentes presentó dos lesiones: Una de 2 cms. de extensión, en sentido oblicuo y otra de 1 cm. de extensión, de igual característica a la anterior; todas localizadas en la cara lateral derecha del cuello, distante dos centímetros entre sí, las cuales le ocasionaron la muerte pocos minutos después en hospital cercano a donde presuroso acudió y en cuya puerta cayó desfallecido por la anemia aguda sobrevino este por ruptura de la yugular derecha".

II. Actuación Procesal

El Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Sincelejo adelantó la investigación, vinculando a Rafael Ernesto Contreras Sierra y Pedro Pablo Díaz Mestre mediante indagatoria, a quienes se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva para el primero y absteniéndose de imponer medida de aseguramiento al segundo, cuya libertad se ordenó en forma inmediata.

Cerrada la investigación el 28 de noviembre de 1990, el apoderado de la parte civil interpuso recurso de reposición y en auto de 7 de diciembre siguiente se ordenó dejar abierta la instrucción con miras a establecer las secuelas, incapacidad y clase de arma que produjo las lesiones a Pedro Pablo Díaz Mestre, lo que así se hizo por conducto del experto médico forense. La investigación fue clausurada por auto de 19 del mismo mes y año.

Se calificó el mérito del sumario el 24 de enero de 1991 con resolución de acusación contra Rafael Contreras Sierra por los delitos de homicidio y lesiones personales en concurso (artículos 323 y 333 del Código Penal), y cesación de procedimiento en favor de Pedro Díaz Mestre.

Apelada la resolución de acusación por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Sincelejo la confirmó totalmente, mediante providencia de abril 15 de 1991.

En escrito de 28 de mayo de 1991, el procesado solicitó ampliación de indagatoria con el fin de "suministrar datos que interesan al proceso" y de los cuales no fue interrogado. Esta petición no tuvo éxito por haber sido presentada en forma extemporánea. No obstante se advirtió que en el transcurso de la audiencia pública, el procesado será nuevamente interrogado acerca de los hechos.

Apelado en tiempo el auto que negó las pruebas pedidas por el defensor, el Tribunal Superior revocó tal determinación y en su lugar dispuso la práctica de las mismas. El juzgado en proveído de agosto 23, libró las citas correspondientes.

El Juzgado Superior de Sincelejo que tramitó la etapa del juicio, una vez que finalizó la audiencia pública dictó sentencia condenatoria, que fue confirmada por el Tribunal.

III. La Demanda

El libelista invoca la causal primera, violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, y a su amparo formula cinco cargos así:

Primer cargo. Dice el censor que el fallador incurrió en los "siguientes errores de hecho que lo llevaron a un falso juicio":

a) Al hacer el análisis de las pruebas de responsabilidad se tuvieron en cuenta las que demuestran la existencia del hecho criminal y la tipicidad del mismo, confusión que llevó al fallador a este error de hecho, pues sabido es que el acta de levantamiento del cadáver, protocolo de necropsia, presanidad y partida de defunción no son pruebas de responsabilidad. Si no hacen este falso análisis hubieran llegado a la conclusión de que la prueba contra el sindicado la constituía un único testigo de cargo Pedro Pablo Díaz Mestre.

b) Se hizo un falso análisis de las personas del sindicado y acusado. El Tribunal incurrió en grave error de hecho al considerar a Díaz Mestre como un testigo excepcional, confundió los atributos de este testigo con los indicios que lo colocan en el campo de la sospecha y la duda, si ello no hubiera sido así el fallador hubiese tenido que absolver al sindicado Contreras Sierra por las dudas del único testigo de cargo.

c) El Tribunal no tuvo en cuenta que tanto el sindicado como el testigo de cargo han manifestado el consumo de aguardiente el día de los hechos, "lo que hace presumir que este consumo empezó más o menos a las seis y media de la tarde y los hechos ocurrieron a las once y media de la noche lo que por lógica, aunque no existe la prueba de alcoholemia se debe presumir un estado de embriaguez avanzado".

Tampoco se tuvo en cuenta que el único testigo de cargo rindió dos versiones distintas, ya que ante la Sijin y los agentes investigadores manifestó que habían sido atracados y ante el juzgado instructor hizo cargos a Contreras Sierra, si el Tribunal hubiese tenido en cuenta estos hechos y circunstancias hubiera concluido que las afirmaciones del testigo eran dudosas por la imposibilidad de saber en qué momento y ante qué funcionario dijo la verdad o si ambas versiones son falsas. El fallador omitió este análisis y por ello incurrió en error de hecho, pues el único testigo de cargo no reúne los requisitos ni atributos que la sana crítica exige para haberlo considerado como excepcional cuando en realidad era sospechoso; el fallador incurrió en falso juicio al exagerar los alcances jurídicos que merece el testigo, única prueba que sirvió para la condena, por lo que reclama que se infirme el fallo y se dicte la sentencia que corresponde teniendo en cuenta que no existe la plena prueba para proferir condena en contra del acusado".

Segundo cargo. El Tribunal incurrió en error de hecho al no tener en cuenta las contradicciones que surgen de las varias versiones del único testigo de cargo.

El reproche lo hace consistir en lo siguiente:

a) Díaz Mestre ante la Sijin y los investigadores dijo que habían sido atracados por unos desconocidos.

b) Aparece probado en el proceso que Contreras Sierra y Díaz Mestre fueron auxiliados por una patrulla que los condujo al Hospital Regional; el primero quedó

hospitalizado con vigilancia policial, el segundo fue curado y conducido a los calabozos de la Sijín. Partiendo de estas circunstancias concluye que sucedidos los hechos quedaron aislados el uno del otro. El testigo afirma que el procesado le ordenó llevar las tijeras con el agua de la nevera y cerrar y luego salieron juntos a pedir auxilio, lo que resulta sospechoso porque Contreras estaba enyesado de una pierna, lo que le impedía la locomoción. Las afirmaciones del testigo son contradictorias porque si una persona hiere a otra con dolo se rompe todo vínculo de amistad y entonces no es cierto que estando herido Díaz Mestre por Contreras Sierra, le siguiera obedeciendo. El Tribunal no hizo este análisis e incurre en error al darle más alcance jurídico y evaluativo del que en realidad merecía el testimonio del único testigo que estaba lleno de contradicciones.

c) El fallador incurrió en grave error al darle mérito de credibilidad a las afirmaciones que hace el único testigo de cargo cuando afirma que Contreras le indicó la manera de declarar, diciéndole que él arreglaría eso a su manera, afirmaciones que fueron apreciadas como serias cuando son dudosas. Si el fallador hubiera analizado las circunstancias tales como el poco tiempo que hubo, que desconocían la gravedad de las heridas sufridas por David Alberto González Puentes y que no podían presumir la muerte que le sobrevino a éste, hubiera llegado a concluir que las versiones de Díaz Mestre no eran ciertas.

Tercer cargo. El Tribunal "no tuvo en cuenta" al proferir el fallo, las afirmaciones de Rafael Angulo en la audiencia pública, ni se les dio el valor probatorio conforme a la sana crítica, las cuales contradicen el dicho del único testigo que niega que aquél haya estado en el Salón de Belleza antes de los hechos, posiblemente por su estado de embriaguez. Si el fallador hubiera comparado las dos versiones teniendo en cuenta las personalidades hubiera concluido que Angulo dijo la verdad y Díaz la mentira y por tanto su testimonio no era creíble, y no hubiera hablado de testigo excepcional, sino de sospechoso.

El Tribunal incurrió en error de hecho "al restarle valor probatorio a las declaraciones de Rafael Angulo" y la de los agentes adscritos a la Sijín del Departamento de Policía Sucre Libardo Mercado Guerrero y Manuel Salvador Bossio Moreno; el fallador se contentó con enumerarlas, pero no les imprimió "su valor probatorio", luego incurrió en error de hecho "restándoles así todo su valor e importancia", lo que permitió aplicar el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y como consecuencia de ello la aplicación de los artículos 323 y 333 del Código Penal por falso juicio.

El Tribunal le "restó valor probatorio" a las declaraciones de Darío Porto Ortega y Salomón Ferris, respecto a las cuales hizo algunas objeciones en el sentido de que estaban tomando trago, pero no hizo lo mismo con el único testigo de cargo, y como consecuencia de ello violó indirectamente la ley al considerar que existía plena prueba y que se encontraban reunidos los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal "cuando en realidad lo que existía era una duda que por lógica tenía que resolverse en favor del sindicado".

Cuarto cargo. El Tribunal no le prestó mérito a las afirmaciones del procesado ante las visitas de Cárcel y ante el Juzgado de primera instancia donde luce constar que el autor de los hechos fue capturado y recluido en la cárcel por otro delito y por cuenta de otro juzgado, hecho que fue puesto en conocimiento por el defensor, el acusado, y la

hermano de éste, Nelly Esther Contreras Sierra y por Gladys Cecilia Díaz Sierra, pruebas que obran en el proceso y hacen ver que Darío Sierra Navas fue reconocido por su hermano como uno de los agresores. Si el Tribunal hubiera tomado en cuenta estas afirmaciones "es muy posible que los hechos se hubieran esclarecido", y la sentencia no hubiera sido condenatoria sino absolutoria "bien por duda o bien por no existir la plena prueba", pero como el fallador "restó valor y no analizó con seriedad, ni ordenó incorporar estas pruebas al proceso", incurrió en grave error al considerar la existencia de una prueba única para afirmar que existía la prueba completa para condenar, sin haber hecho análisis ni evaluación de cada prueba o testimonio y no haberse ligado al proceso a quien fue señalado como autor. Reclama que se infirme la sentencia y se profiera la que en derecho corresponda por no existir plena prueba, sino duda.

Quinto cargo. El Tribunal no consideró que en el proceso no existe incapacidad definitiva o provisional respecto del procesado quien también fue herido el día de los hechos, prueba importantísima porque es de rigor acreditar tanto lo favorable como lo desfavorable del acusado y además se necesitaba esclarecer las heridas que recibió, clase de arma y establecer si existían semejanzas con las que recibieron Gonzáles Puente y Díaz Mestre, omisión que constituyó un grave error y un falso juicio porque simplemente se habló de heridas que recibió la víctima y se hizo mención sobre la posibilidad de haber sido causadas con arma cortopunzante, lo que debió haber hecho con las heridas que recibió el procesado y poder señalar al agresor. Por la omisión de estas pruebas el fallador incurrió en error de hecho y violación indirecta de la ley, al proferir condena sin considerar que no existen los requisitos para ello. Solicita que se case la sentencia y se profiera la que en derecho corresponda con base en que no existe plena prueba.

Bajo el título "Pruebas y Anexos" solicita que "tener como plena prueba todas las diligencias que obran en el proceso penal que se adelantó".

Finalmente reitera que se case el fallo recurrido y se dicte en derecho la sentencia que lo reemplace.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, sugiere a la Corte no casar la sentencia recurrida, por considerar que la demanda no cumple con las especiales reglas de técnica que rigen la casación Penal.

En primer término señala, que el error de hecho se queda en el enunciado, dado que no se concreta por cuál de las dos formas tuvo ocurrencia en los cuatro primeros cargos, si a través de un falso juicio de existencia o por conducto de un falso juicio de identidad. Y respecto al quinto cargo, es cierto que la observación del demandante no encaja en ninguno de los errores de actividad atrás aludidos, y por lo mismo, termina como sucede con todos los demás, entrometiéndose en el error de derecho por la vía del falso juicio de convicción en la medida en que se cuestiona el alto coeficiente de credibilidad dado por los falladores de instancia al único testigo de los hechos Pedro Pablo Díaz Mestre.

Estima el Procurador que los cinco cargos que se le formulan a la sentencia como constitutivos de error de hecho, no son más que uno. Todos los reparos giran alrededor de un mismo discurso, aunque metodológicamente se presenten en segmentos separa-

dos. El discurso se enfoca en la valoración positiva que el fallador le otorgó al testimonio de la única persona que presenció los acontecimientos materia de investigación, así como en la omisión de algunas circunstancias establecidas en el proceso que de haberse valorado debidamente habrían inclinado la balanza en favor del sentenciado.

En el primer cargo, el censor relaciona cuatro "falsos juicios", cuya naturaleza no determina, los cuales por su contenido no pueden matricularse en el seno del error de hecho, sino que apuntan sin remedio a atacar la valoración probatoria de la sentencia, al tiempo que se propone la que en su lugar debió abrirse paso, con lo cual el recurrente no hace otra cosa que anteponer su personal criterio al de aquélla, lo que en casación constituye un grave error porque, además, no se afecta en nada la sentencia que llega precedida de la doble presunción de acierto y legalidad.

No se demuestra el presunto error de hecho; se alega que el juicio de responsabilidad se hizo sobre pruebas que sólo tienen la virtud de acreditar el aspecto material de la conducta, unido a la estimativa equivocada a su juicio, de la personalidad del sentenciado, es decir, por debajo de la del testigo de incriminación: al calificativo de "excepcional" que recibe el testigo de cargo cuando en realidad es "sospechoso", sin tener en cuenta de otra parte, el estado de embriaguez que debió presentar éste al momento de los hechos -11:30 p.m.- a juzgar por el consumo de varias botellas de aguardiente, según referencia del mismo y del acusado, lo que hace suponer al demandante que la ingesta alcohólica empezó a las 6:30 p.m., y al cambio de versión que de los hechos hizo el insular testigo ante el funcionario de instrucción, después de la primigenia que entregó en las dependencias de la Sijin, del todo excluyente de la autoría del condenado.

Es que si el yerro que se propone carece de concreción, como aquí ocurre, al actor le queda en verdad difícil persuadir sobre lo que no cobra entidad lógico-jurídica.

La incertidumbre, una de las formas que resulta del proceso axiológico así emprendido y que el libelista trata de anteponer a la decisión atacada, no puede jamás alcanzar la connotación que ensaya por la vía del error de hecho, por cuanto el trabajo demostrativo lo desenvuelve como ya dijo, por senderos propios del error de derecho. De ser acertada esta forma de posición, la misma igualmente adolecería del señalamiento del modo como el yerro ocurrió, vale decir, si por falso juicio de legalidad o de convicción y si de este último se trata, todavía le faltaría al recurrente indicar cómo se generó, esto es, si fue porque el juzgador le negó a la prueba el valor que la ley le otorga o si le atribuyó el que realmente no amerita.

La contraposición de criterios valorativos mal puede enarbolarse a la luz del error de hecho, porque su alegación es típica del error de derecho, pero como la ley no le ha conferido un valor tarifario a los medios de convicción, el equívoco enfoque de la censura se torna más evidente.

El segundo cargo tiene el mismo corte del primero, se funda en la valoración positiva que el sentenciador le imprimió al único testigo de cargo, actividad ésta que el recurrente reprocha por considerarla contradictoria. El impugnante busca apoyarse en el resultado asimétrico de la confrontación de las dos versiones que rindió el testigo Díaz Mestre, primero en la Sijin y después ante el funcionario de instrucción, pues en ésta se

le atribuye al procesado la comisión del hecho punible, en tanto que en aquélla se la excluye.

Este reparo tiene el ficte de alegato de instancia, ya que además se invita a la Corte a valorar adecuadamente el testimonio de excepción, olvidando que en casación no es posible revivir los debates probatorios que ya cumplieron su ciclo en las instancias.

Pareciera que el tercer cargo apuntara a un falso juicio de existencia por haberse ignorado en la sentencia el testimonio de Rafael Angulo, pero enseguida la censura se hace consistir en que no le otorgó mérito alguno a sus manifestaciones, a pesar de que deja sin piso el aserto incriminante de Díaz Mestre. Con la anterior discrepancia valorativa, a la que se une la negación del crédito que le merecen, a su juicio, los testimonios de los agentes de la Sijin, jamás podrá esperarse un cambio fundamental de la sentencia atacada, ya que la simple postulación de criterio, como el mejor, no constituye cargo alguno capaz de demolerla en su estructura.

Otro cuestionamiento similar a los anteriores es el siguiente: El fallador no le creyó al procesado en lo que respecta al señalamiento de un tercero como el coautor de los hechos que a él se atribuyen; luego resulta utópico pensar que el simple criterio contrapuesto del impugnante va a tener suficiencia de echar abajo la sentencia, siendo que el enfoque es técnicamente equivocado, a lo que se agrega la presentación de proposiciones contradictorias entre sí, hacia el interior de un mismo cargo, como son la aducción de negación de credibilidad a las manifestaciones del procesado y al mismo tiempo la falta de apreciación de ellas.

Además en materia de idoneidad, otro postulado que rige la casación, por la capacidad de producir efectos jurídicos, es una afrenta plantear la última proposición (falta de apreciación de las atestaciones del procesado) seguida de la incierta consecuencia de que si se hubieran tenido en cuenta posiblemente los hechos habrían alcanzado real esclarecimiento, puesto que en casación todos los juicios que se formulen deben ser asertivos, sin contenido especulativo y por lo tanto objetivos, "por aquello de que el se solamente es o no lo es".

La claridad y precisión son otras reglas que gobierna el recurso de casación, las cuales, no tienen cumplimiento en el escrito impugnativo.

Dentro de esta garra de fallas técnicas en que se ha incurso el escrito de demanda, está la que se desprende del capítulo "Pruebas y Anexos", donde el actor le pide a la Corte valorar el contenido del proceso como "plena prueba" -no dice de qué- olvidando que este concepto evaluativo se halla proscrito de nuestra legislación procesal penal que, en lugar, ha adoptado el sistema racional de la sana crítica.

Siendo ello así, hoy constituye garrafal equivocación tratar de cuestionar el crédito que el juzgador en las instancias le haya dado a tal o cual prueba, si en tal proceso se han respetado los límites impuestos por la Constitución y la ley.

V. Consideraciones de la Corte

Lo primero que se debe anotar en el caso en estudio, es que la demanda presenta cinco cargos como constitutivos de error de hecho, pero lo que realmente hace en su

desarrollo es manifestar que está inconforme con el valor probatorio que el juzgador le reconoció al testimonio de la única persona que presenció los hechos materia de investigación, así como la omisión de algunas circunstancias establecidas en el proceso, que al decir del censor, de haberse valorado debidamente habrían modificado la sentencia en favor del procesado.

El libelista no concreta la existencia de ningún error, y se limita a exponer lo que en su personal punto de vista considera que ha debido concluir el sentenciador, olvidando que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia. Es oportuno recordarle, que con la decisión de segunda instancia se agota la fase ordinaria del proceso, por lo tanto esa sentencia tiene carácter definitivo (no significa lo mismo que ejecutoriada), y está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, todo lo cual sólo es posible desconocer si se demuestra la ilegalidad del fallo, por haber incurrido el juez en un error *in iudicando o in procedendo* demandable en casación a través de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley.

Si el actor tuviera claros estos conceptos seguramente no habría orientado la demanda de tan improcedente manera.

Pese a lo anterior, la Sala se ocupará de analizar uno a uno los ataques formulados contra la sentencia.

Primer cargo. La falta de técnica en la formulación de este reproche es evidente, pues el censor relaciona contra falsos juicios, cuya naturaleza no determina, los cuales, por su contenido -critica a la valoración probatoria- no corresponde a al error de hecho a cuyo amparo presentó el cargo, sino al error de derecho, sentido que tampoco había tenido posibilidad de prosperar, ya que como es sabido, la prueba testimonial se valora de acuerdo con la sana crítica y aplicando esas reglas fue apreciada.

La censura no pasa de ser una simple oposición del criterio del impugnante al del sentenciador sin demostración de la existencia del error que enuncia en el cargo, ni la incidencia de éste en el fallo, motivos suficientes para desestimarlo.

Segundo cargo. Igual observación a la hecha en el cargo anterior, se puede hacer con respecto a este segundo ataque. El demandante invoca error de hecho, pero lo desarrolla cuestionando la valoración probatoria que el sentenciador le impartió al único testigo de cargo, el cual en criterio del casacionista no merece credibilidad por considerarlo contradictorio, para lo cual acude a confrontar las dos versiones que rindió éste, primero ante la Sijin y después ante el funcionario instructor, pues en ésta le atribuye al procesado la comisión del hecho punible, en tanto que en aquélla lo excluye.

Para el libelista el Tribunal incurrió en grave error al darle mérito de credibilidad a las afirmaciones que hace el único testigo de cargo calificándolas de serias cuando en su sentir son dudosas, "no eran ni son ciertas", y se duele de que el fallador no haya llegado a las conclusiones que él pretende imponer con una visión muy personal de la forma como ocurrieron los hechos.

En estas condiciones, muy pronto se advierte que el ataque no tiene ninguna posibilidad de prosperar, de una parte porque la vía escogida es equivocada, y de otra porque si lo hubiera formulado como error de derecho, tampoco tendría opción de éxito,

porque al contrario de lo que afirma el libelista el Tribunal sí hace un análisis serio tanto de la exculpación del procesado con la versión del testigo cuestionando, haciendo referencia, también a la que éste suministró de oídas a algunos policiales, la cual nunca ratificó ni confirmó ante autoridades policiales ni judiciales, así como a las explicaciones que suministró respecto a por qué hizo eco a su compañero sobre el presunto atraco que nunca sucedió.

La creencia de que el recurso de casación es una tercera instancia se repite en este cargo, y contribuye a reafirmar la conclusión de que el demandante desconoce los objetivos, las exigencias y la técnica propias de este medio extraordinario de impugnación.

La censura no prospera.

Tercer cargo. Este reproche resulta confuso y contradictorio, pues inicialmente pareciera que apuntara a un falso juicio de existencia por haberse ignorado en la sentencia el testimonio de Rafael Angulo (el cual fue ampliamente analizado en la parte considerativa del fallo de primera instancia), sin embargo, el censor posteriormente y dentro del mismo cargo aduce que el Tribunal incurrió en error de hecho "al restarle valor probatorio a las declaraciones" de Rafael Angulo, los agentes adscritos a la Sijin Libardo Mercado Guerrero y Manuel Salvador Bossio Moreno, así como a los testimonios de Dairo Porto Ortega y Salomón Ferris, lo cual, independientemente de su viabilidad, se enmarca dentro del falso juicio de convicción que es error de derecho.

En sentir del casacionista, Rafael Angulo dijo la verdad en cuanto al hecho de haber concurrido a la peluquería horas antes de los hechos, y Pedro Pablo Díaz Mestre al negar tal hecho dijo la mentira o simplemente es sospechoso. Crítica que se "les haya restado "valor e importancia" a las declaraciones de los agentes de la Sijin. Y en cuanto a los otros dos testimonios a que hace referencia, se queja de que hayan sido objetados porque estaban tomando trago, lo que no se hizo con el único testigo presencial de los hechos.

Con esta discrepancia valorativa, jamás podría esperarse un cambio fundamental de la sentencia atacada.

La censura será desestimada.

Cuarto cargo. El libelista simultáneamente y en forma contradictoria acusa al Tribunal de "falta de apreciación" y que le "restó valor" a las afirmaciones del procesado ante el juzgado de primera instancia, por conducto de su defensor y en visita fiscal a la cárcel donde aquél estaba recluido y a los testimonios de sus hermanas Dilly y Gladys Cecilia, según las cuales a este establecimiento ingresó días después (febrero 11 de 1991) como sindicado por cuenta de otro juzgado el señor Dairo Sierra Navas, a quien reconoció en el acto como autor de los hechos que se le atribuyen.

En definitiva, lo que el libelista considera es que el Tribunal ha debido creer la versión del procesado respecto al señalamiento de un tercero como el cometor de los hechos que a él se le atribuyen, planteamiento que no constituye ningún error, pues de lo que se trata en verdad, es de enfrentar el criterio del defensor al del fallador con la pretensión de que la Corte se incline a su favor, olvidando que para obtener que se case la sentencia se debe demostrar un error que tenga la virtualidad para quebrar la doble presunción de legalidad y acierto que acompaña al fallo.

Es acertada la crítica que hace el Procurador a la demanda, cuando dice que "es una afrenta plantear la última proposición (falta de apreciación de las atestaciones del procesado), seguida de la incierta consecuencia de que si se hubieran tenido en cuenta posiblemente los hechos habrían alcanzado real esclarecimiento, puesto que en casación todos los juicios que se formulen deben ser acertivos, sin contenido especulativo y por lo tanto esencialmente objetivos".

El reproche no prospera.

Quinto cargo. La fundamentación de esta censura no corresponde al error de hecho invocado, pues es sabido que la omisión del fallador en traer a los autos pruebas de vital importancia para la investigación, podría constituir nulidad en la eventualidad de que se dieran las circunstancias para ello. En el caso de autos, no se observa qué trascendencia puede tener la incapacidad definitiva o provisional del procesado que también fue herido el día de los hechos, cuando está establecido en el proceso que el único agresor fue precisamente éste y que no existió ningún tercero autor de los hechos por los que fue condenado.

No siendo procedente el reparo presentado por el recurrente, la Sala lo desestimará.

Dentro de los numerosos yerros de técnica en que se halla incurso el escrito de demanda, cabe señalar también la falta de concreción que se desprende del capítulo intitulado por el actor "Pruebas y Anexos", donde se limita a pedir a la Corte que valore el contenido del proceso como "plena prueba" -no dice de qué-.

Resulta desatinado cuestionar el crédito que el juzgador le dio en las instancias a las pruebas señaladas por el actor, cuando como en este caso, se han respetado los límites impuestos por la Constitución y la ley.

El demandante que solicita que se case total o parcialmente la sentencia debe indicar en qué sentido se debe proferir la que deba reemplazarla, sin dejar esta labor a la Corte, como sucede aquí, en donde el casacionista se limita a decir que se profiera la que en derecho corresponda, como si se tratara de una tercera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre 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 (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

RECONSTRUCCION DE LOS HECHOS / INSPECCION JUDICIAL

La reconstrucción de los hechos no es un medio probatorio de rigurosa realización en todo proceso por homicidio, sino complemento de la inspección judicial y para casos excepcionales que tengan que ver con la comprobación directa y personal del funcionario de circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se desarrollaron los hechos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación Rad. número 7811.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*.

Aprobado Acta número 66 (29-07-93).

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de julio de 1993.

Vistos

Surtido el trámite respectivo, decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Henry de Jesús Pérez Aguirre contra la sentencia de 30 de abril de 1992 mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la dictada por el Juzgado Sexto Superior de esta ciudad, que lo condenó a diez años de prisión como responsable del delito de homicidio en la persona de Argemiro Cardozo Munévar.

Hechos

La tarde del 14 de abril de 1991 Argemiro Cardozo Munévar se movilizaba en una bicicleta por las calles de la población de Madrid, Cundinamarca, llevando en la parrilla a su menor hijo Fabio Nel Cardozo Chaparro, cuando fue abordado por Henry de Jesús Pérez Aguirre quien tras propinarle un puñetazo en la cara lo atacó con arma cortopunzante produciéndole una lesión en el pulmón derecho a consecuencia de la cual falleció horas después en el hospital de dicha localidad.

Actuación Procesal

Oído en indagatoria el sindicado Henry de Jesús Pérez Aguirre por el Juzgado Setenta y Seis de Instrucción Criminal de Bogotá que adelantó la investigación, manifestó que la tarde de autos se encontró con Argemiro quien al verlo se bajó de una bicicleta persiguiéndole con un enorme cuchillo que llevaba envuelto en periódico alcanzándole a cortar la chaqueta que usaba y que al verse acosado insistentemente por su agresor "fue cuando yo tuve que defenderme, pues yo saqué el cuchillo porque yo llevaba un cuchillo pequeñito, y yo no sé con el susto, yo saqué y lo jurgué (sic) pero no me di cuenta por donde".

Puso a disposición del funcionario instructor la prenda de vestir con claras huellas de haber sido cortado; se refirió a un incidente ocurrido días antes en el que el occiso lo lesionó de un varillazo y negó enfáticamente la presencia de testigos en el lugar de los hechos.

Llamada a declarar el menor Fabio Nel Cardozo Chaparro expresó en síntesis, que sin mediar ofensa o provocación de ninguna clase Henry le pegó un puño a su padre y luego lo atacó negando que su progenitor hubiese corrido a perseguido al agresor.

Clausurada la etapa instructiva, el Juzgado de Instrucción Criminal profirió resolución de acusación contra Henry de Jesús Pérez Aguirre por el delito de homicidio simple; pronunciamiento apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

Durante la etapa probatoria del juicio del Juzgado Sexto Superior de Bogotá ordenó la ampliación de indagatoria del sindicado Pérez Aguirre; el testimonio de Julio Pineda citado por aquél como testigo de la agresión sufrida a manos del occiso días antes de los hechos y dispuso la práctica de prueba pericial sobre las prendas de vestir para establecer el origen y naturaleza de las rasguduras o desperfectos que presentaban. Negó por inconducente la diligencia de reconstrucción de los hechos pedida por el defensor.

En ampliación de indagatoria adujo el procesado que los hechos habían sido presenciados por María Eugenia, Jeannethe y Alveiro Riaño quienes lo acompañaban y al ser interrogado sobre el motivo por el que no se refirió a ellos en su primera versión manifestó que no estaba acostumbrado a rendir esa clase de declaraciones por ser campesino.

Celebrada audiencia pública, el Juzgado Sexto Superior puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de diez años de prisión, a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por la defensa y confirmado íntegramente por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación

En extenso y confuso escrito impugnatorio en el que el libelista critica acerbamente la actuación procesal y discurre sobre diferentes aspectos, apoyado en las causales tercera y primera de casación, formula a la sentencia acusada los cargos que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

Causal tercera

Primer cargo. Nulidad del proceso por omisión en la práctica de pruebas y consiguiente quebranto del derecho a la defensa del procesado consistente en no haberse recepcionado la declaración de Julio Pineda; negarse los testimonios de María Eugenia, Jeannethe y Alveiro Riaño y no haberse practicado la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos, pese a que esta última, había sido tácitamente ordenada por los funcionarios que intervinieron en la instrucción del proceso a través del auto de apertura de la investigación y del que dispuso proseguirla.

Argumenta el censor que la declaración de Julio Pineda, citado por el sindicado Pérez Aguirre como prueba de una agresión de que fue objeto por parte del occiso días antes de los acontecimientos, no fue recibida a pesar de estar ordenada ni se dispuso la conducción o comparecencia del testigo con dicha finalidad por lo que "el humilde campesino de Boyacá ya estaba condenado a vivir sin pruebas dentro del proceso".

El derecho a la defensa de su representado también fue conculcado porque se negó la recepción de los testimonios de María, Jeannethe y Alveiro Riaño, personas que acompañaban al procesado la tarde de autos y quienes por su condición de testigos de excepción podrían dar fe del estado de ánimo de Henry de Jesús "tan pronto observó la presencia del enemigo capital".

La negativa de dichos testimonios se aparta de la realidad procesal y cuestiona seriamente la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, principio consagrado en el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo cargo. Nulidad por violación del derecho a la defensa del procesado en razón de haber sido sorprendido con pruebas ocultas pues el dictamen rendido por peritos del Instituto de Medicina Legal, visible a folio 188 del expediente, relacionado con el origen y naturaleza de los "cortes" o rasgaduras de las prendas de vestir (chompa y camisa) presentadas por Pérez Aguirre al momento de rendir indagatoria; de contradictorio contenido; jamás fue puesto en conocimiento de su apoderado privándose de la oportunidad de conocerlo para poderlo impugnar.

Afirma el demandante que a través de dicho medio de convicción dedujo el Tribunal Superior que el justiciable había producido en forma intencional o dolosa las rasgaduras en la chaqueta, solicitando la invalidez de la actuación a partir del auto de cierre de la investigación "por haberse propuesto el instructor en forma deliberada *sorprender* al detenido con pruebas *ocultas*".

Tercer cargo. Nulidad por violación del derecho a la defensa toda vez que el funcionario judicial desconociendo el principio de indagación integral que lo obligaba a practicar, con igual celo, las pruebas que perjudican, como las que favorecen al procesado, no verificó las citas del indagado a través de la escenificación de los hechos: le negó las declaraciones de los testigos presenciales María Eugenia, Jeannethe y Alveiro Riaño y no insistió a fin de que fuera recepcionado el testimonio de Julio Pineda.

De haberse verificado las citas del indagado -agrega-, la investigación hubiera tomado otros rumbos respecto al grado de responsabilidad del acusado, pues con la aducción de tales medios probatorios se habría demostrado "un evidente estado de ira o reacción ira cunda (sic) retardada".

Causal primera

Cargo único: Violación indirecta del artículo 60 del Código Penal por error de hecho proveniente de la errónea apreciación de la "prueba que inexorablemente llevaba a la conclusión inequívoca de que la atenuante o disminuente de responsabilidad (estado de ira e intenso dolor) sí existía en el proceso".

Refiriéndose a las declaraciones rendidas por los agentes de la Policía Nacional Luis Eduardo Sánchez Murillo y Héctor Hernando Bejarano que dieron captura al sindicado y ante quienes confesó la autoría del hecho porque el finado "dos o tres días antes lo había golpeado con una varilla" expresa el demandante que la sentencia impugnada "tergiversó y distorsionó el alcance de tales testimonios al asignarle (sic) una *naturaleza* que no se desprende de su contexto; jamás los declarantes hablaron de la presencia del dolo o de la intención de matar en cabeza del detenido. Jamás excluyeron el estado de ira presente y omnipresente en cabeza del detenido".

También distorsionó el alcance de la versión del sindicado en cuanto tiene que ver con las explicaciones dadas por él respecto al ataque de que fue objeto por parte del occiso y a la presencia de testigos en el lugar del crimen dejando de valorar este medio probatorio como confesión y dándole al testimonio del menor Fabio Nel Cardozo un valor incriminatorio que no tiene.

Igual suerte corrió el experticio del Instituto de Medicina Legal sobre el origen y naturaleza de las rasgaduras o destrozos que presentaban las prendas de vestir; prueba que no se dio en traslado y sin embargo se constituyó en la fuente casi única de su condena.

Tratando el tema relacionado con la incidencia del error en el juicio de responsabilidad se remonta a una serie de aspectos doctrinarios que tienen que ver con la estructuración de la diminuente punitiva alegada (ira) y la configuración del elemento subjetivo (dolo) para concluir que los falsos juicios de identidad de la prueba llevaron al Tribunal Superior a sostener con obsesión que la acción del procesado fue deliberada descartando el dolo de ímpetu con que actuó y que lo hacía acreedor a la atenuante de la provocación.

Opinión del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, abundando en razonamientos, a los cuales se referirá la Sala en la parte considerativa, termina solicitando que no se case la sentencia recurrida porque la demanda, pese a la vastedad de su texto, no ofrece la claridad y precisión requeridas para un serio enjuiciamiento de la sentencia impugnada dejando sin adecuada réplica algunos aspectos y sin la debida comprobación los múltiples reparos formulados en su contra, pues "se entremezcla todo tipo de argumentaciones confusas e indiscriminadas, como se puede constatar con sólo ver el extenso alegato en donde no se guarda una estructura lógica y en ocasiones se enuncian irregularidades no cometidas por los sentenciadores".

Consideraciones de la Corte

Comenzando la Sala el examen de los diferentes reproches formulados a la sentencia por aquéllos que comprometen la validez del proceso y tienen su marco natural

en la causal tercera de casación, se advierte a primera vista que el libelo impugnatorio pese a la extensión de su texto no hace de ellos una clara y precisa enunciación, ni una contundente demostración, quedándose en el terreno de los simples planteamientos, porque el impugnador en su afán de abarcar los más variados y disímiles temas descuidó la demostración de los vicios procesales denunciados que era su cometido primordial.

Pero tal cosa no impide que respecto a ellos se hagan las siguientes reflexiones:

Causal tercera

Primer cargo. Con sobrada razón comenta la Procuraduría Delegada, recordando conocida jurisprudencia sobre el particular, que las pruebas dejadas de practicar por el juzgador sólo quebrantan o limitan el derecho a la defensa cuando resultan ser esenciales para demostrar la inocencia o atenuar la responsabilidad del procesado, o cuando su preterm isión obedece a la inercia censurable del funcionario judicial o al deliberado propósito de obstaculizar la defensa, forma de nulidad que al decir de esta Corporación "no emerge cada vez que el juzgador decide abstenerse de decretar la realización de cualquier diligencia solicitada por las partes, sino cuando la prueba o pruebas omitidas sean por tal modo trascendentales que su registro procesal habría decidido sobre el sentido y alcance del juicio de responsabilidad; por manera que si la prueba negada o simplemente no realizada era impertinente o no habría tenido la virtud de modificar la situación jurídica del procesado en punto a su responsabilidad, tal hecho no tiene el poder de engendrar nulidad" (Casación de 2 de junio de 1981, Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Reyes Echandía).

La inspección judicial con reconstrucción de los hechos, tenazmente solicitada por la defensa, fue denegada por el Juzgado Superior dentro del período probatorio del juicio porque, entonces como ahora, el peticionario no pudo dilucidar, al menos señalar, qué hechos favorables al procesado se proponía demostrar con su recaudo olvidando que dicha diligencia no es medio probatorio independiente de rigurosa realización en todo proceso por homicidio, sino complemento de la inspección judicial y para casos excepcionales que tengan que ver con la comprobación directa y personal del funcionario de circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se desarrollaron los hechos.

La declaración de Julio Pineda no fue recepcionada a pesar de haber sido decretada por el juez a solicitud del fiscal del juzgado, no por culpa o desidia del funcionario instructor que estuvo atento a librar la orden de comparendo y señalar fecha para su recibo, sino por la renuencia del citado a comparecer (folios 165 y ss. del expediente).

Y en lo que respecta a las declaraciones de María Eugenia, Jeannette y Alveiro Riaño, personas tardíamente mencionadas por el sindicado como presenciales de los hechos investigados, caben las mismas observaciones para justificar su negativa ya que fueron rechazadas por el juez por no indicarse su conducencia y porque su incorporación al proceso, lejos de tener una relación con los hechos materia del debate, contrariaba abiertamente la posición inicial del acusado que pregonaba la ausencia de testigos en el lugar de los sucesos.

De manera que si las pruebas notadas de menos por el casacionista en nada podían incidir en la responsabilidad del procesado justificándola o atenuándola, constituiría un desafuero invalidar el proceso para retrotraer la actuación.

No prospera la nulidad.

Segundo cargo. En vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal (decreto 050 de 1987) la Corte sostuvo con reiteración que la omisión del traslado a las partes del dictamen pericial y el término legal para que éstas lo conocieran y pudieran pedir su ampliación, complementación o aclaración, constituía una simple irregularidad incapaz de afectar su legalidad por desconocimiento de las formas del debido proceso o conculcamiento del derecho a la defensa cuando, como en el presente caso, la defensa a pesar de tal inobservancia tuvo oportunidad de conocerlo y debatirlo.

En efecto, pese a no haberse ordenado el traslado del dictamen pericial obrante a folio 188, mediante el cual los peritos del Instituto de Medicina Legal dictaminaron que las rasgaduras o cortes en las prendas de vestir "fueron efectuadas en forma intencional" es lo cierto, que durante el debate público dicha prueba fue objeto de amplia discusión por parte de la Fiscalía y la defensa, al punto que sobre ella giró la audiencia; es decir, que respecto a ella se cumplieron los requisitos de publicidad y contradicción sin que hubiera sido objetada por los motivos contemplados en la ley por lo que resulta infundada la afirmación del recurrente de que se trató de prueba oculta o reservada.

Tampoco prospera la censura.

Tercer cargo. La nulidad aducida por no haberse verificado las citas hechas por el sindicado durante la indagatoria y su ampliación para comprobar sus aseveraciones, esto es, por no recibirse los testimonios de María Eugenia, Jeannethe y Alveiro Riaño y Julia Pineda, lo mismo que por no haberse realizado la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos, omisión que en opinión del demandante limitó sensiblemente el derecho a la defensa, no puede tratarse como cargo separado o autónomo, sino como continuación o complemento del primer reparo hecho a la sentencia y respecto a él resultan válidas las mismas observaciones esbozadas para desestimarlo, siendo infructuoso volver sobre ellas.

La Procuradora Delegada argumentó que "no le asiste razón al censor para solicitar la invalidez en lo actuado, por no haberse verificado las citas del juzgamiento, pues como se dijo, los testimonios de María Eugenia, Jeannethe y Alveiro Riaño, eran impertinentes e inconducentes, toda vez que como lo sostuvo el inculpado en su primera declaración, no había ningún testigo en el lugar de los hechos, o como él lo dice "porque yo iba solo para arriba": de lo cual se infiere que estos testimonios no podían aportar hechos nuevos que obligaran a su práctica.

"Lo mismo sucede en cuanto a la Inspección Judicial con 'escenificación de los hechos', dado que ella sería retrotraer el proceso a etapas ya superadas, por lo que la hace contraria al objeto mismo de la investigación, pues no hay que olvidar que esta clase de medio probatorio es fundamental para el proceso cuando tenga como finalidad que el juez pueda formar su convicción sobre la veracidad o falsedad de los hechos aducidos por las partes con base en el resultado de la prueba; por ello, en últimas, es el juzgador a quien le corresponde determinar la procedencia o improcedencia de la inspección judicial, dada la necesidad o la instrascendencia de la misma".

Y el Juzgado Sexto Superior de Bogotá, apoyado en doctrina de la Corte relacionada con la investigación integral, cuya transcripción se impone nuevamente,

negó el recaudo de las declaraciones de los hermanos Riaño y la escenificación de los hechos por tratarse de pruebas manifiestamente inconducentes e impertinentes.

Dijo la Sala en providencia de 2 de marzo de 1990, con ponencia del Magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas lo siguiente:

"Es evidente que el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal (hoy 333 de la nueva codificación) determina como un deber imperativo de los funcionarios judiciales, el adelantar la investigación integral, esto es, no sólo los medios de convicción que pudieran llevar a la demostración del hecho ilícito y la responsabilidad del procesado, sino también aquellas que pudieran servir para probar la inexistencia de la infracción o la irresponsabilidad del procesado.

"Pero este deber imperativo no hace relación a la obligación que pudiera tener el juez de practicar todas las pruebas pedidas o insinuadas por las partes, o todas las que pudieran practicarse oficiosamente deducidas de los elementos probados existentes en el proceso. No, la obligación de la investigación integral alude a la necesidad de practicar aquellas pruebas conducentes, esto es, hábiles probatoriamente hablando, en relación con los hechos fundamentales que son motivo de investigación. La norma ha de entenderse así, porque si se aceptase un alcance diverso a la misma, se estaría haciendo al juez esclavo de las peticiones caprichosas de las partes, o de otras, con finalidades eminentemente torcidas para demorar el proceso o para desviar el interés investigativo del funcionario de lo central y protagónico a lo accesorio e intrascendente".

No prospera el cargo endilgado.

Causal primera

Cargo único. Hay falso juicio de identidad por distorsión de la prueba cuando se tergiversa o falsea su real contenido o sentido como cuando se hace decir al testigo lo que no dijo; se deforma el verdadero contenido del documento o se tuercen las conclusiones del perito; posturas adoptadas con el propósito de arribar a soluciones contrarias a la realidad procesal que emerge del proceso.

Si tal es el sentido y alcance de dicho yerro probatorio, resultan totalmente infundados los reparos formulados a la prueba testimonial y técnica obrante en autos como errores de hecho manifiestos, pues salta a la vista que los falladores de instancia en ningún momento falsearon el contenido o sentido de las declaraciones vertidas por los agentes de la Policía Nacional que participaron en la captura del sindicado Pérez Aguirre y le escucharon decir que había obrado en legítima defensa de su vida, explicando que días antes el occiso lo había atacado con una varilla, ni las conclusiones de los peritos oficiales que calificaron las rasgaduras de las prendas de vestir como "intencionales"; sino, por el contrario, se identificaron con su verdadero contenido y sentido, aunque atribuyéndole a tales pruebas efectos probatorios diferentes a los pretendidos por el impugnador.

La distorsión o falseamiento de tales medios de convicción no pasa de ser en consecuencia, una equivocada apreciación de parte suya.

Además, los reproches a la sentencia se fundamentan no en falsos juicios de identidad sino en falsos juicios de convicción de las pruebas, como anota la Procuraduría

Delegada, pasando por alto el recurrente que los medios cuestionados (testimonial y pericial) escapan a esa clase de juicios por no tener asignado un valor específico, dependiendo de la valoración hecha por el juzgador de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, si la ira es atenuante subjetiva y personal que sólo favorece al agente que obra en tal estado; es decir, a quien fue provocado y merced a ello, sintió o vivió un momento de emoción violenta, no se ve cómo puede reconocérsele dicha degradante punitiva a quien, no afirma haber actuado dentro de esas circunstancias y que pretende justificar con el ropaje de una defensa justa, aquello que en sus verdaderas dimensiones es tan sólo un acto innoble de venganza.

Las falencias en la presentación y fundamentación del cargo impiden que éste fructifique.

Decisión

En mérito 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 ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado Henry de Jesús Pérez Aguirre, 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 (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

EXCARCELACION

Las causales de excarcelación son taxativas y solamente ellas deben ser atendidas inmediatamente por el funcionario que conozca el proceso y resueltas dentro del término previsto en la ley para tal efecto, pero cuando la libertad del procesado depende de una decisión de naturaleza distinta, no puede ser asumida en forma inmediata, sino en el momento procesal correspondiente, como en el caso de una declaración de preclusión de investigación, de absolución, de revisión de la causa o declaratoria de nulidad, cuando ésta afecta la medida de aseguramiento, hasta ese momento vigente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8631.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 066.

Santafé de Bogotá. D.C., 29 de julio de 1993.

Vistos

Procedente del Tribunal Superior de Buga, han llegado las presentes diligencias seguidas contra la doctora Rubiela Marín Orozco de Rayo, ex juez de Instrucción Criminal de Cartago (Valle) para conocer de la providencia de fecha 2 de junio del corriente año, mediante la cual se le negó el beneficio de libertad incondicional.

Consideraciones de la Corte

No puede la Sala entrar a desatar el recurso de apelación interpuesto por la acusada doctora Rubiela Marín de Rayo, pues se observan varias irregularidades que impiden un pronunciamiento de fondo, siendo necesario poner orden a la actuación cumplida en la etapa de juzgamiento que, todo parece indicar, tiene su origen en la diversidad de escritos de la procesada promoviendo toda clase de incidentes que sólo han ocasionado errores en la tramitación de este asunto.

En efecto: una vez ejecutoriada la resolución de acusación proferida por el Tribunal Superior de Buga en virtud de la confirmación que le impartiera un Fiscal Delegado ante la Corte por haber entrado en vigencia el nuevo estatuto de procedimiento penal y se dispuso la captura de la ex juez de Instrucción Criminal de Cartago, la que se materializó el 28 de enero del corriente año, y a partir de ese momento han sido numerosas sus peticiones tendientes a obtener su libertad incondicional, basadas en presuntas irregularidades sustanciales que viciaban el debido proceso y la proposición de incidentes de recusación contra los Magistrados integrantes de las Salas de Decisión que han conocido del proceso.

Conforme lo puntualizó esta Sala en providencia del 21 de los presentes mes y año (Magistrado Ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas), "Dentro del término establecido por el artículo 446 del Decreto 2700 de 1991, que se inició el 15 de enero de 1993 y debía concluir el 25 de febrero siguiente, la procesada y recién capturada doctora Rubiela Marín Orozco dirigió al Tribunal Superior de Buga un escrito en el cual solicitó se decretara de plano su libertad incondicional, previa la declaratoria de las nulidades originadas en la instrucción y aún no resueltas".

"El mencionado término se vio interrumpido por la proposición de dos incidentes de recusación, el primero de los cuales no prosperó; en consecuencia, el traslado de 30 días (artículo 446 Código Procedimiento Penal) se reanudó del 17 de mayo y hasta el 2 de junio, además, en la primera de tales fechas también se fijó día para la celebración de la audiencia de terminación anticipada del proceso, solicitada por la procesada".

Tal como lo manifestara el Magistrado Sustanciador del Tribunal en auto de fecha 19 de mayo del corriente año, la petición de libertad no podía ser atendida en forma inmediata y dentro del término de treinta y seis horas que la procesada reclamaba, por cuanto tal determinación dependía no de una causal específica de excarcelación, sino de la eventual prosperidad de la nulidad invocada. Entonces, entrado el proceso a despacho con fecha 2 de junio la Sala se pronunció adversamente a la pretensión de la acusada, quien en el acto de notificación, manifestó que apelaba y dentro del término de ejecutoria presentó escrito en el que, además, interponía el recurso de reposición como principal y lo sustentaba. Como quiera que el contenido del escrito fue considerado como irrespetuoso, dando aplicación al numeral 2º del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, el Magistrado Sustanciador lo rechazó y como consecuencia de ello se declaró desierta la impugnación introducida.

Contra la decisión que declaró desiertos los recursos de reposición y apelación, la procesada interpuso recurso de reposición, el que fuera atendido, mediante providencia de fecha 14 de julio último, en forma parcial y por el Magistrado Sustanciador ya que, la apelación introducida en el acto de notificación lo fue en tiempo oportuno y no obstante el rechazo que se hiciera del escrito sustentatorio, por irrespetuoso, estaba dentro del término para presentar los motivos de desacuerdo contra la providencia del 2 de junio.

Pretendió el Magistrado Sustanciador enmendar el error con tan mala fortuna que su proveído se quedó simplemente en las consideraciones, pues en el último párrafo, como remate de la sección expositiva, consignó que "en consecuencia se repondrá el auto motivo de impugnación concediendo el recurso de apelación a la procesada Rubiela

María Orozco de Rayo por ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal", sin que exista parte resolutiva, ni se haya indicado el efecto en que procede el recurso y mucho menos aparezca firmado por los restantes Magistrados que integran la Sala ya que, recuérdese, se estaba resolviendo una reposición contra el proveído que declaró desierto los recursos de reposición y de apelación subsidiaria contra la providencia del 2 de junio que le negó la libertad incondicional.

Fuera de lo anterior, el Tribunal se pronunció nuevamente con relación a otra solicitud de libertad incondicional el 6 de julio último, negándola por segunda vez, providencia que fue igualmente recurrida por la procesada en el acto de notificación verificado al día siguiente y no obstante haber ingresado el asunto al Despacho del Magistrado Sustanciador el día 14, cuando había transcurrido el término de ejecutoria, en el auto de esta última fecha nada se dijo, inobservándose las prescripciones previstas en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, lo cual impide a esta Sala adquirir competencia para revisar las dos actuaciones impugnadas.

No sobra advertir que las causales de excarcelación son taxativas y que solamente ellas deben ser atendidas inmediatamente por el funcionario que conozca del proceso y resueltas dentro del término previsto en la ley para tal efecto, pero cuando la libertad del procesado depende de una decisión de naturaleza distinta, no puede ser asumida en forma inmediata, sino en el momento procesal correspondiente, como es el caso de una declaración de preclusión de investigación, de absolución, de revisión de la causa o declaratoria de nulidad, cuando ésta afecta la medida de aseguramiento, hasta ese momento vigente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Se abstiene* de conocer de la providencia de fecha 2 de junio del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Buga, negó a la doctora Ruthiala Marín Orozco de Rayo la libertad incondicional, y ordena que vuelvan las diligencias a dicha Corporación a fin de que se corrijan en forma inmediata las irregularidades a que se hizo referencia en la parte motiva.

Cópiese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO / RECUSACION

Cuando un asunto llega a la Corte para decidir sobre incidentes de impedimentos o recusaciones, colisiones de competencia, etc., sólo se tiene competencia para pronunciarse con relación a él, sin que le sea permitido atender otra clase de incidentes o peticiones.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8598.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 066.

Santafé de Bogotá, D.C., 29 de julio de 1993.

Vistos

El procesado Daniel Enrique Tirado Ricardo y su apoderada solicitan el beneficio de libertad provisional previsto en el artículo 59 del Decreto 2790 de 1990, modificado por el Decreto 099 de 1991 y adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 del mismo año, por considerar satisfechas las dos terceras partes de la pena que se le impuso en los fallos de instancia a más de reunir los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal, para lo cual se acompañó certificados de trabajo y estudio, acta del consejo de disciplina y cartilla biográfica.

Consideraciones de la Corte

Las presentes diligencias fueron remitidas a esta Corporación por el Tribunal Nacional a fin de decidir lo relativo al impedimento manifestado por una de sus Salas de Decisión, siendo registrado proyecto por el Magistrado Ponente el día 26 de los corrientes mes y año.

Reiteradamente ha sostenido esta Sala, que cuando un asunto llega a la Corte para decidir sobre incidentes sobre impedimentos o recusaciones, colisiones de competencia, etc., sólo se tiene competencia para pronunciarse con relación a él, sin que le sea

permitido atender otra clase de incidentes o peticiones, como la presentada por el procesado Daniel Enrique Tirado Ricardo y su apoderado.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre las peticiones de libertad provisional que con apoyo en lo preceptuado en el artículo 59 del Decreto 2790 de 1990 y normas complementarias ya citadas para que, las mismas sean atendidas en forma inmediata por la Sala del Tribunal Nacional correspondiente, a quien se le remitirá la actuación original.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Se abstiene* de considerar la petición de libertad provisional presentada por el procesado Daniel Enrique Tirado Ricardo y su apoderada y ordena que sea remitida al Tribunal Nacional en la forma puntualizada en la parte motiva.

Cópiese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / SENTENCIA / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

1. Cuando se ataca un fallo por la vía directa no está permitido al censor cuestionar ni los fundamentos fácticos de la sentencia ni el valor probatorio otorgado por el fallador a las diferentes probanzas arrimadas al proceso, debiéndose aceptar tanto las pautas que sirvieron de fundamento a la sentencia como la aceptación absoluta de los hechos que se declararon probados en la misma. Y es útil recordar que la violación directa se origina -como bien se conoce- o en la falta de aplicación o exclusión evidente de un precepto sustancial, (se yerra acerca de la existencia de la norma) o en la interpretación errónea (se yerra en el significado de la norma) o en la aplicación indebida (se yerra en el entendimiento abstracto de la norma). / No basta afirmar en abstracto que el fallador, en su providencia, desconoció elementos probatorios. El censor debe señalarlos con exactitud, luego de lo cual deberá expresar su importancia dentro del contexto procesal, la favorabilidad a sus intereses y su vigor, de tal entidad que su sola presencia basta para cambiar de curso la decisión judicial. /2. Las sentencias de primera y segunda instancia forman un solo cuerpo en los puntos comunes que han sido ratificados tácita o explícitamente por el superior.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8029.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 66.

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de julio de 1993.

Vistos

Decide la Corte sobre la demanda de casación presentada por el defensor del acusado Luis Alfonso Hernández Bustos contra la sentencia proferida por el Tribunal

Nacional el veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), confirmatoria del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 110 de Orden Público en el cual se condenó a los procesados Luis Alfonso Hernández Bustos y Rosa María Montejo Jiménez a la pena principal de ocho (8) y cuatro (4) años de prisión, respectivamente, por el delito-tipo de secuestro extorsivo en la persona de Luis Alfonso Hernández Carvajal.

Hechos

Vienen expuestos así:

"Tuvieron ocurrencia en comienzo el seis (6) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), cuando Luis Alfonso Carvajal en momentos en que se disponía a entrar en la residencia de su madre, ubicada en la calle 119 número 53A-65 de esta ciudad, fue abordado por un grupo de individuos fuertemente armados, quienes tras intimidarlo, lo introdujeron en el vehículo para llevarlo hasta cierto sitio donde lo dejaron privado de la libertad durante dos (2) meses y veinte (20) días; siendo la causa de su liberación el pago que sus familiares hicieran de un rescate exigido por sesenta y cinco millones de pesos ($65.000.000.00). Durante su cautiverio el plagiado estuvo sometido a fuertes restricciones, que le impidieron su vida normal, a más de torturas tanto físicas como morales, lo cual lo llevó a rogar a su familia, especialmente a su esposa Elena María Enríquez Palacios, en diferentes comunicaciones escritas, que negociara su rescate con los secuestradores. Una vez producida su liberación, fue amenazado en diferentes oportunidades con el fin de evitar la acción de las autoridades en el descubrimiento de los acontecimientos delictivos".

Actuación Procesal

Aparece concretamente señalada por la Delegada en los siguientes términos:

"El Juzgado Once de Instrucción Criminal especializado, mediante auto del veintinueve (29) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) abrió la correspondiente investigación penal y vinculó a la misma a Luis Alfonso Hernández Bustos, Rosa María Montejo Jiménez y José Noé Bohórquez.

Cerrada la investigación, el Juzgado 51 de Instrucción Criminal dictó resolución de acusación en contra de Luis Alfonso Hernández Bustos, Rosa María Montejo Jiménez y José Noé Bohórquez por el punible de secuestro extorsivo.

Celebrada la correspondiente audiencia pública por el Juzgado Penal del Circuito, este Despacho por auto del seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991) dispuso el envío del proceso por competencia a los Juzgados de Orden Público, de conformidad con lo ordenado en el artículo 9° del Decreto 2790 de 1991 y artículo primero del Decreto 099 de 1991. Luego de avocar el conocimiento, el Juzgado 110 de Conocimiento de Orden Público mediante sentencia del treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991) condenó a los procesados Luis Alfonso Hernández Bustos, Rosa María Montejo Jiménez a la pena principal de ocho (8) y cuatro (4) años de prisión respectivamente, como autor el primero y la segunda como cómplice del delito de secuestro extorsivo en la persona de Luis Alfonso Carvajal; además se les condenó

a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, y al pago de los daños y perjuicios materiales y morales causados con la infracción. Así mismo, se declaró la extinción de la acción penal por muerte del procesado José Noé Bohórquez.

El Tribunal Nacional, al resolver el recurso de apelación que fue interpuesto contra el fallo condenatorio de primer grado, mediante decisión del veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) le impartió confirmación, pero lo modificó en lo que se refiere a la condena en perjuicios que le fue impuesta.

Contra la anterior decisión se impetró recurso extraordinario de casación. Determinada su admisibilidad y el ajuste a las disposiciones legales de la demanda presentada, se procede el presente traslado.

La Demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, consignada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa el actor la sentencia por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 1°, 247 y 249 del Código de Procedimiento Penal vigente y artículo 29 de la Constitución Nacional.

Aduce el recurrente que el Tribunal concede validez al testimonio del denunciante Luis Alfonso Carvajal, lo que contradice abiertamente el artículo 247 en su inciso primero, teniendo en cuenta que los hechos investigados se sucedieron antes de la promulgación de las normas que regulan los testimonios de personas cuya identidad se hubiere reservado. Tal actitud contraviene el artículo 294 *ibidem* al no observarse las disposiciones reguladores de la apreciación del testimonio toda vez que el fallador no tuvo en cuenta la personalidad y antecedentes del ofendido, ni tampoco las exposiciones de oídas de los restantes deponentes que acomodaron las versiones. Considera el casacionista que es ineficaz la declaración de Luis Alfonso Carvajal y de allí colige la carencia de profundidad del Tribunal Nacional al sopesar su dicho.

A continuación se ocupa de concretar las circunstancias que rodearon el extravío de los originales de dos memoriales que presentó ante el juez de conocimiento de Orden Público, el defensor del procesado Hernández Bustos, en el primero de los cuales impetraba la nulidad del proceso por incompetencia del juez y en el último interponía recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia. Afirma el libelista que como el *a quo* no se pronunció sobre la nulidad -anomalía corregida por el Tribunal cuando lo jurídico era que tal pronunciamiento lo hubiera hecho el funcionario del conocimiento- se lesionó el derecho de defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta y 10 del Código de Procedimiento Penal. Sobre el particular transcribe apartes de algunos fallos de la Sala Penal de la Corte.

Respecto a la normatividad sobre cambio de competencia para el juzgamiento del delito de secuestro extorsivo expresa lo siguiente: "...Tal cambio era inoperante y nada procedimental, por cuanto el proceso ya se encontraba en el Despacho de la Juez Treinta y Dos Penal del Circuito para sentencia. Y mi defendido, se acogió a la ley favorable además por cuanto el contenido del decreto-ley, no afectaba para nada el transcurso del proceso en el Despacho judicial que estaba conociendo. Lo que ha generado, tal y como vengo pregonando, una nulidad desde el mismo momento del traslado jurisdiccional".

Solicita, entonces, con base en las consideraciones precedentes se case la sentencia impugnada y en su lugar se disponga:

1ª. La absolución de Luis Alfonso Hernández Bustos.

2ª. La nulidad del proceso.

Alegato de la Parte Civil

El memorialista enfrenta la crítica que el impugnante hace del testimonio del quejoso con la providencia de segunda instancia, que apoya su decisión, no sólo en el dicho de Carvajal, sino en el respaldo que ofrecen las testificaciones de Gaspar, Pinzón y Tapias, así como la de la esposa del ofendido, quien brinda los detalles sobre las conversaciones celebradas con los secuestradores. Este análisis indica la carencia de fundamento jurídico que tiene el reproche "...ya que no es concreto, claro y preciso y, por lo tanto, no demostrado plenamente...", buscando como refuerzo los testimonios aportados por el acusado, rechazados por el Tribunal por su pretensión de darle veracidad probatoria a una coartada que resultó insostenible frente a la realidad procesal. "Luego, como el cargo fue enunciado y no se le dio por parte del impugnante la demostración necesaria para su aceptación, estima el suscrito que debe ser rechazado".

Respecto a la presunta violación del artículo 29 de la Carta por no haberse resuelto en las instancias una petición de nulidad sobre presunta incompetencia de los falladores, el señor representante de la Parte Civil advierte sobre la sinrazón del ataque transcribiendo el análisis que sobre el tema hiciera el Tribunal Nacional.

Por tales razones solicita de la Corte la desestimación del libelo.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Considera que sería adecuada la acusación por violación directa de la ley sustancial si no hubiera desechado los hechos que se declaran probados en la sentencia, situación permisible tan sólo en el ámbito de la violación indirecta. No es la única valencia. Al esbozar la causal hace alusión a la existencia de una nulidad por incompetencia del juzgador, vía equivocada, pues un vicio de este tipo, tan sólo es alegable en los terrenos de la causal tercera de casación. Su planteo simultáneo en un mismo cargo, implica el rechazo del reproche.

Además, al centrarse su escrito en un problema de valoración, cuyo ejemplo claro es la censura que hace de las condiciones personales de la víctima que declara, o las contradicciones que se desprenden de su dicho que desdicen sobre su credibilidad, traslada su impugnación al ámbito de la violación indirecta. Una propuesta correcta tampoco le hubiera dado la posibilidad de casar la sentencia al existir en el sistema procesal colombiano un régimen de libre persuasión racional de la prueba.

Tales desaciertos técnicos -dice- impiden el estudio de fondo de la demanda, por lo que solicita no casar el fallo impugnado.

La Corte

1. Como muy atinadamente lo pone en relieve la Delegada, el libelo que tiene a la vista la Corte adolece de fallas técnicas y aun de ausencia de simple lógica jurídica, defectos insubsanables y de suyo suficientes para rechazar la demanda. Como en seguida se verá,

2. Los dos cargos que se aducen contra la sentencia del Tribunal aparecen apoyados en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la ley sustancial. Háse sostenido por la Corte -en forma pacífica y reiterada- que cuando se ataca un fallo por la vía directa, no está permitido al censor cuestionar ni los fundamentos fácticos de la sentencia, ni el valor probatorio otorgado por el fallador a las diferentes probanzas arrimadas al proceso, debiéndose aceptar tanto las pautas que sirvieron de fundamento a la sentencia como la aceptación absoluta de los hechos que se declararon probados en la misma. Y es útil recordar que la violación directa se origina -como bien se conoce- o en la falta de aplicación o exclusión evidente de un precepto sustancial. (se yerra acerca de la existencia de la norma) o en la interpretación errónea (se yerra en el significado de la norma) o en la aplicación indebida (se yerra en el entendimiento abstracto de la norma).

3. Es de ver que no respeta el censor las reglas de la técnica casacional, pues al concretar referencias críticas y problemas de valoración probatoria en redor de las condiciones personales del denunciante y en la contradicción de su propia versión, desvía la censura hacia el ámbito de la violación indirecta en donde sí es factible impugnar el régimen probatorio del proceso.

Así, cuando el demandante sostiene que el fallador se equivocó al otorgarle credibilidad a las palabras de Luis Alfonso Carvajal, ubica el ataque dentro de los lindes del error de derecho por falso juicio de convicción, en contravía de su criterio original, de atacar la sentencia por la vía de la violación directa.

Obsérvese:

Según su parecer, se violó el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, pues al momento de su aplicación, el Tribunal "...dejó sentada su propia posición, sin aludir en nada a las contradicciones abiertas en que ingresa el único testigo y por ende perjudicado con la acción delictual...". A renglón seguido califica la versión a su manera: "... en resumidas cuentas, sus pretensiones dolosas y mezquinas, eran perjudicar de una manera u otra..." a los procesados. Más adelante, olvidando que la violación directa no permite la discusión sobre el acervo probatorio, dedica sus esfuerzos a criticar, sin identificarlos, a los demás declarantes "...que presos acomodaron sus versiones...", resaltando los "...antecedentes profesionales y militares de corrupción de los oficiales de la Policía Nacional; que los separó de la Institución por acciones deshonestas...".

El desvío del cargo es ostensible. No obstante, una presentación adecuada tampoco habría arrojado un exitoso resultado ante la ausencia de tarifa legal para la prueba testimonial, lo que impide la estructuración de un error de derecho por falso juicio de convicción, ya que son las reglas de la sana crítica, el norte que guía al administrador de justicia en la estimación de la probanza en contenido.

4. Aunque a lo largo de su escrito, una y otra vez insiste sobre la inidoneidad de la versión expresada por la víctima, en algunos apartes, muestra también su inconformidad en otros aspectos, reforzando el caos argumental que oscurece por completo su pensamiento. Según su parecer, el Tribunal desechó las pruebas aportadas por su mandante "...y ni siquiera se ocupa de ellas...", pues "...la adaptación va cogida de la mano a las pruebas testimoniales aportadas en forma amañada por el perjudicado...".

Varios comentarios merece esta porción de su escrito. El primero, que no basta afirmar en abstracto que el fallador, en su providencia, desconoció elementos probatorios. El censor debe señalarlos con exactitud, luego de lo cual deberá expresar su importancia dentro del contexto procesal, la favorabilidad a sus intereses y su vigor, de tal entidad, que su sola presencia basta para cambiar de curso la decisión judicial. La demanda, olvida estas preceptivas y tan sólo se limita a señalar la carencia. Tal poquedad impide tomar en cuenta el aserto.

Pero aún debe llamársele la atención en otros aspectos. Si su intención original era mostrar una violación directa de la ley sustancial, es claro que este motivo de inconformidad debió formularlo por aparte como violación indirecta, si según dice, el sentenciador cometió un error de hecho por falso juicio de existencia. La presentación simultánea de los dos motivos es contradictoria y temprano provoca su rechazo. Además, olvidó señalar con precisión qué normas violó el sentenciador con esta omisión. Su silencio reduce esta afirmación en estudio a un simple comentario que provoca en la Sala la perplejidad consiguiente, pues introduce mayor confusión a su exposición argumental.

Pero una presentación adecuada tampoco habría reportado éxito a sus intereses. Como lo destacara con lucidez la Parte Civil, fue plural la prueba que sirvió de cimiento a la sentencia condenatoria. Si bien el testimonio de Carvajal fue preponderante a la hora de tomar la decisión cuestionada, también lo es, que su credibilidad se erigió en trascendental por encontrar apoyo en otras probanzas. No sólo la esposa de la víctima brindó detalles sobre los pormenores de las conversaciones que tuviera con los secuestradores y la forma en que podía acceder a sus ilícitas exigencias. Otras personas (Jorge Gaspar, Edgar Pinzón y José Tapias) suministraron sus luces sobre el particular, confirmando las aseveraciones de Carvajal, sin que de ellas se extrajera mendacidad o influencia del ofendido, tal como vehemente lo predicó la defensa en sus varias intervenciones procesales.

Inanes los reproches.

5. Los desaciertos prosiguen al avanzar más en el escrito. Como una especie de segunda objeción, el casacionista presenta una violación a los artículos 29 de la Carta y 1° y 10 del Código de Procedimiento Penal. Pasa a referirse, entonces, a las dudas que surgieron en el Tribunal sobre la interposición en tiempo del recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, pues apenas se cuenta con el escrito respectivo en copia, apareciendo en él, cuatro fechas diferentes.

Bien se observa que la impugnación transita por los terrenos de la causal tercera, no empece que, al comienzo del capítulo en que describe los reproches, el censor fue explícito en señalar que ellos se formulaban dentro del ámbito de la violación directa de la ley sustancial. La contradicción es evidente toda vez que cada causal tiene su propia naturaleza y, por ende, sus determinados resultados, conspirando contra la lógica su planteo simultáneo en un mismo cargo respecto de una prueba determinada, pues se viola flagrantemente el principio de no contradicción.

6. Los anteriores argumentos bastarían para declarar la improsperidad de la censura. Sin embargo, la facultad oficiosa que le asiste a la Sala en estos menesteres, implica abordar el tema que trae a colación el censor. Respecto a la controversia sobre

las dudas que surgieron acerca de la presentación en tiempo del recurso de apelación contra la susomentada sentencia condenatoria -hecho que motivó la expedición de copias con destino a la Procuraduría- es de resaltar que ellas se despejaron oportunamente basándose en la copia del memorial aportado por el defensor, atendiendo el principio de buena fe y teniéndose en cuenta que tal escrito no fue desvirtuado por la Secretaría de la Seccional de Orden Público. Fue por ello que se concedió de nuevo la impugnación, cuyo trámite se efectuó en debida forma, produciéndose la decisión que hoy se convierte en el sustrato del recurso extraordinario de casación.

Ahora bien, el actor se queja de que el *a quo* no resolvió la nulidad planteada por la defensa, debiendo remediar la anomalía el Tribunal, quebrantándose el debido proceso. El planteo es erróneo. Olvida el recurrente que las sentencias de primera y segunda instancia forman un solo cuerpo en los puntos comunes que han sido ratificados tácita o explícitamente por el superior.

En el caso en estudio -como se conoce- el Tribunal se pronunció sobre la petición de nulidad, exponiendo con suficiencia los argumentos por los que, a su entender, las razones endilgadas no eran de recibo. Resulta curioso para la Sala el proceder del impugnante en este aspecto. Si se tiene en cuenta que es función del fallador *ad quem*, el corregir los entuertos y las carencias del fallo que se somete a su revisión, no se entiende cómo se puede atentar contra el debido proceso cuando se remedia una falencia. Con esta insólita aserción se pretende desconocer la esencia misma de la segunda instancia, reduciéndola a una simple confirmadora de decisiones. El desatino es mayúsculo y así lo expresa con energía la Sala.

Finalmente y en lo relativo a la presunta incompetencia de los Jueces Regionales y el Tribunal Nacional para conocer de la presente infracción, es claro, que con la expedición de los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, se dijo con exactitud que, en lo que a la parte procedimental se refiere, todos los procesos de competencia de esta jurisdicción se signarían por el nuevo estatuto, cualquiera fuera la época en que se hubiesen cometido los hechos punibles. No hay razón, por tanto, para la inconformidad del casacionista.

7. Los desaciertos técnicos y conceptuales exhibidos en la demanda, precipitan su rechazo. La Corte deberá hacer la declaración correspondiente.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ACTUACION PROCESAL / DEBIDO PROCESO / CAPTURA

Es cierto que en el proceso no es más que una sistematización de actos y que desde el punto de vista teórico se idea y proyecta como concatenación de los mismos, siendo frecuente, aunque no de manera absoluta, que algunas actividades dependan de otras y que aquéllas en buen número, no puedan desarrollarse sin preexistir éstas. Pero la concepción organizativa de la averiguación y de los actos de calificación y juzgamiento, no representan una tan severa e integral interrelación, que a la menor de las deficiencias de trámite, se colapse todo lo que a partir de entonces se efectúe. Los ejemplos abundan y bastaría considerar, en el ámbito de las testificaciones, que lo que afecta a una, por las condiciones personales del declarante, o la actitud asumida para con ella por el funcionario, no puede trasladarse a otras versiones juramentadas, ayunas de todo vicio y realizadas a cabalidad; y, menos incidirá el primer defecto, en las inspecciones judiciales, las pericias, las indagatorias o los elementos indiciarios, levantadas sobre otras y bien distintas comprobaciones. La generalización se evidencia como inadmisible, dada la autonomía de las probanzas y la independencia interna que es dable observar y reconocer en no pocas de las actuaciones que conforman el proceso penal. / El formalismo que todavía impregna a nuestra administración de justicia, tanto más ceñino cuanto que la letra y sólo la letra considerada de manera general, suele imponerse sobre las particularidades de un comportamiento, lleva a no pocos a desestimar totalmente lo realizado con una persona, calificable con el legítimo título de testigo, por la eventualidad de aparecer luego como autor, determinador o cómplice. Y también les guía a un *modus operandi* muy singular, vale decir, que quien comienza como testigo y luego hace referencias de compromiso, o bien debe dejarse por fuera eliminando su atestación, aun físicamente, o de haberse incorporado todo su dicho, éste de manera integral carece de mérito y debe descartarse. Pues no a lo máxime que puede llegarse, y eso en las decisiones apreciativas, es a que sólo esa parte final pueda ser objeto de exclusión. / La labor de captura no está al arbitrio de la policía judicial, salvo en la flagrancia, y que ésta es atribución del instructor o del juez. Hoy en día, es necesario destacarlo, el aspecto es más categórico que en el anterior estatuto, pero dentro de esa prohibición no está la retención o inmovilización propia de quien es requerido o interceptado para oírle en declaración, por parte del cuerpo técnico de policía judicial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7774.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 65, julio 28/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 30 de julio de 1993.

Vistos

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá (marzo 26/92), mediante la cual se impuso, como coautores, a José Iván Vega Zapata y Raúl Antonio Granados Moreno, dieciocho (18) años de prisión, y a Gustavo Pico Reyes, como cómplice, nueve (9) años de prisión, así como las accesorias pertinentes, se ha interpuesto oportunamente recurso de casación, el cual fue admitido en auto de dieciocho de junio del citado año, en cuanto al mencionado Vega Zapata. La demanda se declaró ajustada a las formalidades de la ley, en proveído de veinticinco de septiembre.

Hechos

Hebert Hedilberto Alvarez Angel y Jorge Augusto Ramírez Castro, estaban dedicados a turbios negocios en que por igual se entrecruzaban aspectos de esmeraldas y estupefacientes. Todo parece indicar que incumplieron algunos pactos con terceros desconocidos y éstos decidieron su muerte mediante la acción de sicarios. Así vinieron a aparecer José Iván Vega Zapata y Raúl Antonio Granados Moreno, quienes también se ocupaban de servir de escoltas al Alcalde Municipal de Chía, Jorge Orlando Gaitán Malpecho, persona ésta a la cual, por esos días, mediante un biper, le había llamado el citado Jorge Augusto Ramírez. Estos sujetos, que tampoco eran unos desconocidos para los occisos fueron llevados varias veces a la región de Chía, por Gustavo Pico Reyes, taxista, y concretamente el día cinco de abril de 1990, en horas de la tarde, los condujo a esa localidad. Ellos abordaron un Mazda 626 en compañía de las futuras víctimas y ordenaron a *Pico* que los siguiera a distancia. En un tramo de la vía destapada que de Chía conduce a Cajicá, sector "El Mejoral", los identificados sicarios dieron muerte, con arma de fuego, a Alvarez y a Ramírez, descendiendo prestamente del automotor regresando al de *Pico Reyes*, en el cual se alejaron del lugar. Posteriormente pagaron a éste la suma de quinientos mil pesos y desaparecieron. Informaciones reservadas, una llamada telefónica, alertó sobre las características del vehículo de servicio público utilizado por los homicidas.

Actuación Procedimental

Así la sintetiza la Delegada Tercera en lo Penal:

"Una vez conocida la noticia del hecho, la Unidad de Indagación preliminar del Cuerpo Técnico de Policía Judicial con sede en Bogotá, dispuso el adelantamiento de las averiguaciones necesarias para el esclarecimiento de los sucesos. Con auto del veintidós de junio de mil novecientos noventa el Juzgado Setenta y Cuatro de Instrucción

Criminal ordenó el proseguimiento de la investigación y señaló las diligencias necesarias para ello, para lo cual solicitó la colaboración de los cuerpos secretos de policía del Estado. El día once de julio del mismo año, funcionarios de la S.ijin, F-2 Unidad de Sangre de la Policía Metropolitana de Bogotá, pusieron a disposición del juzgado instructor a los capturados Gustavo Pico Reyes y José Iván Vega Zapata, sujetos éstos que de conformidad con informaciones anónimas obtenidas y otras diligencias realizadas, aparecieron entonces como presuntos responsables del doble homicidio investigado.

"Así las cosas, el Juzgado Setenta y Cuatro de Instrucción Criminal inició la respectiva investigación penal en auto del once de julio de mil novecientos noventa y acto seguido escuchó la indagatoria de los capturados a quienes se resolvió situación jurídica en proveído de dieciocho de julio de mil novecientos noventa con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio; providencia que fue aclarada el siguiente seis de agosto en el sentido de considerar a Gustavo Pico Reyes como presunto cómplice de los hechos, y a José Iván Vega Zapata como autor de los mismos.

"El funcionario instructor ordenó la captura de Raúl Antonio Granados Moreno para vincularlo a la investigación, decisión que tomó después de un infructuoso emplazamiento, en proveído del tres de octubre de mil novecientos noventa cuando lo declaró reo ausente, le designó defensor oficioso.

"Con auto del doce de octubre del año citado se declaró cerrada la investigación, cuyo mérito se calificó en providencia del seis de noviembre de mil novecientos noventa con resolución de acusación en contra de Iván Vega Zapata y Raúl Antonio Granados Moreno como autores de los delitos (sic) de homicidio investigados, y en contra de Gustavo Pico Reyes en calidad de cómplice de los mismos delitos, a la par que se ordenó la expedición de copias para que se investigue la posible autoría intelectual de César Quintero Soto u Osorio, en el hecho materia de esta actuación. Ejecutoriada esta decisión, el proceso pasó al conocimiento del Juzgado Primero Superior de Bogotá que asumió el trámite del juicio en auto del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y uno.

"Luego de haberse iniciado la audiencia pública y a solicitud de la agente del Ministerio Público, el Juzgado en auto del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y uno decidió variar la calificación provisional del hecho, concretando la imputación como homicidio agravado, por encontrar concurrente la causal cuarta del artículo 324 del Código Penal.

"Se reanudó después la audiencia pública y a su terminación se produjo la sentencia de primera instancia de cuyo resultado ya se hizo mérito", vale decir, la emitida por el Juzgado Primero Superior, despacho que impuso como pena privativa de la libertad, veinticuatro (24) años de prisión a Vega y a Granados, y a Pico Reyes, doce (12) años de prisión.

La Demanda

1. En ésta se afirma que "la sentencia acusada se dictó en un proceso viciado de nulidad, porque en el mismo se violaron los artículos 28 y 29 de la Constitución Nacional antes citados por tres vías, así:

1. Se violó el artículo 28 de la Constitución Nacional en cuanto a que, nadie puede ser reducido a prisión, ni arresto, ni detención, ni tampoco retención o captura, "sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

2. Se violó el artículo 29 de la Constitución Nacional en cuanto éste establece la obligación de la observación de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

3. Se violó el artículo 29 de la Constitución Nacional en cuanto éste garantiza el derecho de defensa. El apoyo jurídico radica en el artículo 220-3 del anterior Código de Procedimiento Penal.

Y se concreta la cuestión así:

La recepción del testimonio de Pico Reyes se efectuó por unidades de policía judicial -Sijin, F2, Unidad de Sangre-, sin advertir la garantía del artículo 286 del Código de Procedimiento Penal vigente a la época (hoy artículo 283), máxime cuando se trataba de persona implicada en los hechos, y además se le capturó sin que mediara orden legal pertinente. De ahí la total ineficacia de su versión, la cual sirvió de elemento de averiguación y de condena, puesto que se causó en una indiscutible detención arbitraria, lo que llevó al Tribunal a ordenar la expedición de las correspondientes copias, para su averiguación, así como la posible falta disciplinaria en que pudo incurrirse en procedimiento tan repudiable.

Sobre este particular, la demandante afirma que "Es de tanta gravedad este quebrantamiento a la Constitución Nacional en su artículo 29 en cuanto consagra en favor del ciudadano la garantía de que se le juzgue observando la plenitud de las normas propias de cada juicio o, en otras palabras, el respeto del debido proceso, que de tolerarse esta situación nos veríamos frente al riesgo regresivo e inadmisible de que, cada vez que por un motivo u otro se pretenda sacar avante un determinado proceso, se recurra para ello y con tal fin a la violación de normas fundamentales, desconociendo las garantías y derechos que ellas consagran para obtener la prueba que permita llegar a una sentencia condenatoria. En otros términos, sería tanto como dejar el campo abierto para que, en aras del derecho objetivo, se desconozcan y violen los derechos fundamentales".

II. También se comenta la violación de norma de derecho sustancial por error en la apreciación de la prueba testimonial -artículo 220 1 del Código de Procedimiento Penal, antecedente.

Al respecto se recuerda el valor acordado a una supuesta diligencia testimonial (Pico Reyes) y la desestimación de las declaraciones de Segundo Jorge Téllez, Noé Ramos León, Emilce Ramírez, Elba Rubiela Sierra y Jaime Avila Angel, quienes aseveraron la presencia de Vega, para el día del doble homicidio, en las minas de Cozcuez, lugar de su actividad comercial.

La recurrente estima la motivación del juzgador como "equívoca y errónea", pues tales testigos, por lo mismo que habiendo permanecido en ese sitio entre el primero y el veinte de abril, necesariamente debieron advertir lo sucedido, en ese lugar, el día cinco de ese mes. De otro lado, la labor de unos y otros, era la misma (lavado de arena para el hallazgo de esmeraldas) y no se requería de motivo especial para celebrar el asado que se dice se cumplió en tal fecha.

De ahí que se diga: "En estas condiciones, lo menos que puede concluirse es que se ha incurrido en un falso juicio en torno a la prueba, lo cual se conoce como error *in iudicando* de hecho, el cual obviamente conduce a una conclusión equivocada que puede versar sobre la existencia material del medio probatorio o sobre su sentido fáctico. Esto último se presenta precisamente en este caso... El nexo existente entre la errónea interpretación de la prueba testimonial en el caso que nos ocupa es tan estrecho que dicho error fue la causa determinante de la ilegalidad de la sentencia demandada, requisito éste que de conformidad con el tratadista citado (Fabio Calderón Botero) es indispensable a efectos de concretar la idoneidad alcanzada como determinante en el quebrantamiento de la sentencia.

"Cómo no va a ser idónea y determinante en el caso en comento, si precisamente frente a la correcta valoración de la prueba testimonial, de conformidad con la cual José Iván Vega Zapata no se encontraba en la fecha de los hechos en Bogotá sino en otro lugar muy distante, Coscuez, es absolutamente imposible que dicho procesado hubiese cometido los delitos en la forma como cometor, en que se le incriminan. Luego, este error de valoración sí fue determinante en la ilegalidad de la sentencia por cuanto dio lugar a una totalmente opuesta, contraria, a aquella proveniente de la correcta interpretación y valoración probatoria y que no había podido ser diferente a la absolutoria".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

A. Para el colaborador resulta incuestionable que los agentes de la Sijin no podían oír en versión libre a Pico Reyes, ni menos omitir la enseñanza de la garantía constitucional ya señalada. Igualmente que no se podía proceder a la captura de Pico Reyes, ni a la de Vega Zapata, pero, después de aceptar tal crítica, afirma que no por esto resulta inválido todo lo actuado durante el sumario ni pierden eficacia los fallos pronunciados, pues es obvio que una y otra actividad puede aparecer desligada del comentado quebranto.

En efecto "la captura ilegal denunciada como fundamento de este cargo, no tiene, en opinión de la Delegada, la virtualidad de viciar de nulidad los actos procesales posteriores a ella, en la medida en que no se advierte en estos últimos una deficiente construcción intrínseca ni dependen ellos de la forma como fue privado de la libertad el acusado. Cierto es también que el ordenamiento procesal penal establece requerimientos precisos para la captura de los implicados, pero tales exigencias, acordes con el mandato constitucional, son instrumentos protectores de la garantía del individuo frente a su libertad y mandatos imperativos al funcionario encargado de administrar justicia para que, dentro de la actuación, se ciña con rigor a los mandatos legales. La infracción de las disposiciones procesales que desarrollan el mandato constitucional, en eventos como el que es materia de estudio, tiene consecuencias no para la validez de todos los actos procesales, se insiste, sino para la determinación de los niveles de responsabilidad de quienes hayan actuado en contra de la ley, y, obviamente, en relación con el acto viciado mismo".

Y más adelante, agrega:

"Las infracciones a los mandatos constitucionales tienen, entonces, diversos niveles de respuesta y solamente permitirán la invalidación de todo lo actuado, cuando

los vicios afecten todas las actividades procesales, como sería el caso, por ejemplo, de un asunto en el que se conculque el derecho a la defensa, pues, en casos como éste, la protección que brinda la ley abarca todo el trámite y no solamente un acto procesal... Empero, es la prueba la que se encuentra afectada con el vicio que no se comunica a los demás trámites del proceso ni tiene capacidad de afectar la sentencia condenatoria ahora recurrida, pues no es verdad como lo propone la recurrente, que tal versión haya sido el fundamento del fallo cuestionado... suprímase, entonces, del acervo probatorio la diligencia referida, y se advertirá que los razonamientos del sentenciador para su decisión de condena permanecen incólumes. No se afecta la validez de toda la actuación con la diligencia irregularmente realizada, puesto que las posteriores diligencias y decisiones no dependieron en forma alguna de ella, sino que se construyeron sobre bases diversas, principalmente tomando en cuenta los informes de los cuerpos investigativos y la propia indagatoria de Pico Reyes -bien diversa de su versión- a la que el instructor dio en verdad bastante importancia, al punto de que ordenó la evacuación de las diligencias y pruebas en ella solicitadas para comprobar la veracidad de las aserciones del procesado... Finalmente, es opinión de esta representación del Ministerio Público que el no haber puesto de presente a los capturados los derechos que podían ejercer a partir de su aprehensión y la forma de hacerlos valer, es irregularidad que amerita un juicio de responsabilidades -como ya se ordenó- pero que no comunica su vicio a la actuación procesal, pues del examen cuidadoso del expediente se advierte que una vez los sindicados fueron puestos a disposición del funcionario judicial, contaron con total y pleno respeto a sus derechos, al punto que la defensa se ejerció desde su primera intervención procesal y continuó a través de las diligencias subsiguientes".

En parte tiene razón la Delegada, o sea, en negar el nexo causal entre la primera versión que suministrara Pico Reyes y la abundante y variada actuación que a partir de ese momento se cumplió. Y dándose este fenómeno es imposible restablecerlo, fingidamente, para derivar aspectos anulatorios de variada gama e intensidad hasta el punto de cobijar por entero, sin posibilidades de enmienda, todo el trámite desarrollado, así éste se llevara a efecto con la más estricta observancia de los preceptos legales. Las garantías debidas a los procesados y la eficaz aunque no exitosa labor de defensa desplegada.

Es cierto que el proceso no es más que una sistematización de actos y que desde el punto de vista teórico se idea y proyecta como concatenación de los mismos, siendo frecuente, aunque no de manera absoluta, que algunas actividades dependan de otras y que aquéllas, en buen número, no puedan desarrollarse sin preexistir éstas.

Pero la concepción organizativa de la averiguación y de los actos de calificación y juzgamiento, no representan una tan severa e integral interrelación, que, a la menor de las deficiencias de trámite, se colapse todo lo que a partir de entonces se efectúe. Los ejemplos abundan y bastaría considerar, en el ámbito de las testificaciones, que lo que afecta a una, por las condiciones personales del declarante, o la actitud asumida para con ella por el funcionario, no puede trasladarse a otras versiones juramentadas, ayunas de todo vicio y realizadas a cabalidad; y, menos incidirá el primer defecto, en las inspecciones judiciales, las pericias, las indagatorias o los elementos indiciarios, levantados sobre otras y bien distintas comprobaciones. La generalización, y esto es, lo que se observa en el analizado cargo, se evidencia como inadmisible, dada la autonomía

de las probanzas y la independencia interna que es dable observar y reconocer en no pocas de las actuaciones que conforman el proceso penal.

Pero la Corte debe agregar su disentimiento al enfoque que se ha dado del testimonial de Pico Reyes, al considerar presuntamente punible (penal y disciplinariamente) la intervención de la policía técnica. No ocurre tal cosa, al menos con la nitidez y consecuencias que se dejan anotadas. Y sobre el particular, se dice: no es motivo de aguda controversia el afirmar que nuestros organismos de investigación, llámense jueces de instrucción (para la época) o cuerpos técnicos de policía judicial (tan numerosos como dispersos), han funcionado sin el necesario rigor de integración. Este expediente lo demuestra en forma fehaciente. La Sijin, parece que nunca se enteró que las diligencias estaban a cargo de la Dirección de Instrucción Criminal, Cuerpo Técnico de Policía Judicial, Unidad de Indagación Preliminar, quien como tal, normalmente las tuvo hasta el mes de junio de 1990, pues el veintidós de este mes y año, las asumió el Juzgado 74 de Instrucción Criminal. Pero continuó el mismo aislamiento e incomunicación, lo cual llevó a la Sijin, enterada por una llamada anónima que los homicidas ocuparon el taxi de placa SE-9028, de color amarillo, conducido por Pico Reyes, a dar con su paradero para procurar, como *testigo*, su relato. La información no le asignaba ni el papel de coautor ni de cómplice. Ignorándose quién, como juez, podía tener esta averiguación, pues el que la orientaba apenas ordenó: «folio 39, junio 22/90 obtener "la colaboración del DAS" y del Cuerpo Técnico de Policía Judicial (la de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal) "los resultados (ningunos) de la inicial investigación por ellos adelantada", y *aprehendiendo* la verificación de esa confidencial noticia, la Sijín se determinó a obrar. Así encontró a Pico Reyes y lo sometió a interrogatorio. Esto, en este plano, era lícito, entraba en el campo de sus funciones además traducía comportamiento exigible. Ésta la razón de ese interrogatorio, el mismo que, como puede advertirse a principio, no daba lugar a un fenómeno de participación delictiva en un homicidio. Ese chofer, ciertamente, andaba mal acompañado, pero tan censurables acompañantes, no le imponían la participación en sus fechorías. Esa fue la impresión que debieron tener a las primeras respuestas de Pico Reyes, y de ahí la validez de sus manifestaciones en este ámbito. Pero a la postre, aunque no de manera categórica, pudo advertirse cierto eventual compromiso en las acciones recibió $500.000.00 para guardar silencio de lo que a él le llegó como deducción del comportamiento de Vega y Granados, a quienes someramente conocía, no así a Alvarez y Ramírez, ni las relaciones de éstos con aquéllos. Todo quedó consignado en la diligencia, pero con el matiz más sobresaliente de presentarse Pico Reyes como ajeno al homicidio. Que posteriormente la instrucción, ya realizada por el funcionario plenamente competente para su ejecución, demostrara una participación más activa, no permite retrogradar la apreciación que tuvieron los miembros de la Sijín, la misma que debe entenderse como válida en el campo de realización que le fuera propio.

El Tribunal destaca el aspecto cuando comenta: "...Cuando se recibió la declaración a Pico Reyes, ¿se conocía la condición de autor o copartícipe en el delito? Intrínsecamente era copartícipe pero externamente se ignoraba, por razón lógica de que la investigación apenas estaba comenzando; por lo menos los agentes del cuerpo técnico no tenían la claridad necesaria y por ello, en la creencia de que era testigo de la acción ilícita, por cuanto supuestamente con el taxi había atendido un requerimiento de servicio público, optaron por oírlo en declaración y evidencia de esta convicción es que vieron

innecesario llamar a un defensor. Más clara y convincente no puede ser la atestación del detective Excelino León Beltrán: "Se le tomó diligencia de testimonio, ya que no teníamos pleno conocimiento de los hechos, sino simplemente se estaba haciendo la investigación, ya en su testimonio, él nos narró todo lo ocurrido, porque en ese momento todavía no era persona sindicada, sino que a través de la llamada y bajo las placas del vehículo se iba a constatar si era verdad o no, y por eso lo trasladamos para que nos rindiera esa diligencia de testimonio, ya después de rendida consideramos que pudo era tener alguna participación en los hechos y por eso lo dejamos a órdenes del Juzgado - folio 102-".

El formalismo que todavía impregna a nuestra administración de justicia, tanto más dañino cuanto que la letra y sólo la letra considerada de manera general, suele imponerse sobre las particularidades de un comportamiento, lleva a no pocos a desestimar totalmente lo realizado con una persona, calificable con el legítimo título de testigo, por la eventualidad de aparecer luego como autor, determinador o cómplice. Y también les guía a un *modus operandi* muy singular, vale decir, que quien comienza como testigo y luego hace referencias de compromiso, o bien debe dejarse por fuera eliminando su atestación, aun físicamente, o de haberse incorporado todo su dicho, éste de manera integral carece de mérito y debe descartarse. Pues no, a lo máximo que puede llegarse, y eso en las decisiones apreciativas, es a que sólo esa parte final pueda ser objeto de exclusión.

De ahí que la Sala no se quede alónita ni deprimida ante la forma como fuera recibida la versión testimonial de Pico Reyes, y sí la entienda, en muy buena parte, como válida, especialmente para concretar aspectos de severo compromiso para los procesados Vega y Ramírez. Y tampoco concuerda con el severo reparo, que no tiene que ver con la prosperidad del recurso, pues la manifestación en contrario de la Delegada resulta suficiente para refutar su pretensión, dirigido a advertir un posible acto de detención arbitraria de Pico Reyes. No. También en este evento hay que distinguir modalidadades y matices en el comportamiento de los miembros de la Sijin, que o bien explican, por adecuada su conducta, o excusan la misma por no darse una interpretación exacta y antecedente que convierta su procedimiento en algo punible. La legislación y la jurisprudencia son enfáticas en señalar que la labor de captura no está al arbitrio de la policía judicial, salvo en la flagrancia, y que ésta es atribución del instructor o del juez. Hoy en día, es necesario destacarlo, el aspecto es más categórico que en el anterior estatuto. Pero dentro de esta prohibición no está la retención o inmovilización propia de quien es requerido o interceptado para oírle en declaración, por parte del cuerpo técnico de policía judicial. De donde, la inicial actividad con Pico, no se resentía de ilícito atentado a su libertad personal. Ahora bien, hacia el final de la testificación, se observó un posible vínculo penal de este declarante (v. gr., un posible encubrimiento). ¿Qué debía hacerse con él? Los textos no indican en sus letras el exacto destino que debe asumirse. Algunos señalan, pensando más en la persona inocente, que debe dejársele libre y llevar a conocimiento del instructor estas circunstancias. Otros, metidos más en la realidad de las investigaciones que pueden frustrarse por una vastísima consideración de respetos institucionales, advierten que lo aconsejable es remitir a esa persona al juez, con los correspondientes informes y resultados, para que éste tome la determinación del caso: liberarlo, someterlo a indagatoria, etc. Porque se haya hecho lo segundo, no puede hablarse de una detención arbitraria y menos deducir de esta apreciación, tan controvertible,

el que su atestación devenga en inválida y afecte por completo la actuación. Esta última concepción, conviene recalcarlo, resulta inadmisible y no hay motivo alguno para que juegue en la evaluación del cargo que ahora en casación se formula.

Por último, y el aspecto también debe darse como inserto en el análisis del segundo cargo, esta versión de Pico Reyes, no traduce el único baluarte probatorio del fallo de condena. El Tribunal tuvo oportunidad de hacer acopio de variados elementos responsabilizadores, de muy destacada y firme significación no rebatidos por la recurrente y menos en el grado que para tal efecto se requiere en un recurso tan excepcional como el que ahora se dilucida.

La Delegada, sobre este tópico, aunque lo relaciona en la respuesta a la segunda censura, anota:

"1. El señalamiento que en la llamada anónima recibida por la Policía se hizo del acusado José Iván Vega Zapata junto con las placas del taxi en que se movilizaban los homicidas; 2. El testimonio de Víctor Manuel Gutiérrez Rojas; 3. El testimonio del abogado Fernando Montaño Novar; 4. El indicio de mala justificación; 5. Las declaraciones de las personas que sirvieron de respaldo a su coartada; 6. El testimonio del detective Excelino León Beltrán. Todas estas pruebas se unieron, es verdad, al 'testimonio' que rindiera el procesado Pico Reyes, pero se resalta que esta última no fue, como se sostiene en la demanda, la concluyente para los efectos de la sentencia de condena".

Y a lo anterior conviene agregar y explayar lo siguiente, igualmente colacionado por el Tribunal en su sentencia:

a) La injuriada de Pico Reyes, en un principio alejó todo conocimiento de Vega y Granados, pero, a la postre, en ella se admitió esa realidad;

b) Clara Patricia Malaver, novia de Manuel Gutiérrez García (muerto en forma violenta y compinche de Vega y Granados en otras fechorías), establece una información sobre el mandato para la inminente muerte de dos personas, que el Tribunal toma como "claramente compatible con el doble homicidio que nos ocupa" -folios 23 y 24-;

c) Las andanzas de Pico Reyes y Granados, atestiguadas por Víctor Manuel Gutiérrez Rojas -folio 24-;

d) La testificación de Alejandrina Pérez, que relaciona la huida de dos sujetos, uno de ellos pistola en mano, luego del sangriento acto para tomar un taxi de color amarillo, en el cual desaparecieron, y

e) En la Sijin Seccional de Cundinamarca, "ya se tenían registradas las placas SE-9028 como correspondiente a dicho taxi -folio 105-".

B. Esta censura se contrae, simplemente, a tener por de mejor valía su argumentación a la que expresa la sentencia. La recurrente no consigue persuadir en cuanto a que la sana crítica expuesta en el fallo y relacionada con los testimonios que pretendieron establecer un álibi en favor de Vega (estaba en Cosquez), en virtud de la cual se rechazaron, no constituya un adecuado escrutinio probatorio de mérito. Pero esto no pasa de ser una discrepancia conceptual, puesto que advertida una y otra posición no logra entenderse que el Tribunal omitiera o contradijera las reglas de la lógica y la

experiencia y que la demandante demostrara, por parte de esa Corporación, un grosero yerro, una ostensible equivocación o notorio desacierto, y en estas circunstancias, tiene que prevalecer el fallo, por el respaldo que le da la doble presunción de acierto y legalidad, fuera de ganar mayor ascendiente la interpretación objetada cuando se la correlaciona con todo el resto de probanzas, las cuales, innegablemente, llevan a la convicción de que Vega, sí estuvo en el lugar de los hechos y cumplió una conducta homicida.

Los cargos se desechan.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada, ya mencionada en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA / FALSO JUICIO DE CONVICCION

Esa dificultad que ofrece la demanda para desentrañar el verdadero sentido del ataque, indica que en su esfuerzo no cumplió el censor con el deber de hacer una presentación clara y precisa de la causal propuesta, motivo que orienta la acusación hacia el fracaso. Mas ni siquiera interpretando la formulación en cualquiera de las dos hipótesis enunciadas, (error de hecho, error de derecho), podría llegar la pretensión a imponerse, porque la deficiente sustentación que se intenta no le dio el debido desarrollo a una siquiera de estas dos alternativas, pues en el caso del error de hecho por falso juicio de identidad debió probar que el juzgador desfiguró objetivamente el contenido de la prueba tergiversándola en su contenido, y en el error de derecho por falso juicio de convicción demostrar el grosero desconocimiento de las reglas de la sana crítica, sin que para el cumplimiento de este último objetivo baste la expresión de la sola inconformidad con los criterios de convicción del juzgador, ya que el ataque de la prueba en casación difiere al de la instancia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7910.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 065.

Santafé de Bogotá, D. C., 30 de julio de 1993.

Vistos

El defensor del acusado Juan Eugenio Gómez Olivar ha interpuesto recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia de segunda instancia de mayo 21 de 1992, en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirma la proferida por el Juzgado Primero Superior de Espinal condenando al acusado a la pena principal de diecisiete años de prisión y accesorias de ley como responsable del delito agravado

de homicidio cometido en la persona de Aurora Barragán Barrero. Agotado el trámite de ley, decide la Sala la impugnación propuesta.

Antecedentes

Responde el acusado Eugenio Gómez Olivar por la muerte violenta de su ex-compañera Aurora Barragán Barrero, ocurrida en la noche del 2 al 3 de febrero de 1991 en la fracción rural de Agua Blanca, comprensión del Municipio de Espinal, a consecuencia de herida cortante y penetrante al tórax.

De los hechos conoció originalmente el Juzgado 34 de Instrucción Criminal con sede en Espinal, a cuyo cargo estuvo la iniciación de la investigación, la vinculación formal del sindicado y la calificación del mérito del sumario que concluyó con resolución acusatoria por el delito de homicidio.

En firme esta última providencia pasó el expediente al conocimiento del Juzgado Superior de la misma ciudad para evacuación del rito de la causa, imponiendo a su culminación condena al acusado a la pena principal de 17 años de prisión, suspensión de la patria potestad, diez años de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la obligación de resarcir los daños y perjuicios derivados de la infracción.

Recurrida en alzada la decisión anterior por el defensor del acusado, conoció de ella el Tribunal Superior de Ibagué ratificando la sanción, si bien excluyó la causal primera de agravación del artículo 324 del Código Penal para dejar apenas la de indefensión de la víctima, fallo que resulta ahora objeto del recurso extraordinario.

La Demanda

Plantea el actor un solo cargo en contra del fallo de segunda instancia, fundándolo en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, advirtiendo que el Tribunal violó indirectamente y por indebida aplicación el artículo 323 del Código Penal gracias a la "errónea apreciación de los testimonios" recibidos por María Inés Méndez Mejía y Justino Barragán a quienes se concedió completa y definitiva credibilidad en contra de lo preceptuado por el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, añadiendo que también el artículo 247 de esta última codificación fue norma instrumental ignorada.

Al intentar el desarrollo del cargo sostiene el actor que la sentencia "valoró los testimonios otorgándoles un mérito mayor o superior al que le asigna la ley, sobrepasó su alcance por haber desestimado condiciones que le restan fuerza incriminatoria: que de haberse apreciado críticamente, como lo impone la ley, la decisión condenatoria perdería su basamento esencial, pues, tal prueba no tiene sustitutiva o reemplazante en el acervo probatorio examinado" (sic).

Como fundamento teórico del reproche se recurre a la evocación de las reglas que orientan la apreciación de las pruebas dentro de la sana crítica, apoyándose en cita de la doctrina sobre la caracterización del grado de certeza, y remitiéndose a cada uno de los testimonios de cargo aludidos, se dice que María Inés Méndez no estuvo en capacidad de observar como lo dijo en su versión haber sentido cuando la puerta de la habitación de la occisa se abría "suavemente", circunstancia que "derrumba" la credibilidad de su

dicho, pues no resulta así posible que hubiese escuchado en el interior de la pieza la voz del acusado.

En el caso del testimonio rendido por Justino Barragán, la impugnación radica en que el declarante era el padre de la occisa, que había intentado demandas y denuncia contra el procesado, y que hace sospechoso su dicho al afirmar, no en la primera versión procesal, sino en la segunda que el día anterior al de los hechos había visto al acusado en compañía de la víctima.

Cotejando los testimonios anteriores con los fundamentos del fallo agrega que el juzgador no hizo mención de las circunstancias que impedían dar por cierta la versión de la Méndez Mejía, ni el hecho de que el esposo de la testigo quien la acompañaba no hubiese escuchado aquellos rumores, situación que a juicio del actor es suficiente para calificar de "farzónico" el error en que incurrió el Tribunal al atender su dicho.

Para terminar se dice que al fundar el Tribunal su grado de certeza en el precario testimonio de Inés Méndez, reforzándolo en la versión de Justino Barragán, desatendiendo las circunstancias que los afectaban y que impedían tenerlos como hechos indicadores de la presencia del acusado en compañía de la víctima la noche de los hechos, del motivo para eliminarla y de la mentira que luego se le atribuye a Gómez Olivar sólo por no coincidir en su versión con lo dicho por los sospechosos declarantes.

La petición final apunta a la casación del fallo de segundo grado para que en su defecto se profiera el de reemplazo mediante el cual se absuelva al enjuiciado.

Concepto de la Procuraduría

Para el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal la demanda formulada a nombre del acusado Gómez Olivar no puede asomar posibilidad alguna de éxito, no solamente en cuanto el censor no precisa la causal, motivo y sentido de la violación, sino porque su crítica se ofrece de modo genérico, sin expresar siquiera si en tratándose de la violación indirecta se estaba apuntando a errores de hecho o de derecho, si bien es cierto que del desarrollo parecería deducirse un falso juicio de identidad.

Aún estimando desde este punto de vista la censura, concluye la Delegada en su absoluto rechazo, pues al ocuparse del testimonio rendido por la señora Méndez se limitó el censor a señalar que desde el sitio en que se hallaba la declarante no podía oír la voz del acusado cuando hablaba desde dentro de la pieza de la víctima, pero cuidándose de aludir a las razones del fallo, pues en él se reconoce que la declarante no solamente afirmó haber oído casualmente a Gómez sino hallarse convencida de quién realmente se trataba, ya que la deponente conocía al procesado desde hacía unos 15 años, razón bastante para que hubiese logrado identificar su voz.

En el caso del testimonio rendido por Justo Barragán, es el actor quien reconoce que la declaración sí se refirió al acompañamiento de la occisa con el procesado en la fecha e instantes previos a los hechos, de manera que el reparo se centra bajo estas circunstancias, en la atendibilidad que podría o no merecer esa versión para generar credibilidad y certeza en los juzgadores.

Ante estas escuetas observaciones, la Delegada critica que "la demanda se limita no a demostrar un error probatorio del cual derive una violación indirecta de la ley

(causal alegada), sino que se circunscribe a efectuar una nueva crítica de las pruebas tomadas en consideración por el sentenciador, lo cual es indebido en estricta técnica de casación... se trata simplemente de presentar una valoración distinta de la prueba, con el criterio personal del impugnante. Bien se repite que ello no es atendible en sede de casación, ya que en el sistema de persuasión racional libre de la prueba, es únicamente el juez el que puede ofrecer un criterio definitorio y válido de la valoración probatoria, en tanto se ajuste a la lógica, la experiencia y los criterios de la ciencia".

Consecuentemente, el Procurador culmina solicitándole a la Sala la desestimación de la demanda.

Consideraciones de la Sala

Parcialmente discrepa la Sala del criterio aportado por el Ministerio Público frente al contenido y orientación de la demanda objeto de análisis, pues las glosas iniciales que a ese escrito se dirigen afirmando que no cita siquiera la causal, menos el motivo ni el sentido de la violación que acusa son inexactas frente al texto que redacta el actor, dentro del cual, así no se hayan utilizado los términos que técnicamente identifican estos varios aspectos del cargo, sí se permite saber, porque el censor así lo indica, que la acusación se endereza dentro de la causal primera de casación reprochando de indebida aplicación el artículo 323 del Código Penal y refiriendo a la violación indirecta, pues es ella la descrita en el "cuerpo segundo del numeral primero" del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal que expresamente cita el libelista.

Donde las dificultades en verdad asoman es en cuanto el impugnante omite una clara ubicación de su censura dentro de los errores de hecho o de derecho, de modo que mientras el Ministerio Público cree interpretar de su contenido que el reproche apunta dentro de los primeros a un falso juicio de identidad, porque el juzgador pudo deformar el contenido de los testimonios rendidos por María Inés Méndez y Justino Barragán, deduce la Sala del desarrollo que el libelo intenta como de la dificultad que confiesa sobre la presentación en casación de esta clase de censuras la proposición de errores de derecho por falso juicio de convicción, pues nunca se afirma que la sentencia hubiese deformado o tergiversado lo dicho por los dos declarantes, sino creído unas afirmaciones que en ningún caso podían ser acogibles por provenir frente al padre de la occisa, de persona interesada, y en el caso de la Méndez de quien no estuvo en capacidad de percibir aquello sobre lo cual declara.

Esa dificultad que ofrece la demanda para desentrañar el verdadero sentido del ataque, indica que en su esfuerzo no cumplió el censor con el deber de hacer una presentación clara y precisa de la causal propuesta, motivo que orienta la acusación hacia el fracaso. Mas, ni siquiera interpretando la formulación en cualquiera de las dos hipótesis enunciadas, podría llegar la pretensión a imponerse, porque la deficiente sustentación que se intenta no le dio el debido desarrollo a una siquiera de estas dos alternativas, pues en el caso del error de hecho por falso juicio de identidad debió probar que el juzgador desfiguró objetivamente el contenido de la prueba tergiversándola en su contenido, y en el error de derecho por falso juicio de convicción demostrar el grosero desconocimiento de las reglas de la sana crítica, sin que para el cumplimiento de este último objetivo baste la expresión de la sola inconformidad con los criterios de

convicción del juzgador, ya que el ataque de la prueba en casación difiere al de la instancia.

No se aproximó a ese esfuerzo el censor según lo pone de presente la Procuraduría Delegada, pues en lugar de demostrar cuáles fueron los términos en que se expresaron los testigos, y cuales aquéllos que creyó entender el juzgador deformando las versiones en su contenido material u objetivo, se dedicó apenas a reconocer que María y Justino sí hicieron las afirmaciones que traduce en su texto la sentencia, sólo que para proponer que erradamente se les otorgó a la Méndez y al padre de la ofendida una credibilidad que ninguno de los dos merece, lo cual indica que la inconformidad no recayó en falsos juicios de identidad sino de convicción, pues cuanto el actor pretende es, ni más ni menos que la Corte acoja aquellos parámetros subjetivos que sugiere, desestimando sin más, los que sirvieron al juez como base de certeza, para olvidarse que el error de derecho por falso juicio de convicción tiene otra estructura muy distinta dentro del sistema de la sana crítica que ahora rige, lo que ha llevado a la Corte a sostener que:

"...frente a la prueba testimonial no pueden alegarse errores de derecho, por falso juicio de convicción, ya que por parte alguna la ley le asigna a estos medios de prueba un preciso valor probatorio o una tasa legal preestablecida. Si de testimonios se trata son las reglas de la sana crítica las que gobiernan la ponderación del juez quien con un justo criterio lógico y una aplicación de los datos que suministre la experiencia de la vida, deberá tener por exacta aquella declaración que montada sobre estos presupuestos traduzca correctamente la verdad del hecho y su circunstancias" (Casación de agosto 6 de 1992, Magistrado Ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia M.)

Al no salir el casacionista en el caso presente de una subjetiva crítica de los factores endógenos y externos que harían merecedoras de crédito o inaceptables las versiones de los dos testigos que su atención ocupan, aspecto que asignó con exclusividad la ley al juzgador reservándolo como tema y competencias a las instancias, habrá de concluirse, cuál es la sugerencia del Ministerio Público, en la desestimación de la demanda.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado por el defensor del acusado Juan Eugenio Gómez Olivar.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Corrés Garnica, Secretario.

PRESCRIPCION / DETENCION ARBITRARIA

Las normas aplicables sobre prescripción, en el delito de detención arbitraria, no son otras que las del capítulo 5º del título IV, libro primero del Código Penal, y ello significa que siendo la sanción prevista para el infractor de seis (6) meses a dos (2) años de arresto (artículo 273 Código Penal), la prescripción en principio operaría al transcurso de cinco (5) años contados desde la comisión del hecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8501.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 066.

Santafé de Bogotá, D. C., 30 de julio de 1993.

Vistos

Apela la defensora de la procesada doctora María Stella Granada la providencia proferida el 25 de mayo último por el Tribunal Superior de Cundinamarca, decisión mediante la cual se denegaron las solicitudes de nulidad y prescripción de la acción propuestas por la misma parte.

Antecedentes

1. Correspondió a la doctora María Stella Granada Henao como titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Tena, conocer de unas diligencias iniciadas por el delito de incendio en contra del individuo Pedro Jutinico quien fue puesto a su disposición en la cárcel de la localidad en calidad de retenido el día dos de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Pese a que la funcionaria previó en auto de esa misma fecha oír en injuriada al retenido, la diligencia se aplazó hasta el ocho de octubre siguiente con el pretexto de esclarecer primero su estado de sanidad mental, disponiéndose dos días más tarde su libertad mientras se recepcionaban unos testimonios con base en los cuales se anunciaba la definición de su situación provisional.

2. Con base en estos hechos el Tribunal Superior de Bogotá inició la respectiva investigación penal, vinculando a ella a la imputada doctora Granada Hervao, pero como al momento de proferir la calificación del sumario inició labores el Tribunal Superior de Cundinamarca, para su conocimiento se remitieron las diligencias, recibiendo calificación mediante auto de mayo once de mil novecientos noventa y dos ratificado por vía de apelación por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, providencia que encausa a la sindicada por el delito de detención arbitraria.

La Providencia Apelada

1. Avanzando el trámite de la causa la señora defensora de la acusada, planteó la ocurrencia de una nulidad que afectaría toda la actuación, comenzando por una indebida acumulación de cargos de diversa naturaleza en contra de la funcionaria enjuiciada, adicionando que para la fecha en que se profirió la resolución acusatoria, ya la acción penal se había extinguido por prescripción visto el término que para su ocurrencia fijó la Ley 2ª de 1984, artículo 9º, presentando como opción alternativa una solicitud de pruebas.

2. Concedida de esta petición intervino la Fiscal Delegada ante el Tribunal acusando la presencia de otra irregularidad sustancial que a su juicio dejaría sin valor lo actuado.

Dicha irregularidad radicaría en la ausencia de defensa técnica de la exfuncionaria procesada, porque cuando la doctora Granada Hervao concurrió a rendir indagatoria no se la previno sobre el derecho que le asistía de designar un abogado que la defendiera a lo largo de la actuación procesal, así que la indagada sólo fue citó a su defensora para que interviniera en la indagatoria, quedando a partir de esa diligencia en desamparo porque el Tribunal no le nombró representante para la actuación subsiguiente, transgrediendo el artículo 29 de la Constitución Política.

La doctrina tradicional de esta Sala que exigía la defensa técnica solamente en la etapa de la causa no podría solucionar el caso de conflicto -añade la Fiscal- porque el precepto superior ahora es diferente, y en el caso de la doctora Granada quedó desatendido.

3. Mediante auto de mayo 25 próximo pasado desestimó el Tribunal las solicitudes anteriores para disponer en su lugar la prosecución de la causa con la práctica de las pruebas solicitadas por las partes y otras más que consideré de oficio necesarias.

Refiriéndose a la prescripción, recordó que la acusación refiere a la prolongación ilícita de la libertad del ciudadano Pedro Jutinico, cuya situación provisional no definió la procesada en tiempo, así que comparada la fecha del acto retardado (octubre de 1986) con la de ejecutoria de la resolución de acusación (diciembre 30 de 1992), infirió el *a quo* vigente la respectiva acción penal, pues la disposición invocada por la defensora sólo reguló las infracciones convertidas a contravención, no los delitos, que en el caso propuesto sólo extinguirían la acción transcurridos seis (6) años y ocho (8) meses según regulación de los artículos 80 y 82 del Código Penal, lapso superior al que separa los hechos de la decisión de enjiciamiento.

Tampoco la nulidad que propuso la defensa encontró razones de recibo. Sobre el particular el Tribunal recordó que ese punto había sido analizado y resuelto en la decisión

calificatoria, y que toda razón allí asistía, porque si bien es cierto, se instruyeron a la par hechos disímiles, las dificultades no incidieron en el esfuerzo defensivo, sino en el recuadro de las pruebas y el perfeccionamiento instructivo, resultando indicativo que ahora se enjuicie por una sola infracción, porque uno de los hechos restantes ameritó reapertura sumarial, y el otro, cesación de procedimiento.

En cuanto toca con la segunda nulidad propuesta bajo el auspicio de la Fiscalía, dijo el Tribunal que la defensa no se podía mirar desde el solo cariz de la asistencia técnica, sino de una manera amplia e integral, recordando también que el querer legal de entonces -artículo 130 del Código de Procedimiento Penal- era el de que la designación de un abogado para la indagatoria se considerara hecha para toda la actuación de allí sobrevenida.

Se añadió que en la práctica tampoco esa orfandad de defensa se veía, y sí en cambio una actividad continua y unitaria, así que luego de trasladar en su texto el criterio de la jurisprudencia, se destacó que la acusada figuraba como abogada, había intervenido desde la etapa preliminar pidiendo pruebas, alegó en la oportunidad previa a la calificación y ya proferida la providencia encausatoria designó y le fue reconocida una defensora que interpuso los recursos de reposición y alzada contra la providencia enjuiciatoria, actuación que prosigue activamente como se acredita en los pedimentos que se resuelven.

4. Al recurrir la defensora en alzada, motivó primordialmente sus reparos en la inaplicación de la Ley 2ª de 1984, pues a su juicio se desestima que la reducción en el término de la prescripción allí prevista cobijaba por igual todos los delitos sancionados con arresto, añadiendo que ni siquiera la conducta de la acusada fue correctamente valorada en cuanto el señor Jurídico no estuvo recluido en el centro carcelario, sino deambulando por la calle, y que esta actuación penal se viene prolongando no por su causa, sino de la doctora Granada, sino de la inactividad instructiva que perduró por más de cuatro años.

Haciendo eco a las razones bajo las cuales la Fiscalía pidió la anulación de la actuación, advierte que el Tribunal yerra al pretender la aplicación del artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, pues considera que esa disposición no puede hallar cabida cuando de modo expreso el mandato se restringe a la sola diligencia de indagatoria, porque de allí en adelante se impone designarle un defensor a la acusada, en cuyo defecto se le desconoció el derecho fundamental invocado.

Consideraciones de la Sala

1. Asiste toda la razón al Tribunal cuando descuenta para el caso presente la prescripción especial prevista en el artículo 9º de la Ley 2ª de 1984 al cual se atiene la defensa, porque su radio de aplicación estaba restringido a los delitos y contravenciones establecidos en aquel mismo cuerpo normativo, del cual no hizo parte el hecho típico atribuido en autos a la doctora María Stella Granados, y que debía, por lo mismo, analizarse ante las reglas básicas del Código Penal.

El texto del precepto invocado no podía ser más preciso:

"Las acciones de que trata el presente capítulo, prescriben en el término de dos (2) años contados a partir de la realización del hecho. La pena prescribirá conforme a los términos establecidos en el Código Penal.

"Tratándose de contravenciones diferentes a las mencionadas en esta Ley, la acción penal prescribirá en un (1) año y la sanción en dos (2)".

El capítulo primero al cual circunscribió el artículo transcrito su ámbito de aplicación estaba referido de manera exclusiva a la "Competencia de las Autoridades de Policía", y modificaba el para entonces vigente artículo 38 del Código Penal para incluir al lado de las contravenciones -entre ellas particularmente las de los artículos 32, 34, 53, 55 y 56 del Decreto 522 de 1971-, los delitos de lesiones personales cuando la incapacidad no sobrepasara 30 días ni produjera consecuencias, y los delitos contra el patrimonio económico siempre que la cuantía no excediera de treinta mil pesos ($30.000.00).

La doctora María Stella Granados responde en juicio como autora responsable de un delito de detención arbitraria por prolongación ilícita de la privación de libertad del ciudadano Pedro Jutinico, infracción contemplada en el Código Penal, Libro Segundo, Título X, Capítulo 2º, cuya naturaleza y competencia difieren de aquellas relacionadas dentro del Capítulo Primero de la Ley 2ª de 1984.

Por consiguiente, las normas aplicables sobre prescripción no son otras que las del Capítulo 5º del Título IV, Libro Primero del Código Penal, y ello significa que siendo la sanción prevista para el infractor de seis (6) meses a dos (2) años de arresto (artículo 273 Código Penal), la prescripción en principio operaría al transcurrir cinco (5) años contados desde la comisión del hecho.

Como se trata, sin embargo, de una conducta protagonizada dentro del país por empleado oficial y relacionada con su ejercicio funcional, resulta forzoso el incremento de una tercera parte establecido en el artículo 82 *ibidem*, lo que totaliza un lapso extintivo de seis (6) años y ocho (8) meses que no había transcurrido al momento de quedar en firme la resolución acusatoria proferida por el Tribunal de Cundinamarca, cuya confirmación ocurrió el 30 de diciembre de 1992, aun se tenga como fecha de los hechos la del 11 de octubre de 1986 en que Pedro Jutinico suscribió la diligencia de compromiso.

En firme la resolución acusatoria e interrumpido con ella el término de la prescripción, mucho más remota se presenta ahora la extinción de la acción que demanda la defensa, siendo estos motivos suficientes para otorgar respaldo a la decisión de primer grado.

2. No obstante haber abandonado la recurrente en la sustentación de la alzada la tesis de la nulidad por ruptura de la unidad procesal, ello no obsta para reconocer que al responderla también acertó el Tribunal, porque el artículo 14 del Decreto 050 de 1987 desestimaba la ruptura de la unidad procesal como causa de invalidación, salvo desconocimiento del derecho de defensa. La violación de esta garantía no se concretó por la impugnante, pero sopesada su posible ocurrencia por el *a quo* la dio por descartada, porque siguiendo hoy cada uno de los hechos imputados suerte separada, cuando acredita lo situado es la exclusión de uno de los hechos restantes por casación de procedimiento, y la reapertura respecto del segundo, en cuyo caso no media relación causal que repercuta en detrimento del ejercicio de una defensa técnica o material.

3. Por último y en cuanto se refiere a la nulidad invocada por la Fiscalía sobre la cual viene a centrar razones la apelante, bien sustentada dejó el Tribunal la decisión de su rechazo con cita del artículo 130 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal, pues esta disposición había previsto de manera expresa que "el cargo de defensor hecho desde la indagatoria se entendería prolongado hasta la finalización del proceso".

En esas condiciones, la expresión que aparece al respecto en la injuriada según la cual la designación de la defensora se hacía para ese acto, a falta de posterior renuncia del mandato, revocatoria u otro condicionamiento, el encargo debía entenderse realizado hasta la culminación de la actuación.

Pero ni siquiera extremando la argumentación a los límites en que la sitúa la impugnante, la situación de hecho podría dar lugar a equívocos, porque ninguna actuación procesal se cumplió entre la injuriada y el cierre de la investigación, y sí en cambio se muestra con notoriedad que desde la indagación preliminar la doctora Granados Henao estuvo asistida por un defensor -folio 12- al rendir versión libre, preocupándose activamente por el aporte de pruebas -folio 143-, rindiendo injuriada ante defensor de confianza y presentando oportunamente sus alegaciones de fondo, haciendo nueva designación de defensor una vez enterada de la decisión calificatoria, providencia que la defensora impugnó en reposición y alzada, mostrando desde allí hasta la presente su persistente interés en el proceso.

Las oportunidades defensivas concedidas a la doctora María Stella Granados se acreditan amplias y continuas, sin que a sus espaldas se hayan realizado pruebas, o se le haya obstruido en sus prerrogativas de impugnar, alegar o enterarse siquiera y oportunamente de las determinaciones adoptadas.

La sola discusión encaminada a saber si los efectos del actual artículo 29 de la Constitución Política cobijan actos realizados válidamente en vigencia de la Carta anterior tampoco amerita la aceptación de la nulidad que plantea la apelante, porque ni siquiera con independencia de la situación fáctica que revela el proceso acepta la doctrina mayoritaria de la Sala que la garantía de la defensa técnica sea examinada a la luz del ordenamiento constitucional actual en casos regulados por la constitución precedente (Cfr. sentencias de noviembre 18 de 1992, Magistrado Ponente: Doctor Didimo Páez Velandia y abril 30 de 1993, Magistrado Ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda), tesis que en coincidencia con decisiones de la Sala Plena de la Corporación en sede de control constitucional (Cfr. sentencia de julio 15 de 1991, Magistrado Ponente: Doctor Pedro Escobar Trujillo) reitera que la actuación procesal ha de sujetarse a las normas vigentes para la fecha del respectivo trámite, pues otro modo de pensar tan sólo acarrearía "...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...".

Inexistiendo para la época del cierre instructivo un expreso mandato superior que forzara la asistencia técnica durante la etapa de instrucción en el caso seguido en contra de la doctora Granados Henao, ello se constituye en razón adicional que hace desestimable su alegado desamparo, y en su lugar apoya íntegramente las razones esgrimidas en la providencia recurrida.

Como adicionalmente observa la Sala que en el trámite previo a la calificación de fondo y antes del ingreso del expediente al Despacho del Magistrado que proyectó la resolución acusatoria medió una demora en principio superior a los límites de una razonable espera, se expedirán las copias que ameritan la valoración disciplinaria del caso.

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

RESUELVE:

Primero. Confirmar en todas sus partes la providencia motivo de alzada, y

Segundo. Disponer que por la Secretaría de la Sala se expidan las copias a que hace referencia la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

AUTO DE CITACION PARA SENTENCIA / JUEZ REGIONAL

1. El artículo 13 transitorio de la sistemática procedimental vigente establece, que en los procesos en los que se haya dado inicio a la audiencia pública al entrar en vigor el nuevo Código, se regirán por el ritual de la normatividad derogada. / 2. En lo que se refiere a los negocios que tramitan los jueces regionales y el Tribunal Nacional, la Sala aclaró que como quiera que en este procedimiento especial no existe la audiencia pública, se entiende como equivalente a ella el auto de citación a sentencia, mediante el cual, se le informa a los sujetos procesales que el expediente queda a su disposición para que presenten sus alegatos de conclusión. /3. Es claro que no es la simple presencia del auto lo que hace posible que se predique la existencia de la situación procesal que contiene. Dado que es de los que requiere de notificación, únicamente tendrá pleno efecto cuando se surta la correspondiente ejecutoria, pues sólo a partir de ese momento las partes tienen la oportunidad real y efectiva de intervenir por escrito expresando las razones que crean convenientes en defensa de sus intereses.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Impedimento número 8660.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 66.

Santafé de Bogotá D. C., 30 de julio de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre el impedimento manifestado por una de las salas de decisión del Tribunal Nacional.

Antecedentes

Con fundamento en un informe policial que daba cuenta del decomiso de una sustancia prohibida, el seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa (1990) el Juez

Segundo (2°) Especializado de Popayán abrió la correspondiente investigación criminal, en desarrollo de la cual recaudó diversa prueba testimonial, documental y pericial y escuchó libre del apremio del juramento a Heladio Méndez y Juvencio Pérez a quienes detuvo preventivamente como presuntos responsables de una infracción a la Ley 30 de 1986. Posteriormente revocó la medida de aseguramiento a Juvencio Pérez, decretándole su libertad provisional. Con fundamento en el Decreto 2790 de 1990, el funcionario remitió el asunto a la jurisdicción de Orden Público en la que radicaba la competencia.

Vencido el término instructivo, el Juzgado de Orden Público de Cali formuló resolución de acusación contra Méndez y cesó todo procedimiento respecto de Pérez se remitió el cuaderno original al Tribunal Superior de Orden Público para efectuar la consulta de rigor sobre la cesación de procedimiento, obteniéndose su confirmación integral el dieciséis de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Sobre el cuaderno de copias se comenzó el ritual del juicio abriéndose el juicio a pruebas. Luego de practicar las que a juicio del juzgado del conocimiento eran necesarias para llenar los vacíos de la indagación se citó a sentencia el treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), surtiéndose la notificación personal al procesado el seis (6) de julio y por estado el quince (15) siguiente, quedando el expediente a disposición de los sujetos procesales para sus alegatos de rigor, el veintidós (22) de julio, dictándose en contra del encausado sentencia condenatoria por el Juzgado Regional de Cali, el veintiséis (26) de octubre del mismo año.

Apelado el fallo por el defensor del procesado, la Sala de Decisión del Tribunal Nacional se declaró impedida para desatar la controversia, no aceptando sus razones la que le sigue en turno, hecho que obligó a la remisión de las diligencias a esta Corporación para resolver lo pertinente.

El Impedimento

1. La Sala de decisión que se declara impedida recuerda su conocimiento anterior, en el grado jurisdiccional de la consulta, de la cesación de procedimiento que se dictó en favor de uno de los encartados. Si se tiene en cuenta el artículo 13 transitorio del decreto 2700 de 1992 -advera- "...al estar fechada la citación a audiencia dentro de este proceso con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo estatuto procedimental penal, necesario es concluir la aplicación del anterior Código, el Decreto 050 de 1987".

Por consiguiente, dado que el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal de 1987, no permitía a los integrantes de una Sala de Decisión de segunda instancia conocer en la etapa de la causa de aquellos procesos en los cuales hubiere conocido en el sumario, se declara impedida para desatar el recurso interpuesto.

2. La Sala de Decisión que le sigue en turno no aceptó sus planteamientos. Observó que el auto de citación para sentencia sólo causa efectos a partir de su ejecutoria, la que tuvo lugar después de la vigencia del nuevo estatuto procedimental. Señala, al efecto, que éste fue notificado por estado el quince (15) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992). Por consiguiente, "...no puede hablarse de la existencia de ese auto durante la vigencia de la ley procesal anterior...", debiéndose regir por el nuevo compendio que no contempla el impedimento en referencia.

La Corte

1. El artículo 13 transitorio de la sistemática procedimental vigente establece, como lo recuerda el Tribunal Nacional que los procesos en los que se haya dado inicio a la audiencia pública al entrar en vigor el nuevo código, se regirán por el ritual de la normatividad derogada. En lo que se refiere a los negocios que tramitan los jueces regionales y el Tribunal Nacional, la Sala aclaró que como quiera que en este procedimiento especial no existe la audiencia pública, se entiende como equivalente a ella el auto de citación a sentencia, mediante el cual, se le informe a los sujetos procesales que el expediente queda a su disposición para que presenten sus alegatos de conclusión.

2. Ahora bien, para efectos del tránsito de normas, es claro que no es la simple presencia del auto lo que hace posible que se predique la existencia de la situación procesal que contiene. Dado que es de los que requiere de notificación, únicamente tendrá pleno efecto cuando se surta la correspondiente ejecutoria, pues sólo a partir de este momento las partes tienen la oportunidad real y efectiva de intervenir por escrito expresando las razones que crean convenientes en defensa de sus intereses.

3. En el presente asunto, el mencionado auto fue dictado el treinta de junio de mil novecientos noventa (1990), esto es, cuando aún se encontraba en vigencia el estatuto de 1987. Sin embargo, la situación procesal que predicaba aún no se había consolidado toda vez que aún faltaban por realizarse las notificaciones de rigor.

Según constancias del proceso las notificaciones personales lo mismo que la efectuada por estado, se cumplieron en la primera quincena de julio, cuando ya había entrado en vigor el nuevo estatuto procedimental (julio 1° de 1992). Por consiguiente, esta era la normatividad que debía continuar rigiendo en el decurso del presente negocio. Derogado el artículo 535 que impedía a los Tribunales conocer de los negocios sobre los cuales hubieran tomado alguna decisión cuando se encontraban en la etapa instructiva, huelga concluir que no tiene razón de ser el impedimento manifestado.

4. Por las anteriores consideraciones, la Corporación dispone que la Sala del Tribunal Nacional que ha venido conociendo de este proceso, debe resolver el recurso de apelación interpuesto.

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

RESUELVE:

Declarar infundado el impedimento manifestado por la Sala de Decisión del Tribunal Nacional que ha conocido de este proceso. En consecuencia, devuélvase el expediente a la Corporación para que se proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD / PRUEBA / HURTO

1. Las nulidades se hayan instituidas como remedio extremo y precio que ha de pagar la administración de justicia a los errores de sus dispensadores, pero sólo cuando éstos aparecen insubsanables por otros medios; no pueden tenerse como instrumento dilatorio ni como causa de prolongados e inconducentes debates dialécticos. /2. La ausencia de pruebas reviste trascendencia invalidante, cuando ellas son definitivas en relación con los elementos estructurales del hecho punible investigado o con la cuantificación punitiva; de no ser así ha de considerarse el proceso ajustado a la legalidad. /3. El delito de hurto se consuma cuando se cumplen los presupuestos de la ley para su configuración, y se agota cuando se realizan los efectos que el sujeto activo persigue. /El momento consumativo del hurto es el de la asunción del poder sobre el bien por el delincuente cuando la víctima pierde la factibilidad de protección o de dominio sobre el mismo a causa de ese inconsulto apoderamiento, y la pierde sin lugar a dudas, cuando, imposibilitado por la acción de aquél, o impotente para perseguir el bien, se limita a mirar el alejamiento de éste.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7772

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado por Acta número 66.

Santafé de Bogotá, D. C., agosto 2 de 1993.

Vistos

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado Luis Alfonso López Gómez contra la sentencia proferida el 7 de mayo de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se le condena a la pena principal de 44 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual, se le impone la obligación civil indemnizatoria, y se adoptan otras determinaciones pertinentes, como coautor responsable del delito de hurto calificado y agravado en perjuicio de José Tito Guzmán.

En la misma providencia se condena a idénticas penas y se establece igual obligación civil a Arturo Sánchez Moreno, por el mismo hecho punible.

Hechos y Actuación Procesal

El fallo acusado relata en afortunada síntesis el acontecer fáctico materia de la investigación en estos términos:

"Dan cuenta las diligencias que el día dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y uno, a la altura de la carrera 46 entre calles 27 y 33 Sur de esta ciudad, efectivos de la Policía Metropolitana aprehendieron a Carlos Arturo Sánchez y Luis Alfonso López Gómez, quienes se desplazaban en el vehículo Chevrolet Chevette, color amarillo, número de motor 7J122R52415, número de serie SP020115, de placas SF-1834 de servicio público afiliado a la empresa Real Transportadora. Minutos antes de la captura los mencionados individuos abordaron el taxi de la referencia, redujeron a la impotencia al conductor del rodante, señor Luis Felipe Suárez Fonseca y se apoderaron del automotor, emprendiendo la huida en cuyo trayecto colisionaron, lo que motivó la presencia de autoridades policiales y la posterior presencia en aquel lugar del conductor quien de inmediato identificó a los sujetos que ocupaban el automotor como a los autores del hurto del mismo" (fl. 16 cd. Tr.).

Una vez iniciado el proceso, dado que la captura de los sindicados se produjo en estado de flagrancia, el Juzgado 17 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá señaló como procedimiento a seguir el abreviado, y así, tras relacionar las pruebas por practicar, solicitó la citación a audiencia pública y envió la actuación a los Juzgados del Circuito, correspondiéndole al 1º de esta especialidad.

Días después de la ejecutoria del auto de resolución de la situación jurídica de los sindicados, el defensor de uno de ellos solicitó la práctica de pruebas, que le fue denegada con base en el artículo 477 del C. de P.P., entonces vigente, y aunque recurrió en reposición, la decisión se mantuvo, mientras que corría la ejecutoria del auto del 8 de noviembre de 1991 que había fijado como fecha para el debate público el 21 de los mismos mes y año y que no se pudo realizar por inasistencia de uno de los defensores.

Fallida una solicitud de libertad de uno de los comprometidos, nuevamente el despacho señaló fecha para audiencia, esta vez el día 3 de diciembre de 1991, pero como según el informe secretarial correspondiente en esta fecha no se permitió el ingreso a las dependencias de los juzgados, se fijó ahora el 10 de diciembre mediante auto del 4 de los mismos que se notificó por estado del día 9, efectuándose la diligencia el día anotado y profiriéndose allí mismo la sentencia de primera instancia, condenatoria en los términos consignados al comienzo de esta providencia.

Entre tanto, el 5 de diciembre se otorgó la libertad nuevamente impetrada con base en el artículo 483 del C. de P.P., y se impuso caución, pero el comprobante de depósito sólo se presentó al juzgado el día de la audiencia, con la pretensión por el defensor recurrente, de que se suspendiera el acto y se materializara el beneficio. Tuvo acceso a la decisión *a quo* el Tribunal Superior del Distrito al ser recurrida en apelación por la defensa, pero al conocerla, como se ha dicho, la confirmó en su integridad luego de desechar las nulidades pretendidas por la parte impugnante.

Contra el fallo de segundo grado, recurrió entonces extraordinariamente en casación el defensor de Luis Alfonso López Gómez (fls. 1 y ss., 82, 97, 102, 109 y ss., 101, 112, 119, 131, 131v., 133, 145 y ss., 171 y ss., cd. ppl.1 y cd.Tr.).

La Demanda

Dos cargos, uno principal y el otro subsidiario, formula el demandante a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, con fundamento legal en los numerales 1ª y 3ª del artículo 220 del C. de P.P., así:

1. Falta de aplicación del artículo 22 del C.P., por "no haberle -dice- impuesto al procesado la pena señalada en este precepto", pues en el evento de considerársele responsable del delito, lo habría sido solamente en grado de tentativa de hurto calificado y agravado, aplicándose la teoría de la posibilidad física de disponer materialmente del bien" o de la disponibilidad, con que contó el conductor ofendido hasta cuando intervinieron las autoridades.

Después de aludir a la teoría que menciona en casos como el hurto cometido por un carterista, citado por doctrinante extranjero, anota que si el "traspaso del poder efectivo (no el desplazamiento de la cosa) a las manos del ladrón, está en condiciones reales de ser impedido, la lesión al bien jurídico no es perfecta, estará en tránsito de consumarse pero no está consumada", pues el delito se perfecciona cuando "ese poder de hecho ha pasado al ladrón" en presencia o no del que tenía la cosa, dándole el poder de disponer de ella materialmente "aunque sea por breves instantes".

Advierte que la falta de aplicación del artículo 22 del C.P., de que habla guarda concordancia con los artículos 349, 350 y 351 del mismo Estatuto al tenerse como consumado un hecho que apenas alcanzó el grado de tentativa, y califica como directa, la transgresión legal que atribuye al Tribunal.

Asevera que la sentencia acusada desconoció "la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos", pues el acusado no tuvo la posibilidad de disponer del bien, y siendo así, imputarle el delito consumado "violaría el principio de legalidad". Después transcribe apartes de las intervenciones del agente del Ministerio Público -durante la audiencia pública- y de la defensa del otro acusado, que en su sentir consolidan la tesis de la tentativa, porque según la visión de ésta, el bien fue removido simplemente del ámbito de dominio del conductor, pero no sustraído de su esfera de vigilancia ya que cuando los procesados torcaron el cerrando del vehículo, él los siguió, dando voces de auxilio y logrando llegar hasta donde lo estrellaron, para referir a las autoridades policivas que allí se hallaban, el hurto de que acababa de ser víctima minutos antes; y así mismo, considerando que refuerza su criterio al respecto, transcribe un párrafo de la sentencia de primer grado en la que el juzgado estimó que se trató de un delito consumado de hurto en razón de que hubo efectiva apropiación del vehículo por los acusados al apoderarse de él y disponer a su libre arbitrio; también acude a referencias jurisprudenciales foráneas, y aduce además que en el delito de extorsión en nuestro medio se ha aceptado la tentativa cuando por intervención de la autoridad se evita a la víctima la entrega de lo exigido.

2. La sentencia se profirió en juicio viciado de nulidades que afectaron las garantías del debido proceso y del derecho de defensa.

Hace consistir la primera en que el juzgado cognoscente no esperó la ejecutoria del auto que citaba a audiencia para celebrar la diligencia, contraviniendo así los artículos 197 del nuevo C. de P.P., que preceptúa que la ejecutoria se causa tres días después de la notificación, y 217 del anterior Estatuto que disponía que el cumplimiento de las providencias se realizaría después de su ejecutoria, lo cual en su sentir constituye la causa de nulidad del numeral 1º del artículo 304 del actual C. de P.P.

La vulneración del derecho de defensa devendría de no haberse verificado todas las citas del indagado, quien en su injurada mencionó personas que podrían declarar sobre su buena conducta y otras que estaban con él el día de los hechos, máxime teniendo en cuenta que la condenación se produjo con base al testimonio de un agente de la Policía y al del taxista ofendido, que a su manera de ver ofrecía motivos de desestimación, tales como el relato de haber sido víctima de igual proceder en otra oportunidad a manos de otros individuos, y haber sido amenazado con armas por los procesados para despojarlo del bien sin que tales armas hubieran sido halladas por la Policía.

Considera que de haberse practicado las pruebas relativas a las citas de su poderdante, se habría demostrado la inocencia de éste, y diserta brevemente sobre la garantía del derecho de defensa, para finalmente, consignar que el proceso debe anularse "desde el momento en que ella se vulnere".

A lo anteriormente dicho añade, pero ahora volviendo sobre la pregonta violación del debido proceso, y con incidencia en el derecho de defensa, que a su cliente no se le confirió la libertad provisional a pesar de haber sido decretada días antes, mediante el expediente, por parte del juzgado, de diferir para el momento de la sentencia lo referente al beneficio cuando se le presentó la constancia de prestación de la caución que se había fijado, con clara inobservancia del artículo 499 del C. de P.P. Por último, invita a la Corte a la lectura del acta de la audiencia para verificar cómo antes de que la diligencia se iniciara él interpuso un recurso de reposición aduciendo que no podía efectuarse por no estar para entonces ejecutoriado el auto que la convocó, y cómo su petición de libertad que en esa ocasión formulara le fue inaceptada. El proceso es nulo, estima, desde el auto que fijó fecha para el debate público.

Solicita consecuente con sus planteamientos, que en caso de prosperar el cargo primero, se profiera fallo sustitutivo de condenación, pero por tentativa de hurto en las circunstancias de que habla el proceso; y si el que prosperare fuere el segundo, se invalide la actuación desde el auto de fijación de fecha para audiencia y se disponga reponer el procedimiento.

Concepto del Ministerio Público y consideraciones de la Corte

Razón le asiste al señor Procurador Primero Delegado en lo Penal para oponerse a la casación solicitada por la vía de la causal tercera de casación -censura de la que se ocupa de inicio como corresponde a la lógica de los planteamientos-, pues tal como lo advierte con argumentos que la Sala acoge, por condensar acertadamente la situación, la pretensión carece de fundamento. Téngase:

La celebración de la audiencia pública el penúltimo día en que corría la ejecutoria del auto en que se había señalado su realización -el proveído se dictó el 4 de diciembre, se notificó por estado del 9 y la audiencia se efectuó el 10- no afectó el debido proceso

en la intensidad que le atribuye el actor, pues aunque constituyó una irregularidad, ella no tuvo proyección en la estructura de éste ni en los derechos del acusado, si se tienen en cuenta las tres circunstancias que destaca el Ministerio Público en su concepto: Que "la fecha para la audiencia se había fijado en dos oportunidades anteriores no siendo posible su cumplimiento por causas ajenas al Despacho"; que los sujetos procesales todos habían sido enterados ya de la fecha de la diligencia y fue así como comparecieron al recinto de la misma acatando plenamente su conocimiento sobre la celebración con actos de conducta concluyente -prevista ésta como una de las formas de notificación- y convalidando así la irregularidad; y, que lo que el profesional del derecho en su explicable afán de favorecer al cliente pretendía, era enervar la diligencia y ganar tiempo para obtener la libertad provisional que había solicitado insistentemente para éste por el cumplimiento del lapso previsto para ese evento (artículo 483 C.P.P.) y que llegó a coincidir con la diligencia de audiencia, libertad que si bien había sido decretada desde el 5 de diciembre, previa caución, no llegó a cristalizarse porque el comprobante del depósito correspondiente a ésta sólo se presentó al Juzgado cuando ya la audiencia se había iniciado.

De cara a la realidad que enseña el proceso, no avizora la Corte transgresión de la garantía que prégona el demandante, ni justifica la invalidación de lo actuado, y es de tenerse presente que el profesional no logra demostrar la incidencia del motivo anulador, al que acertadamente se opusieron los juzgadores de las instancias cuando ante ellos lo expuso con más vehemencia que razón.

Las nulidades, ha recordado múltiples veces la Corte, se hallan instituidas como remedio extremo y precio que ha de pagar la administración de justicia a los errores de sus dispensadores, pero sólo cuando éstos aparecen insubsanables por otros medios; no pueden tenerse como instrumento dilatorio ni como causa de prolongados e inconducentes debates dialécticos, y ya se vio, que la situación en el caso concreto, fue solucionada con la propia actitud de los sujetos procesales que atentos concurrieron a la cita del debate público.

Por el aspecto que se trata pues, el reproche carece de eficacia.

En relación con la censura por vulneración del derecho de defensa al no haberse verificado las citas que hizo en su indagatoria el acusado, el acta de dicha diligencia revela que éste no mencionó los nombres de las personas con las que supuestamente se hallaba momentos antes de su captura, pues aunque dijo haber estado ingiriendo licor con ellas, advirtió no conocer sus nombres y tampoco precisó el sitio en donde se hallaba departiendo, es decir, no facilitó al investigador la forma de verificar la realidad de su dicho, y además, tal como lo estima la Procuraduría "así los hubiese mencionado, tal cita no reviste trascendencia para el esclarecimiento del delito investigado, por cuanto no le acompañaban al momento de cometerse el ilícito y menos les constaba los hechos ocurridos respecto al hurto del automóvil, por consiguiente sus declaraciones nada habrían aportado a la investigación"; y en lo atinente a las personas que podrían declarar sobre su conducta, su no citación no aparece determinante de desmedro para los derechos del procesado, pues que a la clase de ilícito en que participó y las modalidades y circunstancias que lo caracterizaron no se les otorgó más importancia por la falta de esos testimonios, ya que la pena se dosificó racionalmente dentro de los criterios autorizados por la ley.

La ausencia de pruebas como las que glosa el señor defensor reviste trascendencia invalidante, cuando ellas son definitivas en relación con los elementos estructurales del hecho punible investigado o con la cuantificación punitiva: de no ser así, ha de considerarse el proceso ajustado a la legalidad. Es que al acertado decir del Ministerio Público "La obligación para el juez de verificar las citas que el indagado haga y probar lo confesado estará siempre sometida a los criterios judiciales propios de toda la prueba, y a la utilidad que preste a la investigación, de lo cual se determinará si la omisión de las citas hechas por el indagado resultan relevantes probatoriamente". El demandante no demuestra la importancia de las pruebas omitidas y el proceso no las decanta como indispensables, la censura entonces deviene imprósperа.

Por lo demás, no constituye censura, en sí propia de la casación, el que al acusado se le hubiera denegado la libertad provisional que su defensor impetraba el día de la audiencia cuando compareció exhibiendo el comprobante de depósito de la caución que para concedérsele días atrás había señalado el juzgado, aunque se proclame la violación del debido proceso y del derecho de defensa, pues el beneficio otrora concedido porque el término para la celebración del debate público se había cumplido, perdió vigencia cuando sólo apenas iniciada la audiencia el profesional demostró el cumplimiento de la exigencia para disfrutarlo: el comienzo del debate lo hizo desaparecer, y hoy en sede de casación, la incursión en el tema carece de lugar.

Como al anterior, ninguna posibilidad de éxito acompaña el cargo en el cual el actor pregona la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 22 del C.P., lo que condujo, en su opinión, a imputarla a su patrocinado la coautoría del delito consumado de hurto agravado y calificado, cuando lo que debió atribuírsele fue la tentativa de tal ilícito.

Sea lo primero advertir que, aunque el reproche no se expone en un orden sistemático, como sería lo deseable, es lo cierto que su presentación objetiva no se resiente ante el tecnicismo de la casación; no hay motivo para descalificarlo por este aspecto, como lo hace el distinguido colaborador del Ministerio Público, de cuyo concepto en este punto se separa la Corte: El actor asevera que el Tribunal incurrió en la inaplicación de la norma sustancial premencionada y que esa exclusión manifiesta guarda relación con las normas tipificadoras del hecho punible atribuido a su poderdante, y la califica así mismo de violación directa de la ley. No era pues, menester ningún esfuerzo interpretativo para ubicar el ataque en la vía en que viene formulado. Cosa distinta es el aspecto intrínseco de la censura, cuyo estudio se halla sujeto a contingencias esenciales, y que son precisamente las que la hacen ineficaz, según pasa a verse:

El casacionista admite que los procesados tomaron el vehículo de que habla el fallo al asumir el comando del mismo cuando se hicieron a él -el conductor, que había sido súbita y violentamente asido por el cuello, presa del temor se lanzó a tierra- y que continuaron conduciéndolo hasta que colisionaron y así provocaron la presencia de la Policía y facilitaron la del conductor despojado que corría detrás dando voces de auxilio pues que el atentado había sucedido apenas unos minutos antes en sitio cercano, escena toda que para los falladores constituyó el hurto calificado y agravado consumado en todos sus elementos estructurales; pero arguye, tomando como suyas las reflexiones del Ministerio Público en la primera instancia y de la defensa del otro acusado que no hubo apoderamiento del bien porque el hecho de haber logrado el taxista mantenerlo a su

alcance visual dando al mismo tiempo voces de alerta y acudiendo al sitio de la colisión a informar a la autoridad, demuestra que el bien simplemente fue removido del ámbito de dominio de su legítimo detentador, esto es, según sus palabras, no hubo "traspaso del poder efectivo" a las manos de los ladrones, y por consiguiente, no hubo el apoderamiento de que habla la figura típica que describe el hecho punible; los procesados, y específicamente su cliente, no tuvieron posibilidad de disponer del bien porque nunca lo sustrajeron de la esfera de vigilancia del ofendido conductor, y con esta óptica de la situación afirma que se trató de una tentativa del delito, que es la que debió imputarse a su patrocinado y que el Tribunal desconoció "la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos".

Confunde el actor como claramente lo enseña la argumentación, dos momentos esencialmente distintos del delito, uno de los cuales se sustrae a los efectos legales de la inculpación específica, y es quizás por ello que se abstiene de precisar los "actos preparatorios" de que habla: identifica la consumación con el agotamiento del hecho punible, olvidando que el delito se consuma cuando se cumplen los presupuestos de la ley para su configuración, y se agota cuando se realizan los efectos que el sujeto activo persigue.

Tomar el comando del automóvil tras arrebatárselo al legítimo conductor haciendo uso de la fuerza: -"el individuo más grande me acuchilló y entre ambos me jalaron hacia el puesto trasero, quedándose el más joven conmigo y el otro cogió el vehículo y arrancaron" refirió el directo ofendido (fl. 20 cd. ppl.)- y a su libre arbitrio emprender la marcha tras el forcejeo en que el declarante logró lanzarse al pavimento, es ni más ni menos que apoderarse del bien ajeno; es acondicionar la conducta a la descripción normativa básica del hurto, pues a partir de ese instante, independientemente de que el propósito criminal se colme -la obtención del provecho- el poder sobre el objeto material del delito cambia de detentador. Y no puede decirse que porque el ofendido, impotente para actuar ante la desproporción entre sus humanas fuerzas y la del automotor a toda marcha, permanezca observando el alejamiento de su bien corra tras él con la esperanza de impedirlo -que tal fue lo que ocurrió en este caso y se logró, no por su pertinaz acción sino por la circunstancia del estrellamiento y la oportuna presencia de la fuerza pública- simplemente se haya dado una remoción del dominio sobre el bien y la tentativa aducida.

No se trató solamente de aprehender el bien o de moverlo dentro del límite de custodia de su poseedor, fue realmente colocado fuera de su ámbito de protección y de dominio; el vehículo rodaba por la vía pública en poder de los acusados cuando la colisión y Policía impidieron que obtuvieran el provecho que buscaban, cualquiera hubiera sido; la frustración de este logro final no modificaba la figura típica, pues era el simplemente el efecto buscado por los procesados, vale decir, la consumación del delito que ya se había perfeccionado.

El momento consumativo del hurto es el de la asunción del poder sobre el bien por el delincuente cuando la víctima pierde la factibilidad de protección o de dominio sobre el mismo a causa de ese inconsulto apoderamiento, y la pierde, sin lugar a dudas, cuando, imposibilitada por la acción de aquél, o impotente para perseguir el bien porque v.gr., correr detrás de un vehículo en marcha es tarea que sólo podrá hacerse en los primeros instantes del hecho, se limita a mirar el alejamiento de su bien. Pretender que ese "dominio" visual impide el paso del bien al ladrón es desnaturalizar el significado del

verbo rector de la figura típica; y proclamar la tentativa porque un hecho ajeno a ese precario e intangible "dominio" impidió el agotamiento del ilícito, es desconocer la preceptiva del delito. En torno al momento de consumación del hurto la jurisprudencia de la Sala ha sido constante en el sentido que aquí se expresa, compartido por respetables doctrinante patrios (Sent. 29 octubre de 1986, G.J.T.CLXXXV Nº 2424, 2º semestre, pág. 468. Auto 20 abril de 1992, M.P doctor Valencia M.).

Frente al acierto con que se subsumió la conducta del poderdante del actor en la normatividad sustancial que se ha dicho transgredida, débese afirmar su correcta aplicación, y consecuentemente, la carencia de fundamento del reclamo.

Por lo expuesto, 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,

No casar la sentencia recurrida. En firme devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.* (Salvo parcialmente mi voto).

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

HURTO

(Salvamento Parcial de Voto)

Apoderarse -que en esto radica la materialidad de la conducta en que el hurto consiste- es la acción incriminada que presupone poner bajo la autoridad del sujeto una cosa que antes estaba bajo custodia ajena. Empero su elemento típico más sobresaliente no radica en coger o agarrar la cosa e incluso desplazarse con ella dentro de la esfera de poder o el ámbito de influencia del propietario, sino en algo más de fondo: es incorporar el objeto sustraído al señorío material del delincuente quien al tenerlo bajo su dominio y resguardo por existir un apoderamiento efectivo, puede ejercer de manera indiscriminada todas y cada una de las facultades dominicales inherentes al derecho de propiedad. Por tanto, si el agente no logra cometer el objeto a su propio poder -siquiera sea por escasa fracción de tiempo- resulta evidente que no ha destruido la tenencia anterior y, en consecuencia, no ha consumado todavía el injusto.

Cuanto al momento consumativo del delito de hurto recoge la sentencia de casación el criterio mayoritario de la Sala. Mi convencimiento va por otro lado -como muy reiteradamente lo he sostenido- tanto en mi aclaración de voto de fecha 15 de junio de 1988 como en mi salvamento parcial de voto calendado 2 agosto 20 del año próximo pasado, donde expongo -de manera asaz suficiente- mis puntos de vista sobre esta materia cuyos problemas técnicos son de enorme volumen. A tales asertos me remito.

Pero si se quieren más razones -pues deliberadamente no he eliminado este asunto del círculo de mis preocupaciones- me importa insistir en algunas ideas, aún inéditas, y que traducen mi personal visión acerca del tema *decidendum:*

1. El núcleo del tipo de hurto describe el apoderamiento de una cosa mueble ajena que ha de realizar el agente en las circunstancias detalladas en el correspondiente dispositivo penal (artículo 349). Apoderarse uno de alguna cosa según el Diccionario Mayor- es tanto como "ponerla bajo su poder" y este significado semántico es igual al técnico del Derecho Penal.

2. Apoderarse -que en esto radica la materialidad de la conducta en que el hurto consiste- es la acción incriminada que presupone poner bajo la autoridad del sujeto una cosa que antes estaba bajo custodia ajena. Empero, su elemento típico más sobresaliente no radica en coger o agarrar la cosa e incluso desplazarse con ella dentro de la esfera de poder o el ámbito de influencia del propietario, sino en algo más de fondo: es incorporar el objeto sustraído al señorío material del delincuente quien al tenerlo bajo su dominio

y resguardo por existir un apoderamiento efectivo, puede ejercer de manera indiscriminada todas y cada una de las facultades dominicales inherentes al derecho de propiedad. Por tanto, si el agente no logra someter el objeto a su propio poder -siquiera sea por escasa fracción de tiempo- resulta evidente que no ha destruido la tenencia anterior y, en consecuencia, no ha consumado todavía el injusto.

3. El desapoderamiento ocurre cuando el sujeto activo en cada caso concreto, priva al dueño o a quien haga sus veces de la cosa que tiene bajo su cuidado y protección. Pero no parece que sea bastante la sola mentada privación para que el hecho se repute consumado; hácese menester, además, que el autor de la conducta consolide su tenencia, sometiéndola a su mismísima autoridad para llegar a disponer satisfactoriamente de la misma, por ser ya susceptible de un poder de dominio. Como certeramente apunta Soler, apoderar es quitar y quedarse con la cosa.

4. Por tanto, mientras el derechohabiente no pierda definitivamente su facultad de disposición sobre la cosa, no, empero al despojo momentáneo de su tenencia material, es claro que el interés penalmente tutelado no ha sido violado de manera perfecta, por cuanto el ladrón no logra asegurar ningún poder de hecho sobre el bien que sigue ligado a la esfera de poder de otro.

Cuando el aprehensor logra su designio criminal, esto es, cuando priva al dueño de la posesión del objeto que portaba, de una manera tal que le permita disponer de él, libre y desembarazadamente, por haber eludido la custodia o vigilancia del propietario, así sea por breves instantes, puede decirse que el hurto se ha consumado. En otros términos: el delito se reputa perfecto cuando el autor tiene la posibilidad de disponer soberanamente de la *res furtiva* como dueño, señor y propietario de la misma y no antes.

5. Ahora bien: si el delincuente acosado por la persecución de la propia víctima, de un tercero o de la autoridad, se ve forzado ante la inminencia de su captura y la imposibilidad de disfrutar la cosa, a esconderla, pregúntase en qué momento se produce la acción constitutiva del delito. En el instante en que de manera provisoria y forzado por las circunstancias la deja en un escondrijo o más tarde, cuando ya libre de las pesquisas judiciales retorna al lugar con la mira de hacer suyo el objeto sustraído. Tengo para mí, que en el primer supuesto el agente, pese a tener la cosa en sus manos, no logra asegurar un simple estado de hecho jurídico que le permita tenerla como si fuera suya, ni tampoco tiene la posibilidad -como que no ha logrado vencer ni suprimir del todo las circunstancias de hecho que indican dominio ajeno, todavía de ejercer sobre la misma actos de disposición material. Su capacidad de comportarse frente al objeto como auténtico y legítimo propietario con un imperio efectivo y un poder jurídico de dominación sobre el mismo, está totalmente bloqueado. No ocurre así en la segunda oportunidad cuando con total amplitud y libre de todo hostigamiento, importunación o apuro, está en trance de disponer de ella, *ad libitum*, reafirmando y fortaleciendo sus iniciales designios criminosos, sometiéndola, finalmente, a su propio poder, pues que la cosa sale de la esfera de disponibilidad del sujeto pasivo para ingresar de manera concluyente a la del autor de la conducta. Lógrase así el apoderamiento y de paso, con exactitud, es dable predicar, en la ejemplificación, una sustracción consumada.

6. Constituye, pues, craso error entender que el problema del hurto consumado se resuelve, sin más, con el solo apoderamiento del bien. Falla la construcción si despabiladamente entendemos:

a) Que con el simple desapoderamiento de la cosa, el patrimonio, que es el bien interés penalmente protegido, experimenta un evidente peligro, mas no propiamente una efectiva lesión. En tanto la víctima persiga al ladrón sola o con el concurso de terceros o de la propia autoridad no puede el delincuente ejercer actos posesorios, ni puede decirse que el dueño ha cesado en el ejercicio de sus derechos dominicales. En estos supuestos, es axiomático que el sujeto apenas adquiere la detentación física o material del objeto y al no tener una posesión tranquila y sosegada, carece de todo poder para establecer una relación posesoria. A no ser que se sostenga con iluminado criterio, en sede de ocupación, que la mera aprehensión física de la cosa convierte una mera expectativa en un ánimo cualificado, en momentos en que el tenedor pretenda su restitución de la cual ha sido temporalmente desposeído.

b) No es dable pensar en un poder dual o compartido del objeto.

Una cosa no puede estar, de hecho, al arbitrio de dos voluntades distintas y opuestas. La víctima y el hurtador no pueden tener, conjuntamente, una misma posibilidad de disposición. Aquélla o éste, pero no los dos. El ejercicio del poder furtivo en cabeza del agente debe coincidir con el aniquilamiento del interés penalmente tutelado. El sujeto debe quitar la cosa a quien la tenía quebrantando la posesión y usurpando el poder del legítimo dueño o para consolidar un nuevo estado: la ocupación de la misma, lo que excluye el dominio del propietario.

c) ¿Podrá afirmarse, con acierto, que cuando el ladrón desapodera a la víctima sin lograr superar el ámbito natural en que ejerce su vigilancia el propietario, lo ha despojado efectivamente del bien que sale así de su esfera de custodia? Con parejos argumentos, ¿acaso es viable asegurar que en este supuesto el dueño perdió la posesión de la cosa y que el detentador estableció una nueva relación posesoria? ¿O que la posesión -que constituye el objeto de protección jurídica del Título XIII del Código Penal- fue quebrantada de manera eficaz por producirse un resultado lesivo y haberse ejecutado todos los requisitos del delito...? Lo niego en redondo. En materia penal hay posesión cuando la cosa se halla en poder de una persona cualquiera que ella sea y cualquiera que fuere el título que respalde dicha posición, incluso el ilegal, pues que en tales circunstancias el objeto ha entrado ya en su esfera de disponibilidad. Así, no se puede llamar posesión a la simple detención de la cosa por parte del ladrón si no ha traspuesto los límites de vigilancia establecidos por el propietario ni la realización de su conducta ha permitido la extinción del dominio ajeno. En su mejor sentido, el ejercicio de la posesión implica el abatimiento final de los derechos que el sujeto pasivo ejercía sobre la cosa y para el detentador, la constitución sobre el objeto mismo, de las facultades que discierne la posesión. Al quedar detenida la ejecución del hecho por razones extrañas a la voluntad del agente, fuerza es hablar de una forma imperfecta o incompleta del delito.

d) Bien puede acaecer que el ladrón a continuación del desapoderamiento y de consolidar su voluntad de poseer en adelante y por su cuenta personal la cosa hurtada, sea detenido y recuperado el objeto material del ilícito. El asunto no brinda complicaciones técnicas por cuanto en nada se modifica la realidad de una consumación lograda de manera irrevocable y definitiva. El delito se perfeccionó en las circunstancias anotadas y esto basta. Por cierto que resulta claro entender que el apoderamiento no implica que el autor tenga fatalmente que disponer de manera real o efectiva del objeto

ilegalmente apropiado. Es suficiente que tenga la posibilidad cierta y no discutida por nadie de disponer a su arbitrio del mismo. Están en lo cierto quienes aceptan y sostienen la validez de estos fundamentos.

Simple es concluir entonces -vistas las ideas anteriores y las particulares circunstancias que rodearon el hecho que demanda la atención de la Sala-, que no existió un verdadero apoderamiento de la cosa y que los codelincuentes no tuvieron la plena disponibilidad del objeto, ni manera ninguna de ejercer absoluta autonomía sobre el mismo. Se apoderaron, es cierto, del rodante pero ante la colisión presentada se anuló la posibilidad real de ejercer sobre el vehículo hurtado, actos de señor y dueño. Trátase, pues, de un crimen *in ditere* y no de uno consumado.

Esto es todo y bastante para reiterar -una vez más- que es el criterio de la disponibilidad (posibilidad real de disponer de la cosa) y no el desapoderamiento (mero despojo del objetos), el que define, *per se*, la acción típica del hurto. La causal alegada en este concreto ámbito ha debido prosperar. Sin propósitos polémicos -o con ellos- creo que esto es así.

Sigue, pues, activa mi pluma cada vez que se trata el tema en discusión y en donde he asumido una postura de la que me siento intelectualmente satisfecho. Y digo esto, *obvium est dicere*, con todos los respetos hacia el criterio de la mayoría.

Cordialmente.

Jorge Enrique Valencia M..

Fecha, *ut supra*.

TERMINO

Las disposiciones procesales -de las cuales hacen parte las referentes a la tramitación de los recursos, traslados y términos judiciales-, como garantía que son del debido proceso y expresión del principio de legalidad que de él emana, tiene por voluntad de la ley carácter de "orden público" de modo que atan al juez y obligan a las partes según expresión exacta del artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, de manera que garantías como la de igualdad entre las partes han de derivar del fiel texto del precepto al cual todo interviniente procesal -y con igual razón los funcionarios- habrán de estar sujetos, sin que sean válidas ni de recibo las modificaciones que en favor o en contra de unos u otros pretender innovar los encargados de dirigir o controlar el impulso del proceso, pues el precepto en cita recuerda que las estipulaciones que lo contraríen "se tendrán por no escritas". / Desconocer los términos procesales sobre prórrogas no pedidas ni justificadas, para modificar el trámite del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal que ya había descentralizado los ritos para otorgamiento del recurso y los traslados asignándolos con exclusividad a "quien haya proferido la sentencia", ni para innovar mecanismos dilatorios como el de comisionar para cumplimiento del traslado, y mucho menos si esas facilidades no se ejercieron al transcurso ordinario e ininterrumpido de los términos que ya había iniciado para el impugnante, y como consecuencia obligaban su actuación oportuna, como garantizaban a los no recurrentes la certeza de que la no presentación en tiempo del escrito de demanda llevaría a su indeclinable deserción del recurso extraordinario (artículo 224 C.P.P.).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8572.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta N° 66.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de agosto de 1993.

Vistos

Examina la Corte si hay lugar a proseguir con el trámite de la demanda de casación presentada por el representante de la parte civil dentro del proceso seguido en contra de Luis Benito Ramírez Klinger por el delito culposo de homicidio.

Antecedentes

El Juzgado 12 de Instrucción Criminal de Tumaco inició el 27 de febrero de 1987 proceso penal en contra de Luis Benito Ramírez Klinger profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención por los delitos de homicidio y lesiones personales culposas, calificando posteriormente el mérito de la investigación mediante resolución de acusación.

El juzgamiento corrió a cargo del Juzgado Superior de Tumaco, dando inicio el 4 de diciembre 1991 a la diligencia de audiencia pública, cuyo trámite suspendió para reanudar y culminar el 24 de junio de 1991 y proferir sentencia absolutoria el 28 de agosto siguiente, cuando el Despacho había cambiado su denominación por la de Tercero Penal del Circuito de Tumaco como consecuencia del tránsito de normas procesales (Decreto 2700 de 1991).

El representante de la parte civil formalizó su inconformidad con la decisión del *a quo* interponiendo el recurso de apelación, que al ser resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante providencia de noviembre 23 de 1992 confirmó íntegramente lo resuelto.

En contra de la sentencia de segunda instancia interpuso en oportunidad el representante de los intereses indemnizatorios el recurso extraordinario de casación, que el Tribunal de Distrito aceptó y dispuso someter al trámite correspondiente, ordenando mediante auto del 15 de enero de 1993 correr traslado al impugnante por el término de 30 días.

La notificación personal se recibió por el Ministerio Público el 19 de enero, pero para el enteramiento de los apoderados se libraron despachos comisorios a la ciudad de Cali, apareciendo el del representante de la parte civil cumplido personalmente en Pasto el 27 de enero y nuevamente en Cali el 2 de febrero, y el del defensor en esta última ciudad el 27 de enero.

Para surtir el traslado que debía comenzar el 17 de febrero (fecha de recibo del exhorto) y concluir como consecuencia el 31 de marzo, el impugnante solicitó que se le remitiera el expediente mediante comisionado a la ciudad de Cali, y así se autorizó por el Magistrado Sustanciador mediante auto del 15 de marzo, siendo entregada personalmente la demanda al Tribunal el 20 de abril de 1993, circunstancias que dan pie a que la Secretaría de la Sala ingrese el asunto al Despacho con informe sobre extemporaneidad de su presentación.

Consideraciones de la Corte

1. Las disposiciones procesales -de las cuales hacen parte las referentes a la tramitación de los recursos, traslados y términos judiciales-, como garantía que son del debido proceso y expresión del principio de legalidad que de él emana, tienen por voluntad de la ley carácter de "orden público", de modo que atan al juez y obligan a las partes según expresión exacta del artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, de manera que garantías como la de igualdad entre las partes han de derivar del lato texto del precepto al cual todo interviniente procesal -y con igual razón los funcionarios habrán de estar sujetos, sin que sean válidas ni de recibo las modificaciones que en favor

o en contra de unos u otros pretendan innovar los encargados de dirigir o controlar el impulso del proceso, pues el precepto en cita recuerda que las estipulaciones que lo contraríen "se tendrán por no escritas" (Cfr. fallos de: mayo 15 de 1991 y febrero 15 de 1993).

2. En el presente caso la colejación de los trámites y términos permite deducir que si la notificación del auto mediante el cual se concedió el recurso extraordinario se agotó el día 27 de enero de 1993, el término del traslado para la presentación de la demanda se iniciaba a partir del dos (2) de febrero siguiente (artículo 120 y ss. del Código de Procedimiento Civil), sin que se hubiese solicitado ni concedido prórroga, ni ésta se constituyera automáticamente por el ruego ya tardío del impugnante para que se le remitiera por correo el expediente que según la ley debía retirar en la Secretaría de la Corporación.

De ninguna manera el auto también extemporáneo mediante el cual el Magistrado Sustanciador accedió a la remisión del expediente para que de él le hiciese entrega un juez comisionado de la ciudad de Cali, como tampoco el obedecimiento por parte de la Secretaría de esa providencia podían constituirse en algo así como una automática prolongación de los términos legales ni mucho menos en ocasión para que se reiniciara su conteo, de manera que si la demanda fue llevada personalmente por el abogado a la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal el 20 de abril de 1993 conforme ha quedado dicho, con notoriedad se prueba su extemporaneidad, como que para esa fecha el fallo de segunda instancia había cobrado ejecutoria,

Ni la Secretaría del Tribunal *ad quem*, ni el Magistrado Sustanciador estaban legalmente autorizados para otorgar privilegios a la parte impugnante, desconocer los términos procesales o pronunciarse sobre prórrogas no pedidas ni justificadas, para modificar el trámite del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal que ya había descentralizado los ritos para otorgamiento del recurso y los traslados asignándolos con exclusividad a "quien haya proferido la sentencia", ni para innovar mecanismos dilatorios como el de comisionar para cumplimiento del traslado, y mucho menos si esas facilidades no se aluvieron al transcurso ordinario e ininterrumpido de los términos que ya habían iniciado para el impugnante, y como consecuencia obligaban su actuación oportuna, como garantizaban a los no recurrentes la certeza de que la no presentación en tiempo del escrito de demanda, llevaría a su indeclinable deserción del recurso extraordinario (artículo 224 C. de P.P.).

Fáciles serían de advertir y graves las consecuencias que acarrearía para el proceso el equivocado mecanismo utilizado en el caso de análisis al dejar prácticamente a la discreción de uno de los intervinientes procesales la prolongación o el manejo de los términos legales, pues además de romper el necesario equilibrio entre los derechos y garantías de las partes (artículo 20 C. de P.P.), aún podría hasta activar la inoperancia de la acción penal frente a la prescripción que no dependería ya del transcurso del tiempo sino de las nabilidosas maniobras del interesado.

Mostrándose evidente que la demanda de casación se ha presentado con extemporaneidad en el caso contemplado, el incumplimiento de su carga procesal por la parte impugnante que ya suscitó la ejecutoria del fallo de segundo grado, redundará tanto en la necesidad de invalidar la actuación cumplida a partir del auto que dispuso el

traslado a los no recurrentes como en la declaración de deserción del recurso extraordinario.

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

RESUELVE:

Primero: Decretar la nulidad de lo actuado a partir inclusive del auto de abril 29 de 1993 mediante el cual se corrió en traslado la demanda de casación a los no recurrentes, y

Segundo: Declarar la deserción del recurso extraordinario de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Pasto como consecuencia de la presentación extemporánea de la demanda.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Carmca, Secretario.

RECURSO DE HECHO/DEMANDA DE CASACION

Prevé el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal que en contra de la providencia denegatoria de la casación procede el recurso de hecho, regulando en los preceptos subsiguientes lo atinente a su interposición, trámite, la carga del inconforme quien deberá sustentar en tiempo los motivos de su disentimiento, y la consecuencia en caso de silencio, instruyendo al funcionario sobre el deber de desechar la queja en ese evento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8619.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta N° 067.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de agosto de 1993.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante providencia de junio 30 próximo pasado, declaró la deserción del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado José Claret Acevedo Palomar, generando la inconformidad del impugnante, quien interpuso el recurso de hecho sobre el cual entra la Sala a resolver de plano.

Antecedentes

Según emerge de las piezas que en copia remite el Tribunal, contra la sentencia de segunda instancia proferida por esa corporación en el asunto que vincula al inconforme, interpuso el señor Acevedo Palomar el recurso extraordinario de casación, impugnación que la Sala de Decisión le otorgó sin que en tiempo se hubiese presentado la demanda.

Luego de hallar viciados los actos de notificación de la providencia que concedió el recurso y disponer la reposición del trámite, volvió a correrse en su integridad traslado para que el inconforme concurriera con el libelo demandatorio, sin que tampoco en esta oportunidad se diera cumplimiento a la actividad esperada.

Al declarar el *ad quem* la deserción de la impugnación extraordinaria, anunció el procesado que recurriría de hecho dando con ello lugar a la expedición de las copias que vienen de ingresar para pronunciamiento, a las cuales añade la Secretaría de esta Sala informe enterando que el interesado guardó silencio durante el término legal.

Consideraciones de la Sala

1. Prevé el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal que en contra de la providencia denegatoria de la casación procede el recurso de hecho, regulando en los preceptos subsiguientes lo atinente a su interposición, trámite, la carga del inconforme quien deberá sustentar en tiempo los motivos de su disentimiento y la consecuencia en caso de silencio, instruyendo al funcionario sobre el deber de desechar la queja en ese evento.

2. Acreditado como aparece con el informe de Secretaría que al recibo de las copias tuvo el inconforme amplia oportunidad de expresar el fundamento de sus razones, sin que en tiempo hubiese dado cumplimiento a ese deber, no otra alternativa deja con su omisión el recurrente que la de desechar también por deserción la queja intentada, sentido en el cual se hará el pronunciamiento pertinente.

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

RESUELVE:

Desechar el recurso de hecho intentado por el procesado José Claret Acevedo Palomar contra la providencia que le denegó por deserción la impugnación extraordinaria.

Cópiese, 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 Cortés Carnica, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION / DEFENSOR

1. De acuerdo con el artículo 83 del nuevo Código de Procedimiento Penal, uno de los motivos que hacen procedente el cambio de radicación de un proceso, consiste en la existencia de circunstancias que en determinado territorio puedan llegar a afectar la integridad personal del acusado. /La posibilidad para que se acepte el cambio de radicación sería que alguno de los sujetos procesales pueda sufrir atentado contra su integridad personal, por circunstancias derivadas de los hechos materia del proceso, que ponen en peligro una eficaz administración de justicia, riesgo que debe conjurarse cambiando de radicación el proceso, para que continúe su trámite en otro Distrito Judicial, en donde en lo posible, se elimine o reduzca al mínimo la inconveniencia referida. /2. De cara a las nuevas disposiciones procedimentales (artículo 142), el apoderado designado por el sindicado puede actuar a partir del momento en que presente, debidamente otorgado, el respectivo poder, sin que se requiera auto de reconocimiento ni diligencia de posesión, como antes se hacía.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8596.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de agosto de 1993.

Se pronuncia la Sala sobre el cambio de radicación solicitado en este proceso que, por el delito de homicidio, se adelanta respecto de Manuel Murillo Joiro Castro en el Distrito Judicial de Riohacha (Guajira).

Antecedentes

1. La Unidad Primera de Fiscalía Especializada de Riohacha, mediante auto de 27 de abril último (fls. 400 y ss.-1), dictó resolución acusatoria contra Manuel Murillo Joiro Castro, por el delito de homicidio cometido en Modesto Rafael Deluque Hernández.

Apelada esa providencia por el defensor del acusado, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha la confirmó (fls. 30 y ss.-2).

2. El procesado designó nuevo defensor, que en escrito que obra a folios 2 y siguientes del cuaderno N° 3, solicita el cambio de radicación del referido proceso, con apoyo en las siguientes y sustanciales consideraciones:

- Que al folio 36 del proceso aparece un informe del Director de la Cárcel de Riohacha, en el que afirma tener conocimiento de que se va a atentar contra la vida del procesado Joiro Castro, presumiblemente por parte de la familia del occiso, y que las instalaciones de ese centro no permitían brindar una adecuada protección.

- Que la Fiscalía dispuso el traslado de dicho procesado a la cárcel de la ciudad de Barranquilla, a donde incluso se vio precisado a desplazarse el Fiscal, también por razones de seguridad, para poder oír en indagatoria a Juan Carlos Danies Noguera, otro de los sindicados en este proceso (dicho procesado, junto con Jorge Alberto Danies Pana, fueron objeto de preclusión de la investigación).

- Que existe constancia en el informativo (fls. 312 y ss.-1) en cuanto al peligro que corre el testigo Carlos Alberto Bonivento Márquez, por razón de la declaración que rindió, y de la protección que ordenó brindársele por parte de la Fiscalía (fls. 313 y ss.-1).

El defensor adjuntó una declaración extraproceso rendida por el citado Bonivento Márquez, en la cual da cuenta de las amenazas reales a su vida por parte de personas allegadas al occiso Deluque Hernández (fl. 14-3).

Anota el memorialista que "el ambiente de agresión que reina en Riohacha en contra del procesado Manuel Murillo Joiro Castro por parte de los parientes del occiso Modesto Rafael Deluque Hernández, fue la causa del traslado de Joiro Castro a la Cárcel Modelo de Barranquilla, ya que la Cárcel Judicial de Riohacha no prestaba garantías para salvaguardar la vida del procesado. Esa ostilidad (sic) se ha reflejado también en el testigo Carlos Alberto Bonivento Márquez, quien según su declaración está siendo víctima de los parientes de la víctima y teme por su vida" (fl. 10-3).

Rememora el peligro que también tuvo la vida del otro sindicado Danies Noguera y agrega: "Si se tratara de llevar a cabo la audiencia pública en Riohacha, muy seguramente la vida del procesado Manuel Joiro Castro sería eliminada, lo mismo que la del testigo que concurriera a declarar en el sentido de decir la verdad, porque los parientes del occiso son de armas tomar y están propuestos (sic) a eliminar cualquier persona que consideren que no favorece a los intereses de la familia del occiso" (*id.*).

Señala que incluso la vida "del Fiscal que presida (sic) la audiencia corre peligro, y que de tal manera se impone el cambio de radicación, ya que el ambiente de hostilidad pugna con una recta administración de justicia" (fl. 11-3).

Anexa fotocopia del proceso y de la aludida declaración extraproceso, y pide que se le tenga como defensor del sindicado Joiro Castro.

3. De plano, pues, la Sala entra a resolver lo pertinente, de conformidad con el artículo 68-8 del Código de Procedimiento Penal.

Se Considera:

De acuerdo con el artículo 83 del nuevo Código de Procedimiento Penal, uno de los motivos que hacen procedente el cambio de radicación de un proceso, consiste

precisamente en la existencia de circunstancias que en determinado territorio puedan llegar a afectar la integridad personal del acusado.

En el presente caso, se ordenó el traslado de cárcel del procesado Joire Castro porque se venía rumorando insistentemente sobre un atentado contra su integridad personal y porque la cárcel de Riohacha no permitía una protección adecuada.

Igual peligro se advirtió en relación con la vida del también sindicado Danies Noguera y lo propio ocurrió con el testigo Bonivento Márquez, quien fue a su tiempo debidamente protegido por la autoridad (fls. 313 y ss.-1).

Es entonces claro que en esa región corre peligro más de un interviniente en el proceso, y en especial el acusado, razón suficiente de por sí, para que se acepte el cambio de radicación solicitado. La posibilidad sería de que alguno de los sujetos procesales pueda sufrir atentado contra su integridad personal, por circunstancias derivadas de los hechos materia del proceso, pone en peligro una eficaz administración de justicia, riesgo que debe conjurarse cambiando de radicación el proceso, para que continúe su trámite en otro Distrito Judicial, en donde, en lo posible, se elimine o reduzca al mínimo la inconveniencia referida.

A juicio de la Sala, el nuevo territorio debe ser el Distrito Judicial de Bucaramanga, sitio más o menos equidistante, si se tiene en cuenta que el nuevo defensor tiene oficina en Santafé de Bogotá.

Respecto de la solicitud de que se le reconozca personería como defensor, se debe responder que de cara a las nuevas disposiciones procedimentales (artículo 142), el apoderado designado por el sindicado puede actuar a partir del momento en que presente, debidamente otorgado, el respectivo poder, sin que se requiera auto de reconocimiento ni diligencia de posesión, como antes se hacía.

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

RESUELVE:

Cambiar la radicación de este proceso al Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander). Por conducto del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riohacha (Guajira), remítase el expediente al Juzgado Penal del Circuito de Bucaramanga que se encuentre en reparto.

Cópiese, 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 Cortés Gurnica., Secretario.

INDAGATORIA/EMPLEADO PUBLICO/NULIDAD

La exclusión de los empleados públicos, para servir en diligencia tal (indagatoria), encuentra más de una explicación, motivos los más de ellos que no permiten asumir la invalidación, a no ser que se quiera supeditar lo sustancial a lo formal. La intención del legislador de evitar, como obligación, el llamado de funcionarios judiciales a empleados públicos que, por atender ese requerimiento, entorpecería el curso de sus oficiales funciones; también el evitar en ciertas órbitas de escogencia, dañinas supeditaciones que impidieran la autonomía con que debe realizarse un encargo como el que se comenta, o la incompatibilidad de protección legal a la cual pertenece el empleado público llamado a la asistencia de un indagatoriado. Hoy día, atento sólo a las reformas introducidas en los últimos años, en especial en el ámbito constitucional, ciertamente que en caso de que el sindicado estuviere asistido en su indagatoria por un empleado público, entraría en la consideración de una nulidad. Pero mirándose el proceso a la luz de los preceptos y valoraciones que entonces lo regían, la cuestión no se ofrece con esta meridianidad y, por el contrario, posibilita otra distinta valoración.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7908.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta Nº 66.

Santafé de Bogotá D. C., 4 de agosto de 1993.

Vistos

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 14 de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, mediante la cual, por el delito de "Falso Testimonio", se impuso a Elkin Ernesto González Espitia, como pena privativa de la libertad, un (1) año de prisión.

La demanda correspondiente fue admitida en auto de 19 de octubre del citado año.

Hechos y Actuación Procedimental

Luis Armando Suárez Alba, Jefe del Proyecto de Protección y Control de Inderena, Regional Llanos Orientales, causó graves daños al vehículo que manejaba el 23 de junio de 1987. En la investigación penal que al respecto se iniciara, González Espitia declaró inicialmente en forma favorable a ese procesado, pues atribuyó lo ocurrido al inesperado rompimiento del vidrio delantero, lo cual impidió una conducción adecuada del automotor, el mismo que fue a estrellarse contra un árbol. Pero luego, en una segunda versión, terminó por relatar la verdad, vale decir, que Suárez piloteaba el vehículo en estado de embriaguez, situación que produjo la colisión con otro automotor, huyendo del lugar de los hechos a excedida velocidad, circunstancia que en asocio de los efectos del licor ingerido, le hizo estrellar contra un árbol.

El Juzgado 18 de Instrucción Criminal adelantó la averiguación pertinente, la misma que concluyó con una resolución acusatoria (diciembre 5 de 1989), por el delito de "Falso Testimonio". En firme la decisión, el abogado de confianza del procesado, doctor Marcelino Chávez Avila, el mismo que ahora ha acudido en casación, presentó una petición dirigida a obtener la cesación de procedimiento en razón de lo mandado por el artículo 40-7 del C. Penal, pretensión respondida en forma adversa, en auto de marzo 5 de 1990. Celebrada la audiencia de rigor, el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Villavicencio, condenó (noviembre 8 de 1990) a González a un año de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y otorgó el beneficio de la condena de ejecución condicional. En cuanto a perjuicios fijó los mismos en cuatro gramos oro. El Tribunal, ante el cual se sustentó en debida forma la apelación por la defensa, confirmó dicho fallo.

La Demanda

Un solo cargo se formula:

El procesado, en su diligencia de indagatoria, fue atendido por persona que no podía actuar en la misma, pues quien sirvió este encargo el señor Efraín Urrego Peña, era empleado público en la División de Patologías Tropicales, Zona XV de Villavicencio (malaria).

Se invoca el artículo 226-3 del C. de P.P., anterior.

Concepto de la Delegada Primera en lo Penal

Esta objeción la rechaza el Ministerio Público y al respecto anota: "La injurada se cumplió en forma cabal y en ella el procesado hizo todas las aclaraciones que consideró convenientes, y si bien es cierto lo ideal es que lo hubiese asistido un abogado titulado, o en su defecto un ciudadano de reconocida honorabilidad, que no fuese empleado público, como manda el texto legal, el que quien participó en la indagatoria tuviera la calidad de empleado público no afecta materialmente el derecho a la defensa del procesado. Es un aspecto más formal que sustancial, que no vicia en la esencia el proceso ni las posibilidades de asistencia defensiva en esa diligencia de indagatoria. Muy por el contrario su misma condición indica que se trata de una persona con cierta preparación, que por lo mismo puede entender mejor su papel en la indagatoria, y en esa misma medida cumplir con más idoneidad el cargo de defensor transitorio, y en superior condición

quien no tenga la más mínima formación cultural y por lo mismo no comprenda con claridad lo que implica una indagatoria.

"El requisito de que no sea empleado oficial, es un aspecto formal que tendía en la ley, a remediar un vicio de la praxis judicial consistente en que sin buscar un defensor técnico, los jueces designaban al propio guardián como defensor de oficio. De ahí la regulación en comentario, pero que ciertamente apunta más a la corrección de un vicio formal, que a la esencia del fenómeno de la defensa en la diligencia de inquirir del sindicado".

Pero, a su vez, advierte como motivo de invalidación de lo actuado, la carencia de debida defensa, ya que González Espitia no contó con persona que durante el trámite del sumario le procurara asistencia técnica lo cual impidió que, al cerrarse éste, no se presentara alegación alguna, aspecto bien atendido a partir de la resolución acusatoria.

Sobre el particular comenta:

"...La ausencia del defensor en la etapa de calificación del sumario resulta definitoria del tema relativo a la defensa técnica del procesado, como que si bien se ha dicho que la defensa debe ser integral, es decir que ella surge del conjunto de todo el proceso, de manera tal que la restricción defensiva de un proceso puede ser compensada con la amplitud en el ejercicio de tal derecho que ofrezca otra etapa del proceso. Así no toda irregularidad en las posibilidades defensivas del procesado puede viciar el sentido del derecho a defenderse, sino sólo aquellos defectos que estructuralmente lo afectan de manera principal, atendido la oportunidad procesal para su ejercicio adecuado y determinante. No se podrá decir que hay violación al derecho de defensa si en una diligencia de inspección judicial al sitio de los hechos no asistió uno de los defensores, pues esta situación puede ser atendida eficazmente por vía de la controversia de la prueba y el alcance de la diligencia referida con lo que se adecua a plenitud el principio de la defensa técnica. No ocurre lo mismo en casos como el presente cuando en la etapa de calificación del proceso, que es única e irrepetible, se carece de defensor técnico puesto que precluido el traslado que señala la ley ya no es factible que se presenten alegatos de defensa, ni se discute el mérito procesal con la fuerza y significado que tiene la fijación de los cargos que se formulan contra el sindicado. Es pues esa doble condición relevante: que se trate de la fijación de la acusación que se hace al imputado, y que la oportunidad de argumentar sobre ello 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 acentuado vigor la defensa de carácter técnico.

"En el caso en estudio es evidente que la defensa no podía presentar alegatos de conclusión por la potísima razón que el procesado no tenía abogado. Ya que sólo se lo nombró y posesionó cuando ya se había proferido el pliego de cargos en su contra.

"Con más acento ahora, que la Constitución Nacional establece la garantía del defensor técnico, siguiendo los textos de los convenios internacionales, en su artículo 29 diciendo: "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y *a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y juzgamiento...*", norma de la Carta de la cual se deriva claramente que la ausencia de un abogado (defensor técnico) en la etapa de investigación, o en la de juzgamiento, vulnera la garantía fundamental. No podrá negarse que, admitido que quien le asistió en la indagatoria es una persona que no tiene título de abogado, y no volvió a tener defensor técnico sino

luego de la calificación, careció completamente de "abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación...". Claro parece honorables Magistrados que se vulneró el derecho a la defensa técnica durante la investigación penal, con desatención del mandato constitucional ya referido...".

Consideraciones de la Sala

La muy escueta censura que rubrica el impugnador, ciertamente aparece refutada, en razonamiento acertado, con las indicaciones que al respecto anota la Delegada. Cuestión tan secundariamente formal no puede imponerse indiscriminadamente sobre las particularidades de una actuación que, de manera sobrada, cumplió con lo que la ley procura en esta clase de intervenciones. Es más, la exclusión de los empleados públicos, para servir en diligencia tal, encuentra más de una explicación, motivos los más de ellos que no permiten asumir la invalidación, a no ser que se quiera supeditar lo sustancial a lo formal. El colaborador fiscal ha apuntado una realidad a este respecto, y la Sala agregaría, de otro lado, la intención del legislador de evitar, como obligación, el llamado de funcionarios judiciales a empleados públicos que, por atender este requerimiento, entorpecerían el curso de sus oficiales funciones; también, el evitar en ciertas órbitas de escogencias, dañinas supeditaciones que impidieran la autonomía con que debe realizarse un encargo como el que se comenta, o la incompatibilidad de intereses, cuando la ofensa delictiva se enmarca en el espacio de protección legal a la cual pertenece el empleado público llamado a la asistencia de un indagatoriado.

Y nada de esto ocurre en el caso comentado.

Por este aspecto el cargo se desecha.

En cuanto a la propuesta de oficio que formula la Delegada, la Sala anota:

Hoy día, atentos sólo a las reformas introducidas en los últimos años, en especial en el ámbito constitucional, ciertamente que un caso como el que se estudia, entraría en la consideración que recomienda la Delegada. Pero mirándose el proceso a la luz de los preceptos y valoraciones que entonces lo regían, la cuestión no se ofrece con esta meridianidad y, por el contrario, posibilita otra distinta valoración. En efecto, antaño la asistencia profesional durante el sumario, no se miraba tan imprescindible ni se la caracterizaba de denodada actividad. Su entidad pasaba a secundario orden si el juez, que debía averiguar tanto lo favorable como lo desfavorable, no perdía esta orientación y mantenía su actividad en dirección a este propósito. Los resultados en uno y otro sentido, solían demostrar fehacientemente el cumplimiento de este mandato de instrucción equilibrada y exhaustiva. Compuesta la averiguación, dentro de estos fundamentales lineamientos, y originándose la formulación de los correspondientes cargos, ya sí debía atenderse con singular esmero la labor de la defensa, tanto en cometidos probatorios como en la aplicación de recursos y alegaciones. Con severidad debía medirse su intervención, en esta fase, para deducir un debido proceso y una defensa eficaz.

Pues bien, cuando se formula a González Espitia la acusación por falso testimonio (contradicción de versiones propias, incompatibilidad con otras veraces demostraciones, escrutinio de posibles causas de sus esenciales cambios testificales), éste tiene ocasión de designar un apoderado, el cual, tan pronto se posesiona y se entera del cargo, demanda la cesación de todo procedimiento, intervención contestada oportunamente.

Luego gestiona resultados probatorios y se esfuerza dialécticamente durante la celebración de la audiencia, agregando un escrito de sus análisis y pedimentos. Al producirse la sentencia de condena, recurre al superior y sustenta en forma adecuada su protesta. Es un tramo de plena activación de la defensa, que no deja de observar todas las posibilidades y de ahí que alcance ciertas ventajas en la sanción y en la ejecución de condena condicional. En estas circunstancias, no puede advertirse, en el punto culminante de la defensa y en el extremo procesal en donde es dable su mayor solvencia, un fenómeno de carencia de la misma con una presentación tal que cobije por entero todo el campo de la instrucción, en el cual no fue dable advertir el más mínimo desliz de atropello, deslealtad o negación de justicia por parte del funcionario que en el actuó.

La argumentación más fundamental que trae la alegación de la Delegada, estriba en que no fue factible, por ausencia de apoderado, introducir un razonamiento previo a la calificación del sumario. Pero, siendo esto conveniente y útil, en algunos casos, esta intervención, no resulta siempre en este sentido y de ahí que no pocos procesos, en los cuales se da la constante asistencia profesional durante el sumario, carezcan de una participación de esta índole, en ese momento procesal. De otro lado, reiterando el posible aunque aleatorio beneficio de actitud tal, no se advierte mucha diferencia entre la alegación que antecede a la resolución acusatoria y la que sigue a ésta, dándose sí en ventaja de la segunda opción, el conocimiento concreto de lo que piensa el juzgador, lo cual alerta a la defensa y le permite a ésta una mejor movilización de ideas y raciocinios.

No encuentra la Sala motivos para actuar de oficio en una declaratoria como la que deprecia la Delegada, máxime cuando ésta se limita a observar un fenómeno exclusivamente objetivo (no existía, en el sumario, un apoderado) pero se silencia la verificación de falencias nacidas de esta omisión decisivamente influyentes en el fallo pronunciado. Y menos todavía que, lo realizado a partir de la acusación, tanto en el aspecto probatorio como en el argumentativo, confinara cerradamente su eficacia a que se hubiera cumplido ello en la etapa sumarial. La idoneidad y mérito de esa actuación se irradia con más valor en el trámite en el cual se produjo pero encontró asidero en lo actuado durante esa instrucción.

No está por demás anotar que, el criterio expuesto, lo ha expresado la Corte en ocasiones anteriores, así en noviembre 11 de 1992 (M.P. Dídimo Páez Velandia Nº 6427) y diciembre 9 de 1992 (M.P. Juan Manuel Torres Fresneda Nº 6429).

No se accederá a esta pretensión del Ministerio Público.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada, indicada ya en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel (salvó voto), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz* (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

Salvamento de voto

Como creo que la sugerencia del Procurador Primero Delegado en lo Penal ha debido ser aceptada y en consecuencia casar la sentencia por violación del derecho de defensa, respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria.

El tema tratado ya ha sido debatido en otras oportunidades que cita la providencia, en las cuales también he expuesto mi punto de vista al respecto, por esa razón en este caso basta con precisar lo siguiente:

1. Es un hecho indiscutible que el procesado careció de defensor durante todo el sumario, de manera que esa etapa procesal es vital para los intereses del acusado, se adelantó con violación absoluta de sus garantías constitucionales.

2. A tal grado llegó el desprecio por su derecho a la defensa, que resulta inexplicable que en Villavicencio el Juez resuelva nombrarle como defensor para la indagatoria a un ciudadano empleado de la División de Patologías Tropicales, ajeno por completo a la ciencia del derecho, siendo un hecho notorio que en esa ciudad los abogados litigantes se pueden contar por cientos. La violación del inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal es ostensible.

3. El hecho de que el Juez esté obligado a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable no suple la garantía constitucional de que esté asistido por un abogado, y ese criterio es tan peligroso para la preservación de la garantía de la defensa técnica, que a través de él se podría llegar al extremo de justificar la supresión de la actuación de los abogados.

4. La lectura del proceso deja una clara sensación de que en este caso otra hubiera podido ser la suerte del condenado si se hubieran respetado sus derechos procesales.

Ricardo Calvete Rangel.

Fecha, *ut supra.*

CASACION DISCRECIONAL

Al juzgador de segunda instancia solamente le es dado, cuando se interpone el recurso extraordinario de casación por la vía excepcional, remitir el proceso a la Corte, para que sea la Sala de Casación Penal la que determine si el recurso debe o no aceptarse. "El recurso de casación interpuesto por la vía excepcional procede contra todas las sentencias de segunda instancia, sin que importe si fue pronunciada por un tribunal o un juzgado de circuito, y sin que sea necesario que el delito tenga prevista una pena privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8536.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta N° 68.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de agosto de 1993.

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Garzón (Huila), mediante sentencia de 20 de abril de 1993, condenó a la procesada María Judith Huergo Yáñez a 11 años de prisión, por el delito de homicidio (fls. 1 y ss.).

La sindicada apeló esa sentencia, pero no la sustentó, motivo por el cual el referido recurso fue declarado desierto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (fl. 17).

El Procurador 136 en lo Judicial interpuso recurso de casación contra el referido fallo del Juzgado Quinto, "por la vía de excepción consagrada en el párrafo tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal" (fl. 18).

El Tribunal negó el recurso extraordinario por improcedente, al estimar que éste, "como se lee en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, procede únicamente contra las sentencias de segunda instancia proferidas, entre otras corporaciones, por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. En el presente caso esa sentencia de segundo grado no se produjo" (auto de 31 de mayo de 1993. Fl. 21).

Contra ese auto el mencionado Fiscal interpuso recurso de hecho (ft. 22), razón por la cual las diligencias fueron remitidas a esta Sala, en donde el Secretario informa que la impugnación no fue sustentada.

Se Considera

1. El recurso extraordinario de casación cuyo rechazo por parte del Tribunal motivó la interposición del recurso de hecho, se propuso con fundamento en el numeral 3º del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, norma que de manera expresa asigna a esta Sala la competencia para pronunciarse sobre la aceptación y procedencia de esta especial forma de impugnación.

No tenía, entonces, el Tribunal Superior de Neiva competencia para rechazar ese recurso, ni tampoco, para darle trámite a uno de hecho, absolutamente improcedente.

Al juzgador de segunda instancia solamente le es dado, en estos casos, remitir el proceso a la Corte, para que sea la Sala de Casación Penal la que determine si el recurso debe o no aceptarse.

Se invalidará, por tanto, la actuación del Tribunal, a partir del auto mediante el cual declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el Procurador 136 en lo Judicial, para en su lugar, entrar la Corte a decidir sobre su admisibilidad.

2. Repetidamente esta Sala ha sostenido que el recurso de casación interpuesto por la vía excepcional procede contra todas las sentencias de segunda instancia, sin que importe si fue Pronunciada por un Tribunal o un Juzgado de Circuito y sin que sea necesario que el delito tenga prevista una pena privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años (Autos de 28 de octubre de 1992 y 14 de abril de 1993, entre otros. Magistrados Ponentes doctores Torres Fresneda y Duque Ruiz, respectivamente).

En el presente caso, como quedó anotado, el Tribunal Superior de Neiva se abstuvo de conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia, por no haber sido sustentado el recurso. De allí que no exista sentencia de segunda instancia, ni se cumpla, por ende, uno de los requisitos exigidos para la admisibilidad del recurso de casación en su modalidad excepcional.

La ausencia de este presupuesto basta para que la Sala deniegue su aceptación.

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

RESUELVE:

1. Decretar la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva negó, por improcedente, el recurso de casación interpuesto por el Procurador 136 en lo Judicial.

2. Inadmitir el referido recurso, por las razones expuestas en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica,, Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA /JUEZ COLEGIADO

1. En el ejercicio de la judicatura, existen algunas modificaciones en la actuación de quienes administran justicia, según que quien intervenga sea un juez único o sea plural. /En el primer caso, todas las atribuciones que la ley otorga al representante del Estado se reúnen y las ejerce esa única persona a quien se ha seleccionado para asumir la función administrativa de la justicia en un específico despacho, para el asunto que en reparto le haya correspondido y en la instancia que esté actuando. Sin embargo, a nivel de cuerpos colegiados y dada su naturaleza plural, la función jurisdiccional está atribuida a entes colectivos denominados Salas, y no a sus integrantes. /Por excepción la ley autoriza que los actos de simple sustanciación los cumpla uno solo de los funcionarios que integran la Sala. / Evidentemente, la audiencia pública no es un acto de simple sustanciación y dada su trascendencia, ella se debe realizar ante la correspondiente autoridad judicial de conocimiento, que en tales eventos, no es el Magistrado ponente, sino el Juez plural, lo que no obsta para que sea aquél quien la dirija.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8575.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 68.

Santafé de Bogotá D. C., 4 de agosto de 1993.

Vistos

La Sala procede a decir lo pertinente a la apelación interpuesta por el procesado Gilberto Velásquez Zamora y su defensor, contra la sentencia del 8 de junio del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira lo condenó a un año de prisión como autor del delito de prevaricato por acción, a las accesorias de interdicción de funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo lapso y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos

En otro pronunciamiento efectuado por esta Corporación se plasmó la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El 25 de abril de 1989, la Unidad de Indagación Preliminar de la Policía Judicial de Santa Rosa de Cabal remitió al Juzgado 4º de Instrucción Criminal radicado en el mismo municipio y por haber identificado al sindicado, las diligencias penales que se iniciaron con base en la denuncia formulada el 15 de enero de 1982 por Juan Pablo Gutiérrez, por la desaparición de un campero Toyota, azul, modelo 1971, de placas LK 6757 de propiedad de su padre Rómulo Gutiérrez. Este, posteriormente dio cuenta de la recuperación del automotor a cambio de lo cual debió cancelar ochenta mil pesos, por intermedio de Humberto Marín, ecónomo de la cárcel del lugar.

"La Policía Judicial logró la identificación del eventual sindicado con la declaración que le recibió al señor Marín Buitrago quien señaló al exconvicto Marino Toro Morales como el individuo que recibió el pago exigido y devolvió el vehículo. No obstante los folios numerados que correspondían a la citación telegráfica de dicho testigo y la declaración juramentada que rindió, desaparecieron del expediente, y el 28 de junio de 1990 el Juzgado 4º de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Cabal dictó auto de cesación de procedimiento, por el tiempo transcurrido y no existir pruebas sobre los presuntos autores de la extorsión.

"La decisión aparece suscrita por Gilberto Velásquez Zamora, quien siendo el Secretario del Despacho, para la fecha indicada se desempeñaba como Juez, por encargo que le hiciera el Tribunal Superior de Pereira durante las vacaciones del titular".

Trámite del Proceso

Después de adelantar algunas diligencias preliminares, el Tribunal Superior de Pereira, por auto del 30 de octubre de 1990, abrió el proceso penal; indagó a Gilberto Velásquez Zamora, contra quien, en pronunciamiento del 26 de noviembre del mismo año, profirió medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, que fuera confirmada por la Corte.

El 7 de mayo de 1991, el Tribunal de conocimiento calificó el mérito del sumario dictando resolución de acusación contra el procesado, como autor de los delitos de falsedad en documentos públicos y prevaricato por acción.

Por vía de apelación, el 3 de diciembre de 1991, la Sala de Casación Penal confirmó parcialmente la resolución de acusación, pues dejó en firme los cargos por el delito de prevaricato por acción y revocó la imputación por la falsedad en documentos públicos, disponiendo la reapertura de la investigación para este último hecho punible. Así mismo se concedió al implicado la libertad provisional.

Vencido el término de la etapa probatoria y celebrada la audiencia pública, por primera vez se profirió fallo condenatorio contra el encausado, que éste y su apoderado impugnaron.

Mediando solicitud del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la Corte declaró la nulidad del proceso, por cuanto con diversas actuaciones se había conculcado el

derecho de defensa e inobservado el debido proceso; en consecuencia, se dispuso la reposición de lo actuado a partir del auto fechado el 30 de enero de 1992.

Subsanadas las irregularidades invalidatorias advertidas, se repuso la actuación, ya bajo los preceptos del Decreto 2700 de 1991. En consecuencia se corrió el traslado establecido por el artículo 446 de esa codificación y luego de otras incidencias, en sesiones cumplidas los días 20, 25 y 26 de mayo del año en curso, se llevó a cabo la audiencia pública; diligencia en la cual intervinieron la fiscal, el procurador judicial, el procesado, el defensor y la Magistrada Sustanciadora, quien la presidió.

El 8 de junio pasado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira conformada por los Magistrados Rocío Ramírez Múnera (Ponente), Héctor Tabares Vásquez y Jorge Alzate Villa, por segunda vez, profirió la sentencia correspondiente a la primera instancia, en la cual nuevamente se condenó a Gilberto Velásquez Zamora como autor del delito de prevaricato.

La inconformidad del sentenciado y de su defensor con el fallo adoptado por el Tribunal Superior de Pereira se tradujo en la interposición del recurso de apelación, en virtud del cual esta Corporación debe ahora hacer pronunciamiento.

La Sala Considera

Tampoco en esta oportunidad puede la Sala revisar de fondo la legalidad del fallo proferido en primer grado en esta causa, pues se advierte otra irregularidad que vicia la actuación y que conforme a los presupuestos del procedimiento penal y a las atribuciones conferidas al juez *ad quem*, debe ser declarada y ordenada su reparación.

En el ejercicio de la judicatura, existen algunas modificaciones en la actuación de quienes administran justicia, según que quien intervenga sea un juez único o sea plural.

En el primer caso, todas las atribuciones que la ley otorga al representante del Estado se reúnen y las ejerce esa única persona a quien se ha seleccionado para asumir la función administrativa de la Justicia en un específico despacho, para el asunto que en reparto le haya correspondido y en la instancia que esté actuando.

Sin embargo, a nivel de cuerpos colegiados y dada su naturaleza plural, la función jurisdiccional está atribuida a entes colectivos denominados Salas, y no a sus integrantes. Por excepción, la ley autoriza que los actos de simple sustanciación los cumpla uno solo de los funcionarios que integran la Sala.

Evidentemente, la audiencia pública no es un acto de simple sustanciación y dada su trascendencia, ella se debe realizar ante la correspondiente autoridad judicial de conocimiento, que en tales eventos, no es el Magistrado ponente, sino el juez plural, lo que no obsta para que sea aquél quien la dirija.

Con respecto a la integración del juez que debe presenciar y participar en la audiencia pública, esta Sala, en auto del 26 de mayo de 1972, del cual fue ponente el doctor, Julio Roncallo Acosta, expresó:

"La audiencia pública, con o sin intervención del jurado, constituye un acto con significado trascendente en el proceso, porque allí se debaten todos los temas fundamentales referentes a los hechos materia del juicio y a la responsabilidad del procesado. Tal

es la razón lógica y jurídica sobre la cual se apoya el mandato de que a las audiencias que se realicen en la Corte y los tribunales concurran todos los miembros de la Sala respectiva. Sobre todo cuando aquel debate, al reflejar una síntesis de todas las cuestiones capitales ventiladas en la causa, contribuirá a ilustrar el criterio del juez, singular o colegiado, en torno a la relación jurídico-procesal que habrá de definir en la sentencia.

"De todo lo anterior se desprende, con absoluta claridad, que el magistrado sustanciador carecía de competencia para celebrar, por sí solo, la audiencia pública en este proceso, facultad que corresponde cuando se trata de la Corte y de los tribunales, como se ha visto, al juez plural, vale decir, a la Sala respectiva, presidida por el ponente. Lo anterior significa que se está en presencia de la causal de nulidad contemplada por el artículo 210 del C. de P.P. (ord. 1°). Consecuentemente habrá de hacerse la declaración pertinente, partiendo de la providencia señalada por el Procurador en su concepto".

Este entendimiento adquiere relevancia ahora cuando al procedimiento penal colombiano se han introducido, en gran parte, los principios que rigen el sistema acusatorio, pues la intervención del juez de conocimiento en la audiencia pública es menos formal y más participativa en la medida en que debe asumir su verdadera función, concretada en el hecho de conocer el objeto del debate y de escuchar los argumentos de todos los sujetos procesales, e incluso presenciar las pruebas que le servirán de sustento al inminente fallo a su cargo. No podría, por tanto, admitirse que en ese verdadero acto de enjuiciamiento no esté presente el juez sobre quien, por disposición de la ley, recae la responsabilidad de emitir la sentencia. Y ese juez, en casos como éste, es un cuerpo integrado por varias personas, el cual, de ninguna manera, puede ser sustituido por uno de ellos.

Ahora bien, para que la actuación de ese juez plural sea válida no es indispensable que en ella intervengan todos los integrantes de la respectiva Sala, pues si el quórum mínimo requerido para adoptar una decisión es la mitad más uno de los integrantes de ella, obviamente, el mismo número de Magistrados tiene la capacidad para participar y presidir un acto tan trascendental en el juzgamiento como es la audiencia pública, porque ello implica que en esas condiciones ya existe el juez plural como funcionario de conocimiento.

En la audiencia pública de juzgamiento de Gilberto Velásquez Zamora sólo se encontraba presente la Magistrada Sustanciadora, cuando el competente para celebrarla era la Sala que ella preside; luego, de conformidad con los presupuestos anteriormente esbozados, la actuación, a partir de la audiencia pública, se encuentra viciada de nulidad. En consecuencia, es necesario declarar su concurrencia y disponer que se reponga el procedimiento desde el debate público, inclusive.

Sobran otras consideraciones para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVA:

Declarar la nulidad de lo actuado en este proceso a partir de la audiencia pública inclusive.

Repóngase el trámite afectado con la anterior declaratoria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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 Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA/ SENTENCIA

Los fallos de las instancias conforman una unidad lógica-jurídica inescindible en lo que el *ad quem* no enmiende o suprima al *a quo*, la evaluación de un medio probatorio que adelante éste y no desconozca expresamente aquél, queda incursa en la sentencia acusada en casación; y como una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo bajo un mismo punto de vista, no puede pregonarse que hubo apreciación de una prueba en la primera instancia pero que el Tribunal desconoció ésta. Si la prueba fue apreciada en la primera instancia, como tal no podrá pregonarse su desconocimiento en la segunda. /Cuando el juicio valorativo del material de prueba se surte libre de todo error contemplado como motivo de casación y dentro de la previsión de la sana crítica, el demandante no puede aspirar a que se desconozca por el fallador extraordinario este principio, y previendo sus hipótesis, se dé a la tarea de modificar arbitrariamente la cosa juzgada. Admitirlo, sería entronizar el caos por la inseguridad jurídica a que se sometiera a los asociados y violar de la más flagrante manera el debido proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7803.

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta N° 068.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de agosto de 1993.

Vistos

Conoce la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia proferida el 15 de mayo de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se condena a Dagoberto Carrillo Guerra a la pena principal de 151 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y tentativa de hurto calificado y agravado en la persona y bienes de Jorge Eliécer Gómez.

En la misma providencia y a idéntica pena por los mismos delitos, se condenó a Juan Bautista Díaz García (o Díaz Arrieta), pero este individuo fue muerto violentamente en la cárcel de Valledupar el 7 de mayo de 1992, según informe secretarial del Tribunal de origen (fl. 49 Cd.Tr.), y aun cuando también había impugnado el fallo, ninguna determinación al respecto tomó el Tribunal.

Hechos y Actuación Procesal

Cuando transitaban a pie por el sector del Mercado Nuevo, cerca de la Residencia Vallenata de Valledupar Jorge Eliécer Gómez y Nelsy Yadira Martínez, fueron interceptados por dos hombres que se movilizaban en una bicicleta, uno de los cuales les ordenó quedarse quietos mientras les apuntaba con un arma de fuego, frente a lo cual Gómez reaccionó sacando también un arma de la misma naturaleza la que, al tiempo que igual lo hacía su atacante, disparó logrando herir al que iba desarmado, pero a su vez recibiendo graves lesiones que minutos después le ocasionaron la muerte. Estos hechos ocurrieron el 12 de mayo de 1991, cerca de las diez de la noche (10:00 p.m.).

Los agresores huyeron, pero más tarde fue capturado el que se hallaba herido, quien dijo llamarse Juan Bautista Díaz y señaló como autor de los mortales disparos a su compañero de andanzas delictivas, Dagoberto Carrillo Guerra, el que fue capturado cuando la Policía pretendía allanar su domicilio.

Las diligencias de indagación estuvieron a cargo del Juzgado 1° de Instrucción Criminal Permanente de Valledupar, y con base en ellas el Juzgado 17 de la misma especialidad, radicado, abrió la investigación, vinculó a los dos sindicados mediante indagatoria, y entre las varias pruebas que practicó, allegó copias auténticas de la indagatoria rendida por el mismo capturado Díaz en otro proceso, también por hurto, en el que figuró igualmente como sindicado Carrillo, y del acta de audiencia pública cumplida en ese asunto.

Clausurada la fase sumarial, el instructor calificó su mérito con resolución acusatoria, comprometiéndolos en juicio por homicidio agravado y tentativa de hurto agravado y calificado, pero transcurrida la etapa del juicio, el entonces Juzgado 4° Superior de Valledupar impartió sentencia de condena, pero por homicidio simple con agravantes contra el patrimonio económico tal como se les imputó en el pliego de cargos, y como sanción les impuso la referida, pues el Tribunal Superior del Distrito, al desatar la apelación del defensor de Carrillo, con salvamento de voto, la confirmó en el fallo que ha sido recurrido en casación por la misma parte (fls. 1 y ss., 35, 51, 66, 191, 123 y ss., 106-118, 199, 226 y ss., 244, 329 y ss., 355 cd.ppl.1; 15 y ss., cd.Tr.).

La Demanda

Ocho reproches, a manera de cargos, formula el censor a la sentencia de segunda instancia, así:

Primero. Incurrió en violación indirecta "de la norma penal sustancial", por aplicación indebida de los artículos 22, 350 y 351 del C. P., debido al falso juicio de identidad -error de hecho-, por distorsión de la prueba testimonial de Yadira Nelsy Martínez, pues, dice, "le hizo producir efectos probatorios que no son el fiel reflejo de tal dicción".

Explica que el Tribunal dedujo del dicho de la señorita Martínez el delito imperfecto de hurto para atribuírselo a los acusados, sin que de tal deponencia pudiera extraerse esa conclusión, porque de instar a los interceptados a permanecer quietos -que fue lo que relató la testigo-, no podía afirmarse, como lo hizo el *ad quem*, que esa arbitraria orden constituía la objetividad del delito imperfecto contra el bien jurídico del patrimonio, y añade que este delito era imposible, porque en el proceso se estableció que el occiso no portaba bienes que le pudieran ser arrebatados, se hallaba en "indigencia", y esta circunstancia, en el sentir del censor, hace desaparecer "la conducta típica y amplificadora de la tentativa por ser inexistente...". Hubo pues, al extender la condenación a ese ilícito, "exceso de aplicación de la pena al sumarle el concurso de hurto que nunca existió, no nació a la vida jurídica, sino que hizo parte de las conjeturas del *ad quem* y del criterio subjetivo con que valoraron los testimonios". Para apoyar el reclamo, citó apartes textuales del fallo impugnado, en el que dice, se reconoce la indefinición probatoria material del propósito de la orden de permanecer quietos de los delincuentes al occiso y su acompañante, pero se plasma la inferencia a partir de esa misma orden.

Segundo. Violación de norma sustancial por "error de hecho en la apreciación o desconocimiento de la prueba técnica proveniente del laboratorio de balística del Instituto de Medicina Legal .. cuyo desconocimiento es condicionante" del artículo 254 del C. de P.P.

El Juzgado Superior calificó de inútil la mencionada prueba y el Tribunal la desconoció, y así, dice, "se violó indirectamente el sistema de apreciación en conjunto de los medios de prueba, utilizando la sana crítica, regla de oro de la valoración".

El peritaje fue ordenado para establecer la fecha en que el arma del acusado Carrillo fue disparada, pero esa información no fue precisada en la respuesta solicitada a Medicina Legal, por lo que la defensa la objetó, lográndose entonces otra respuesta: que el arma pudo ser disparada entre el 14 y el 1° de junio de 1991, esto es, después de la fecha de los hechos -12 de mayo-, lo que implica que el disparo mortal no fue hecho por su procurado.

Tercero. "Violación indirecta de la norma sustancial por error de hecho en la falta de apreciación o errónea interpretación de la prueba aportada" por tres de los detectives que primeramente escucharon los testimonios de los acompañantes de la víctima. Con esta falta de apreciación se desconoció lo preceptuado en el artículo 254 del C. de P.P., sobre valoración conjunta de la prueba. Añade que la importancia de tales elementos radicaba en que ante los detectives la deponente Yadira Nelsy Martínez describió con sus prendas de vestir al individuo a quien vio dispararle a su amigo occiso, siendo tal descripción coincidente con la apariencia del otro procesado, Juan Bautista Díaz García, no con la de Carrillo. Considera entonces que si "el Juez de Segunda Instancia, en vez de coadyuvar íntegramente lo hecho por el inferior, se hubiera percatado de este yerro, Carrillo Guerra hubiera sido absuelto de toda culpabilidad en el injusto contra la vida".

Cuarto. Falta de apreciación de la parte del testimonio de Yadira Martínez Rojas en que describió la vestimenta del atacante armado, la cual coincidió con la descripción que del capturado Díaz García hicieron los agentes de la Policía Judicial. Precisa que "con la falta de valoración de estos medios de pruebas conjuntamente, con la escena posterior montada, en justicia, descartarían a Carrillo Guerra del resto".

Quinto. "Violación indirecta de la norma sustancial por falta de apreciación en conjunto de la prueba testimonial del efectivo" Víctor Rafael Miranda, quien al Juez de Instrucción le relató que Díaz García al ser capturado le manifestó haber sido herido por un celador. Añade, sin precisar el reproche: "Luego, sólo se tuvo en cuenta esta versión, cuando lo someten a un 'intenso interrogatorio' ".

Sexto. "Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la falta o, equivocada interpretación en conjunto de la diligencia de inspección judicial donde se reconoce a Carrillo Guerra en las instalaciones de la Policía Judicial", porque la testigo Yudira Nelsy Martínez no lo describió antes de verlo en esa dependencia, sino después de que un Agente le mostrara el salvoconducto del revólver del acusado, y así lo reiteró la testigo en la audiencia pública y el Juez de Segunda Instancia lo "pasó por alto, solidarizándose con el *a quo* ".

Hubo entonces, "violación indirecta de la ley penal sustancial por desconocimiento de la situación fáctica contenida en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal...".

Séptimo. Error de hecho que determinó al Tribunal a dar aplicación indebida al artículo 254 del C.P.P., "por cuanto se acogió en su integridad las últimas y acomodadas versiones expuestas por el coprocesado Díaz García para reforzar los medios probatorios que exige la certeza de la responsabilidad para condenar, evento que, todos los cargos aislados expuestos descartan la autoría de mi patrocinado en los hechos... llevándonos más bien al imperio de la incertidumbre, respecto de ésta segunda exigencia".

Octavo. Nuevo error de hecho por "indebida o falta de interpretación del precepto legal contenido en el artículo 251 del C. de P.P." porque la coartada planteada por Carrillo de estar viendo determinado programa de televisión el día y a la hora de los hechos, pese a haber sido constatada, fue desechada por el *ad quem*, que se abstuvo de tener en cuenta la prueba documental procedente de Inravisión, en la que se relacionaron los programas emitidos esa noche, y prefirió establecer un indicio de presencia localizando al procesado Carrillo junto a Díaz García, quien ante el Juez instructor afirmó haber sido amenazado por Carrillo si algo decía, a lo cual el Tribunal otorgó trascendencia en su apreciación probatoria erradamente -según el censor- porque las amenazas de que habló Díaz no provenían de su cliente. No se valoró el dicho de Díaz conforme a la sana crítica, sino que se estableció un indicio de presencia sin sustento legal. Si tal indicio se hubiera valorado diferentemente, junto con las demás pruebas, "se hubiera reforzado los medios exculpativos de responsabilidad en favor de Dagoberto Carrillo Guerra, así el error de hecho expresa un falso juicio de existencia de indicios graves que debe ser analizado por la honorable Corte Suprema".

Luego de indicar el perjuicio que en su sentir ocasionó el Tribunal por "la falta de apreciación de los medios probatorios allegados legalmente al proceso", solicita la casación parcial del fallo acusado, en caso de prosperar el cargo en que pregona la inexistencia del delito de hurto; y total, si además de esa censura se acogen las restantes.

El Ministerio Público:

En la opinión del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, todos los cargos de la demanda tienen insuperables yerros técnicos y argumentales que impiden su

prosperidad, pero considera, luego de estudiarlos uno a uno explicando sus inconsistencias, que la objeción que conforma el primero da lugar a la oficiosa casación parcial para que se absuelva respecto del atentado contra el patrimonio económico que se atribuyó al poderdante del actor.

Así se expresa el funcionario del conjunto acusatorio: "Presenta el demandante 8 cargos en la demanda sobre la causal primera de casación todos por error de hecho, con imprecisiones técnicas y argumentales, como quiera que se reprocha un falso juicio de identidad y se termina discurriendo respecto de la valoración probatoria en alguno de los cargos, en otro se censura error de hecho en 'la apreciación de la prueba o desconocimiento de la prueba', en otro al parecer se ataca la preterinisión de un dictamen de balística en donde finalmente se cae en argumentos de crítica probatoria y de la regla del análisis conjunto de la prueba, más adelante se entra en la impugnación en errores de hecho que se tratan como falta de apreciación o errónea interpretación conjunta de las pruebas en relación con el informe escrito de dos detectives que intervinieron en el caso. Continuando el repaso de la demanda se encuentra también que se vuelve a decir, respecto de un testimonio que hubo error por: 'falta de apreciación o indebida valoración por error de hecho', y después se acude a un error de hecho en que se discute la certeza y se propone la duda probatoria, pero sin análisis alguno tendiente a demostrarlo al Juez de Casación, como que se limita a decir que se acogieron 'las últimas y acomodadas versiones expuestas por el procesado' y remata el impugnante asegurando que en cuanto al documento de Inravisión sobre sus programas hubo yerro de hecho por cuanto la segunda instancia... incurrió en error de hecho por 'falsa interpretación probatoria. Es decir, que hay una serie de defectos en la estructuración de los argumentos de impugnación, que restan precisión y claridad a la demanda de casación, y no son, ciertamente de recibo en buena técnica formal del recurso".

La solicitud de casación parcial del Ministerio Público, referida a la tentativa de hurto, subsiguiente al rechazo del primer cargo del demandante, respecto del cual dice que no cabe afirmar el falso juicio de identidad de la prueba de indicio consistente en la expresión "quieto ahí" que según la testigo Yadira Nelsy Martínez lanzó el delincuente que a ella y al occiso encañonó la noche de autos, y de la tal prueba el Tribunal infirió el delito imperfecto de hurto por el que condena, porque -dice el funcionario- la conclusión del juez está "dentro de la pluralidad de eventos posibles según la experiencia y la conformación *de facto* en examen, por lo que siendo admisible en un plano de necesidad lógica no puede tacharse de error de hecho".

Añade que, sin embargo, como la inferencia del Tribunal es apenas "posible o probable, sin que pueda afirmarse que elemento alguno de prueba rompa tal situación de posibilidad o probabilidad" ya que el único apoyo diverso es el criterio subjetivo del juzgador para concluir la finalidad de los asaltantes", y de la expresión lanzada por los atacantes al occiso y su compañera no solamente podía inferirse el propósito de hurto sino otros varios más -como violación sexual, homicidio, extorsión, secuestro-, era menester la prueba externa de la finalidad perseguida por los acusados con su perentoria orden. No podía atribuírseles la tentativa de ningún delito, sin esa prueba objetiva porque la tentativa "está imbuida de sentido final", y sin que ese sentido final esté inequívocamente demostrado, no podía impartirse condenación por delito imperfecto: tal es lo que resulta claro del artículo 22 del C.P., que exige que los actos que la tipifican "tengan

unidad o inequivocidad frente a la dirección personal del autor en orden a consumar un preciso hecho punible".

Luego de discurrir sobre los presupuestos de la tentativa cuando de imputarla a un sujeto se trata, considera que "en los eventos en los cuales la exterioridad perceptible para el juzgador no ofrece componentes de desvalor interno que apunten a un tipo de injusto concreto, u ofrecen un desvalor genérico de acción que no permite individualizar o concretar un específico tipo de injusto... se tendrá que sostener razonablemente que no hay tentativa normativamente posible". No siendo la tentativa una figura autónoma, sino siempre sujeta a un determinado tipo penal, no podrá darse por acaecida "cuando no aparece prueba externa alguna que permita señalar la conducción personal de la acción hacia un fin típico... específicamente visto", y seguidamente asegura que tal es la deficitaria situación que se presenta en este proceso.

Asevera el funcionario que la intimidación armada acompañada del mandato de quedarse quieto no demostraba en el acusado el propósito que perseguía con el ofendido; y como la sentencia debe basarse en un juicio de certeza basado en prueba que permita apoyar la conclusión del fallador, que en este caso no existe, la condenación por el delito tentado de hurto carece de fundamento que la legitime, aunque el fallo contenga la afirmación de certeza, pues ésta tiene que apoyarse en el acervo probatorio... "Si se carece de elemento fáctico ...en qué apoyar tal juicio, éste estará viciado por el arbitrio de suponer la prueba que sustenta su razonamiento. Si se hace inferencia del fin del autor, sin contar con datos de la realidad que lo permitan, se caerá en una completa subjetividad no admitida en el derecho".

Apoya su posición el distinguido colaborador representante de la sociedad en apartes del fallo acusado que revelan de qué manera el Tribunal dedujo el propósito de los procesados de atentar contra el patrimonio de los ofendidos, y cómo la misma Corporación fue consiente de que en el proceso no existía prueba objetiva que demostrara de la tentativa de ningún delito, sino que ésta se dedujo de la expresión intimidante "quieto ahí" para atribuirles la de hurto.

Si varios podían ser los propósitos perseguidos por los atacantes frente a sus víctimas, pero ninguno se hizo manifiesto mediante prueba, y todos ellos son probables, entonces ninguno de ellos es cierto según la Delegada, y no hay certeza para condenar al tenor del artículo 247 del C. de P.P.

No desvirtuada la presunción de inocencia -artículo 29 de la Carta- porque el resultado final no puede correlacionarse con el inferido en la sentencia ya que "el resultado de hurto tentado" en este caso "es el producto de una conclusión que carece de la certeza exigida en la ley -artículo 247 C.P.P. , esta disposición se aplicó indebidamente, y la sentencia debe casarse parcialmente en el sentido de suprimir de la imputación al acusado el delito de hurto tentado y aplicarle la condigna rebaja punitiva.

Consideraciones de la Corte

Todas las objeciones formuladas al fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, tanto por el demandante como por la Procuraduría Delegada, están llamadas a la improsperidad, la gran mayoría de las primeras, por faltas de orden técnico como lo anota el Ministerio Público, y la referida con exclusividad al delito tentado de

hurto, por falta de fundamento. En efecto: El demandante discrepa de la imputación del homicidio a su cliente adaciendo la violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de apreciación probatoria del fallador en los cargos segundo a octavo de su libelo, pero, al hacerlo, en primer lugar, se sostiene de indicar cuáles fueron los preceptos de orden sustancial que habrían resultado transgredidos gracias a esos yerros probatorios; tampoco señala con precisión los errores que pudieron ser cometidos en la evaluación del material probatorio; así mismo, no demuestra la importancia de los errores que más que probar insinúa, en la sentencia recurrida; tampoco precisa en todos los casos las pruebas que pudieron ser objeto de los yerros de que habla, y, en últimas, se enfrasca en el cuestionamiento del nivel de credibilidad otorgado por los jueces, al dicho de su patrocinado.

Es así como en el cargo segundo, afirma que el error de apreciación consistió en el desconocimiento de la prueba de balística del Instituto de Medicina Legal, pero a renglón seguido asevera que lo que sucedió fue que el Juzgado fallador de la primera instancia la calificó de "inútil" y que el Tribunal la desconoció. Si, como se sabe, los fallos de las instancias conforman una unidad lógico-jurídica inescindible en lo que el *ad quem* no enmiende o suprima al *a quo*, la evaluación de un medio probatorio que adelante éste y no desconozca expresamente aquél, queda incursa en la sentencia acusada en casación; y como una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo bajo un mismo punto de vista, no puede pregonarse que hubo apreciación de una prueba en la primera instancia pero que el Tribunal desconoció ésta. Si la prueba fue apreciada en la primera instancia, como tal no podrá pregonarse su desconocimiento en la segunda. El cargo ofrece pues, perplejidad y resulta ineficaz.

En el cargo tercero afirma que hubo "falta de apreciación o errónea interpretación" de tres testimonios que sólo precisa por las placas de los agentes informantes. El aserto es de por sí contradictorio, pues no pudo haber simultáneamente respecto de tales pruebas falta de apreciación y errónea interpretación.

Este reproche tiende a demostrar que quien accionó el arma causando el homicidio fue el coprocesado Díaz García -hoy occiso según informe secretarial del Tribunal- porque sus vestimentas fueron las que describieron los detectives testigos que recibieron la versión inicial a la acompañante del occiso, pero el casacionista olvida que los procesados fueron comprometidos en juicio y responsabilizados en coautoría por considerarse que ambos tuvieron el dominio de los hechos; vale decir, que cualquiera hubiese sido el error en la apreciación de las pruebas sobre el particular, respecto de uno de ellos habría carecido de trascendencia en favor del poderdante del actor.

El cargo cuarto, relacionado con el mismo aspecto pero con el testimonio de Yadira Nelsy Martínez encuentra su contestación en lo dicho para el anterior.

El llamado cargo quinto, es en verdad simple comentario relacionado con el dicho del Agente Víctor Rafael Miranda sobre lo que le expresó el procesado Díaz García al ser capturado, respecto de quién le había ocasionado la herida, que al parecer provino del mismo occiso atacado, prueba que se dice no apreciada en conjunto con la restante, pero sin explicar ni demostrar la incidencia de su contenido en las resultas del proceso. No prospera.

El cargo sexto, relacionado con el irregular reconocimiento del procesado Carrillo por la testigo Martínez porque ésta sólo lo realizó después de que un Agente le enseñara el certificado de salvoconducto del arma de aquél, estaría denunciando un error de derecho por falso juicio de legalidad de la prueba en su etapa de producción, lo que habría impedido su consideración, y era deber del actor así alegarlo y demostrarlo estableciendo en qué momento y demás circunstancias acaeció ese previo condicionamiento de la testificante. Aducirlo como error de hecho porque el Tribunal habría pasado por alto la irregularidad, lo torna ineficaz.

El séptimo cargo cuestiona la credibilidad otorgada por el sentenciador al coprocesado Díaz García (o Díaz Arrieta) en cuanto acusador de Carrillo y busca establecer, con todos los reproches antecedentes, un estado de duda favorable al poderdante del actor, pero sin fundamento argumental, lo que más bien lo convierte en complemento de aquéllos, pero reducido a la condición de comentario intranscendente, como que en él ningún esfuerzo del censor se advierte por demostrar los yerros evaluativos que hubieran ocasionado ese estado de favor a su cliente.

El cargo octavo también censura el juicio valorativo del fallador, esta vez, respecto del dicho del procesado Carrillo que afirmó estar viendo televisión a la hora de los hechos, pero no fue creído dado el cúmulo de pruebas que lo comprometían, lo que el recurrente estima error de apreciación porque un documento proveniente de Inravisión sobre los programas que exhibió el día de los hechos incluía entre ellos el noticiero que según su propio dicho lo vio el acusado, y eso declaró cuando fue interrogado sobre sus actividades, y tal documento no fue apreciado.

Estas dos últimas objeciones tocan un punto vedado en el recurso de casación, cual es el del grado de credibilidad otorgado por el juzgador a determinados medios probatorios, con apego a la normatividad rectora de la prueba, pues que cuando el juicio valorativo del material de prueba se surte libre de todo error contemplado como motivo de casación y dentro de la previsión de la sana crítica, el demandante no puede aspirar a que se desconozca por el fallador extraordinario este principio, y prefiriendo sus hipótesis, se dé a la tarea de modificar arbitrariamente la cosa juzgada. Admitirlo, sería entronizar el caos por la inseguridad jurídica a que se sometiera a los asociados y violar de la más flagrante manera el debido proceso.

No prosperan pues, ninguno de los cargos hasta aquí examinados.

Ahora bien; cuanto toca con el cargo primero de la demanda, con el que se busca la absolución por el delito de hurto en grado de tentativa, tanto por el actor como por la Procuraduría Delegada, si bien ésta no lo prohíja por considerarlo carente de técnica, prefiriendo en cambio, proponer la parcial casación por vía oficiosa con el mismo fin -como se ha dicho-, tampoco son exitosos los libelos. Tiénese:

El profesional demandante afirma que el Tribunal distorsionó el contenido del testimonio de Yadira Nelsy Martínez en el punto en que refirió que la intimidación a ella y a su amigo Jorge Eliécer Gómez con arma de fuego estuvo acompañada de la expresión "quieto ahí" por parte de los acusados, porque dedujo de tal manifestación verbal que el fin perseguido por éstos era el de someterlos a un atentado contra su patrimonio

económico, que no se perfeccionó por la inmediata reacción armada del ofendido, cuando, de la mencionada orden no podía extraerse la objetividad del ilícito imperfecto de que se habla, el que además, habría sido imposible de comisión dado el estado de indigencia en que se hallaba el ciudadano atacado, como que no portaba bienes que posibilitaran la finalidad que según el Tribunal buscaban los acusados.

El planteamiento, sin mayor esfuerzo se ve, lo que cuestiona es la evaluación del indicio vertido en el testimonio de doña Yadira, consistente en la orden de permanecer quietos que les impartieron los atacantes, hecho éste del cual el fallador, por inferencia lógica, de experiencia y de sana crítica probatoria, estableció la existencia del hecho punible, hurto en grado de tentativa. Para el actor, el proceso de inferencia del Tribunal constituyó distorsión del hecho conocido: la orden de permanecer quietos mientras se les apuntaba con un arma de fuego, porque esa orden no materializaba inicio de acto constitutivo de hurto, que tampoco habría podido cometerse por ser, en el caso concreto, un delito imposible.

Para el señor Procurador, en cambio, siendo esa orden indicativa de varios posibles y diferentes propósitos, v.gr., el hurto, la violación, el secuestro, no podía tomarse como indicio de que el fin que perseguían los acusados era específicamente el de hurtar y que resultó fallido por la reacción defensiva del ofendido. Si la orden no envolvía un propósito definido por su equivocidad y el Tribunal seleccionó el de hurto no obstante que la tentativa carece de autonomía ya que siempre se consolida en referencia con un determinado tipo penal descriptivo de un comportamiento este sí autónomo, era imposible la atribución en grado de imperfección, de cualquiera de estos comportamientos. No existiendo prueba objetiva del fin buscado por los atacantes al impartir su orden de permanecer quietos a los ofendidos, condenarlos por la tentativa de hurto viola el derecho a la presunción de inocencia garantizado por el artículo 29 de la Carta.

Pues bien: el cargo formulado en la demanda, aunque no especifica que la prueba objeto de ataque es la indirecta de indicio, técnicamente no admite objeción, porque el hecho indicador está contenido en el testimonio que se pregona tergiversado, y es de él del que se afirma la apreciación contra lógica, y además, el agregado de que el delito contra el patrimonio habría sido imposible por la indigencia de la víctima, si bien hubiera encontrado mejor lugar en cargo separado, tal como aparece incluido en la argumentación no pasa de ser un comentario marginal que no le resta a la censura su idoneidad puramente técnica. Por su lado, la solicitud de la Procuraduría con su enfoque parcialmente diverso del actor, de frente a las garantías fundamentales, tampoco merece rechazo técnico. La objeción para ambos peticionarios emerge del contenido probatorio del proceso. La Corte, entonces, entra a examinar el cargo:

a) El Comando de Policía Cesar informó en el reporte de captura de los dos sindicados, el 13 de mayo de 1991, que "Informes de inteligencia dan cuenta que estos sujetos se dedican a atracar a personas que transitan por ese lugar, también se dedican al hurto de motocicletas y bicicletas, y son de reconocida peligrosidad" (fl. 4 cd. ppl.1);

b) El Juzgado 3° Penal Municipal de Valledupar, a solicitud del instructor de este proceso, remitió copias auténticas de las actas de indagatoria y de audiencia pública cumplidas respectivamente en diciembre de 1989 y enero de 1990 en el proceso que por

un presunto delito de hurto de una motocicleta se adelantaba en ese Despacho contra Juan Bautista Díaz -el mismo que en la presente investigación fue capturado y acusó a Carrillo de ser el autor de los disparos mortales-; y es de anotarse cómo desde entonces ya la misma pareja figuró en idénticas posiciones a las de proceso actual en el atentado contra el patrimonio económico que entonces se investigaba; Díaz García -o Díaz Arrieta, que así se identificó entonces- acusando a Carrillo de dejarle a cuidar la motocicleta presuntamente hurtada y de amenazarlo de muerte como "culpable y sabedor de esa moto", y dejando en claro que lo conocía con el alias de "El Chonto", remoquete con el cual también en este proceso lo identificó (fls. 106-118, 9ª, 30);

c) En la versión que Juan Bautista Díaz rindió ante el Departamento de Policía Cesar el 13 de mayo de 1991 afirmó que Dagoberto Carrillo alias "El Chento" lo había convidado a hacerle "la segunda" por los lados del mercado de Valledupar y entonces, cuando en una cicla se movilizaban y avistaron a los escogidos como víctimas le ordenó apearse para luego disparar "de una vez contra la pareja" (fl. 9) y le advirtió; "cuidado va a decir algo porque te mato".

La misma versión fue sostenida frente al Juez 1º de Instrucción Criminal Permanente, al ratificar su dicho anterior, el mismo día (fls. 29-31);

d) Es en su indagatoria, el 16 de mayo -un día después de la que rindiera Carrillo y en la que éste declaró no conocerlo-, cuando ante el Juez 17 de Instrucción Criminal niega ahora, conocer a Carrillo, y se retracta de lo dicho ante la Policía y ante el primer Juez de Instrucción bajo juramento, luego de advertir que ambos están presos, aduciendo que fue presionado por la Policía del F2 y obligado a relatar mentiras comprometiendo al que tilda de desconocido, señor Carrillo, pero del que sin embargo, sabe le dicen "El Cirillo";

e) Desde el auto de resolución de la situación jurídica de los implicados, el Juez Instructor tuvo presente los documentos procedentes del proceso por el presunto hurto de una motocicleta, para destacar que los dos implicados sí se conocían con antelación (fls. 127 y 130), y que este conocimiento antiguo se evidenció en un proceso por hurto, y tales pruebas fueron sustento de la medida de aseguramiento en el global conjunto de las que se consideraron para atribuirles el homicidio y la tentativa de hurto;

f) Idéntica óptica asumió el Juez Instructor mencionado al calificar el mérito por ocurrido el hecho inferido -la tentativa de hurto- a partir del acervo probatorio examinado, en el que contó con lugar propio la documentación proveniente de otro proceso -cuyo archivo reportó el juez remitente pero sin explicar el motivo-, que fue el de hurto de una motocicleta (fls. 95, 232-236);

g) Por su parte, el Juez 4º Superior, al pronunciarse como fallador de primera instancia, dedica largos párrafos a desmontar la falacia de los dos procesados de no conocerse de tiempo atrás, y deduce, por Inferencia Indiciaria, los elementos estructurales de los dos delitos por los cuales profiere condenación.

El funcionario hace un detenido seguimiento de los dichos de los procesados Díaz y Carrillo en sus indagatorias, y luego de poner al descubierto la falacia de ambos, anota:

"Vista la consignación de los generales de ley en la indagatoria de Dagoberto Carrillo Guerra se observa que, éste reside en la carrera... y según la prueba testifical...

la dirección...' corresponde al barrio 'El Carmen' de esta ciudad, y en ese mismo barrio, según la versión que rindió ante la Policía residÉ Juan Bautista Díaz García (fl. 9), lo cual se concluye también de su diligencia de inquirir (66 f.) cuando dice: 'Residó en Valledupar en la residencia Villanueva...'. Demaciada (sic) casualidad y ésta una circunstancia que no puede pasar por alto este Despacho. Máxime si tenemos en cuenta, que este procesado para el año de 1990 fildó también a Dagoberto Carrillo Guerra, como cómplice en el hurto de una motocicleta..." (fls. 342-344).

Y más adelante, al concluir el examen de la prueba precisa:

"Estructurado el cuerpo de los delitos que nos ocupan y probado por la vía indiciaria la responsabilidad de los procesados, conforme al artículo 247 del C. de P.P., se consideran reunidos los requisitos para condenar...". (fls. 347-348).

b) Al desatar la apelación contra el fallo anterior, cuando se ocupaba de la situación del coprocesado Díaz García, el Tribunal Superior del Distrito consignó:

"Sin embargo, de autos está plenamente demostrado que él y su compinche, Carrillo Guerra no sólo se conocían de hacía mucho tiempo, sino que juntos habían sido procesados por un delito de hurto, como se verifica en la fotocopia autenticada de la diligencia de audiencia pública, visible a folio 108 del cuaderno original..." (fl.22 cd.Tr.)..., mientras que párrafos antes, hablando de la tipicidad del delito de hurto advirtió:

"La objetividad del delito de hurto tentado se encuentra demostrada en el proceso con las deposiciones rendidas por la acompañante de la víctima señorita Yadira Nelsy Martínez Rojas, quien en sus dos versiones, a las cuales se referirá este fallo más adelante, manifiesta la forma cómo los procesados los interceptaron, ordenándoles que permanecieran quietos. Ya esta actitud de suyo era un principio de ejecución del hurto, el cual no cristalizó porque para sorpresa de los facinerosos Jorge Eliécer Gómez también portaba un arma de fuego y con ella trató de repeler la súbita irrupción de los procesados en su camino, con el evidente ánimo de despojarlos de sus pertenencias o de las sumas de dinero que ellos suponían que llevaban consigo. Pues si el objetivo inicial hubiese sido el de ultimar a la pareja a Gómez Gómez, desde un principio lo habría hecho sin intimarles que permanecieran quietos, como en efecto lo hizo Carrillo Guerra" (fl. 16 cd. Tr.).

En torno al punto de la finalidad perseguida por los acusados -Carrillo al proponer a Díaz García que le hiciera "la segunda por los lados del mercado", y éste al aceptar, montándose en la bicicleta de aquél y previa la consideración de los demás medios de prueba con los que se estableció la responsabilidad de ambos en los dos hechos criminosos, el Tribunal precisó:

"Del contexto de la investigación se infiere que los dos procesados acordaron efectuar un atraco, a persona determinada por el sector del mercado nuevo, el que se sabe a avanzadas o a tempranas horas de la noche es solidario y peligroso, ya que nadie transita por ahí a esas horas. Para la Sala resulta claro que los acusados urdieron rápidamente su plan criminal, es decir el de asaltar a una persona para despojarla de sus pertenencias, para lo cual iban provistos de un arma de fuego". (fl. 24 cd. Tr.).

A manera de aclaración y para reforzar su criterio en cuanto al delito de hurto, la Sala añadió alguna consideración, de la que se aferra el Ministerio Público para pregonar su tesis absolutoria:

"Cabría agregar a lo anterior que en relación con el delito de hurto tentado, si bien es cierto que en el proceso no está objetivamente demostrado el principio de ejecución que reclama tal dispositivo amplificador del tipo, también lo es que ese principio de ejecución adquirió entidad delictiva en el momento en que el acusado Carrillo Guerra le espetó a la pareja: quieto ahí, lo cual estaba indicando que ella debía quedarse inmóvil y a merced de los procesados, para que ellos los despojasen de sus pertenencias y del posible dinero que llevasen consigo. He ahí un principio de ejecución del hurto." (fl. 25 cd.Tr.).

El anterior detenido seguimiento de la prueba; de la conducta asumida por los dos acusados proclamándose recíprocamente desconocidos cuando desde finales de 1989, según las copias de algunas diligencias surtidas en otro proceso venían unidos por vínculos de amistad y de actividades al margen de la ley y en contra del patrimonio ajeno; del proceso de inferencia realizado por los juzgadores en las providencias esenciales de la actuación, apegado a la sana crítica en cuanto consultó la lógica y las reglas de experiencia al abordar el estudio de los elementos de juicio, descubre con nitidez indiscutible que la imputación de la tentativa de hurto sí tuvo fundamento probatorio, no en la llamada prueba directa, sino en la de indicio, del cual el hecho indicado no sólo estuvo conformado por la orden de quedarse quieto en el lugar- en que estaba el ciudadano muerto en los hechos que refirió la testigo Yadira Nelsy Martínez -no Nancy Martínez como dice la Procuraduría-. Tan cierto es ésto, que la deducción indiciaria de responsabilidad plasmada por el juez de la primera instancia no fue enmendada por el Tribunal, sino por el contrario, fortalecida en el elemento, de propósito: "Del contexto de la investigación se infiere que los dos procesados acordaron efectuar un atraco a persona indeterminada...", acotó el *ad quem*. El hecho, indicador estuvo integrado pues, por la antedicha orden y además, por las contradicciones entre los dos implicados sobre su antigua amistad, las retractaciones del procesado Díaz García, las actividades de la misma índole en que ambos se vieron involucrados en proceso donde fueron ubicados según el decir del mismo Díaz García vertido entonces, en similares posiciones de coautoría y, el método de operación que sometido a la observación necesaria, sin dificultad refleja, por regla de experiencia, que la finalidad esencial era atentar mediante hurto contra el presunto patrimonio del occiso y su acompañante.

No fue, ciertamente, afortunada la aclaración adicional del Tribunal de Valledupar al señalar el elemento material del delito imperfecto de hurto, y más bien sí generadora de perplejidad en el fallo sin la atención necesaria, o tomándolo en textos parciales, que le restarían sindéresis; sin embargo, el contenido integral otorga suficiente claridad al criterio del sentenciador, porque consulta la objetividad probatoria y su apreciación al tenor de la normatividad reguladora de la prueba, de donde resulta obligado afirmar, por una parte, que no existió el falso juicio de identidad de que habla el defensor recurrente; y por la otra, que no hubo transgresión de la presunción de inocencia que al amparo del artículo 29 de la Carta sirve al Procurador Delegado para reclamar la oficiosa casación.

Así la situación, los cargos del demandante y del Ministerio Público se declaran imprósperos.

Otras determinaciones:

Por hallarse legalmente acreditada la muerte del coprocesado Díaz García, quien también fuera recurrente del fallo de segunda instancia pero respecto del cual ningún pronunciamiento hizo el Tribunal, por estar ahora debidamente acreditado su deceso -con acta de levantamiento del cadáver, registro de defunción e informes del establecimiento carcelario- se decreta la extinción de la acción penal y consecuentemente la cesación de procedimiento respecto del procesado mencionado.

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

RESUELVE:

1. *No casar* la sentencia recurrida. En firme, Devuélvase el proceso a la oficina de origen.

2. Decretase la extinción de la acción penal por muerte y en consecuencia, la cesación de procedimiento aquí seguido contra Juan Bautista Díaz García (o Díaz Arrieta).

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE REVISION/HECHO NUEVO

1. El hecho nuevo (revocado por prueba nueva) es aquel no conocido al tiempo de los debates probatorios, por no obrar en el proceso, y con la capacidad suficiente de declarar la inocencia del procesado o por lo menos de tornar muy dudosa su responsabilidad delictual.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8179.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 68.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de agosto de 1993.

Resolverá la Sala sobre la práctica de las pruebas solicitadas en esta acción de revisión promovida respecto del proceso seguido contra Julián Pasquel Quiñones y Fulgencio Góngora Klinger, por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. El Juzgado Superior de Tumaco (Nariño), condenó a los citados Pasquel Quiñones y Góngora Klinger a 16 años de prisión, por el delito de homicidio cometido en Alejandro Quiñones Portes. El delito se consideró agravado por haber mediado el pago de dinero para su comisión. Apelada esa sentencia por el defensor de Pasquel Quiñones, el Tribunal de Pasto la confirmó por medio de la suya de 16 de septiembre de 1991 (fls. 357 y ss.).

Según esos fallos, Julián Pasquel Quiñones contrató a Góngora Klinger y a otra persona para que mataran a Quiñones Portes, lo cual se cumplió el 26 de abril de 1987 en el paraje "El Recreo", comprensión territorial de Tangaral de Mira, jurisdicción de Tumaco. Varios disparos quitaron la vida al susodicho Quiñones Portes.

2. Ejecutoriado el referido fallo, se presentó demanda de revisión con fundamento en el numeral 3º del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por existir hecho o prueba nuevos que demuestran la inocencia de Pasquel Quiñones, a cuyo nombre se formuló la acción.

A la demanda se adjuntaron cuatro declaraciones extra proceso, recibidas por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pasto, las cuales se contraen a lo siguiente:

- Margarita Cuero Rodríguez, quien no había rendido testimonio en el proceso, señala que nada tiene que decir (fl. 45).

- María Anita Estacio Valverde, quien dijo haber declarado ya en el proceso, sostiene que el día de los hechos Pasquel Quiñones la invitó "a beber una copa y a comer" a su casa, cosa que efectivamente hizo (fl. 46).

- Adolfo Enrique Zambrano Cortés, taxista que transportó los sicarios al sitio del crimen y que obviamente rindió testimonio en el proceso, dice que fue "presionado" por los familiares de la víctima y por los agentes de la autoridad, a quienes "les tocó" decirles quiénes eran las personas autoras del hecho, "...por eso cuando me los mostraron dije que ellos eran, la ley también me presionó", agregó el testigo (fl. 48).

- Segundo Pedro Mosquera Angulo, quien dice haber abordado el taxi de Zambrano Cortés con el fin de llevar un alambre, afirma que éste le dijo que Tito Joel Quiñones Portes (hermano de la víctima) lo estaba presionando y le ofreció dinero para que "diera una declaración falsa en contra del señor Julián Pasquel" (fl.50).

2. El abogado accionante sustituyó el poder y el nuevo apoderado solicitó la recepción de varios testimonios (fl. 86), sin precisar lo que se pretende probar con los mismos.

Abierto el asunto a pruebas, el apoderado reiteró la dicha solicitud (fl. 93).

Se considera:

Salta a la vista que con las declaraciones de Zambrano Cortés y Mosquera Angulo (las otras dos nada trascendente prueban, pues Margarita Cuero nada nuevo dijo y respecto de la rendida por Estacio Valverde baste recordar que Pasquel Quiñones fue condenado como determinador), solamente se aspira a atacar -y eso en muy poca medida- la credibilidad que el sentenciador dio a los testigos estimados como cardinales, a saber, el taxista Zambrano Cortés y el hermano de la víctima Tito Joel Quiñones Montaño. Así resulta ostensible que al invocar "presiones" de familiares y agentes de la Policía Judicial, el accionante lo que se propone es reabrir el debate probatorio, cosa del todo inadmisible tratándose de decisión con fuerza de cosa juzgada, como es la sentencia con la cual se puso fin al proceso.

Olvida así mismo el accionante que para la sentencia referida también se tuvieron en cuenta el informe y los testimonios de los agentes de la Policía Judicial, en los que dicen que el otro procesado, Góngora Klinger, manifestó que Julián Pasquel Quiñones le pagó para que matara a Alejandro Quiñones Portes.

Ahora bien: en su petición de pruebas el apoderado sustituto no dice concretamente qué pretende demostrar con las declaraciones que solicita, razón por la cual la práctica de estas pruebas se negará, ante la imposibilidad para la Corte de establecer su conducencia (artículo 237 C. de P. P.).

No sobra señalar que el hecho nuevo (revelado por prueba nueva) es aquél no conocido al tiempo de los debates probatorios, por no obrar en el proceso, y con la

capacidad suficiente de declarar la inocencia del procesado o por lo menos de tornar muy dudosa su responsabilidad delictual lo cual, a una primera y suficiente mirada, no acontece en el presente caso.

Por esas razones las pruebas pedidas se negará.

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

RESUELVE:

Negar la Práctica de las pruebas solicitadas por el apoderado del sentenciado Julián Pasquel Quiñones.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

PRUEBA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

No se olvide que las pruebas que se señalen como no practicadas, si se pretende en casación buscar la nulidad en orden a su práctica, es imprescidible que contenga la virtualidad seria y razonable de modificar o eliminar la responsabilidad del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7916.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 59.

Santafé de Bogotá, D. C., 5 de agosto de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 10 de junio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a la procesada Carmen Elisa Vallinas de Vera a la pena principal de 16 meses de prisión, por el delito de estafa.

Antecedentes

1. Los hechos objeto del proceso, los resume así el fallo impugnado:

"Historia el proceso que a mediados de 1989 la señora Carmen Elisa Vallinas de Vera, valiéndose de una serie de subterfugios, le ofreció a Isabel Cecilia Moreno Blanco la colaboración necesaria para que ésta pudiera conseguir la adjudicación de un apartamento en la urbanización Villa Alsacia de esta capital, para lo cual se contaría con la decidida influencia de su progenitora. Fue así como Carmen Elisa convenció a su amiga Isabel Cecilia para que vendiese el departamento que poseía en el barrio Kennedy, acto que se cumplió con el señor Querubín Arias, ante la decidida participación de Fernando Vera, cónyuge de la aquí indicada, y que se concretó por un precio de $2.500.000.00, suma que el Banco de la República (donde trabajaba el comprador) cubrió oportunamente a la vendedora, quien a su vez fue desposeída de ella por parte de la incriminada Vallinas de Vera, quien so pretexto de que el dinero recibido iba a ser invertido en la adquisición del nuevo inmueble, logró que la afectada se la entregase. Obviamente no hubo apartamento nuevo, tampoco el reintegro de la suma hábilmente sonsacada" (fls. 43 y 44-2).

2. Por esos hechos, formulada la denuncia por Isabel Cecilia Moreno Blanco el 4 de diciembre de 1989, el Juzgado 19 de Instrucción Criminal abrió investigación, escuchó en indagatoria a la sindicada (quien sostuvo que la denunciante le adeudaba $800.000.00 y que la diferencia ella se la entregó -fls. 12 y 197-1), oyó en declaración a varias personas, allegó determinada prueba documental, cerró investigación y la calificó por medio de auto de 29 de abril de 1991 (fls. 275 y ss.), con resolución acusatoria por el delito de estafa (artículo 356 C.P.). Dictó igualmente medida de aseguramiento de caución para la sindicada y compulsó a su respecto varias copias, para investigar separadamente las posibles estafas cometidas por la acusada en relación con Isabel Teresa Blanco de Niño, Martha Patricia Gómez Peña y Edith Gómez Peña, según testimonios que éstas dieron en la investigación.

El defensor pidió reposición de ese auto y subsidiariamente apelación, y también la nulidad por no haberse investigado todos esos hechos en un mismo proceso.

El Juzgado no repuso y concedió la apelación, y el Tribunal, previo concepto positivo del Fiscal Tercero, confirmó el proveído (fls. 29 y ss.-2).

3. El proceso en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia pública el 30 de enero de 1992 (fls. 346 y ss.), y se dictó sentencia el 6 de abril (fls. 359 y ss.), por medio de la cual, en consonancia con la acusación, se condenó a Valliras de Vera, a la pena principal de 16 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios, concediendo la condena de ejecución condicional. Apelada esa sentencia por el defensor de la acusada, el Tribunal, por medio de la suya que recurrió en casación aquél, la confirmó enteramente (fls. 43 y ss.-2)

La Demanda

Cargo primero:

Con base en el numeral 3º del artículo 220 del nuevo Código de Procedimiento Penal, invoca, en primer término, la causal de nulidad, la cual fundamenta en dos situaciones:

a) El, como defensor de la procesada, solicitó se pidieran los antecedentes penales de Rafael Fajardo, esposo de la testigo María Victoria Moreno Blanco, lo cual le fue negado.

Dice que esa prueba "era indispensable para la defensa" de la procesada, quien en su injurada dejó ver que la pareja de esposos en mención, "vivían al parecer de tramoyas, como la montada contra ella" (fl. 63 del cuaderno del tribunal). Agregó que con la práctica de esa prueba "se tendría por lo menos un indicio en favor del dicho de la sindicada y en contra de la acusación, si los antecedentes que se encontraran se refirieran a delitos contra el patrimonio económico, que evaluados en conjunto con otros elementos probatorios podrían todos llevar a la demostración de su inocencia, o al establecimiento de la duda para la aplicación del *in dubio pro reo*" (fl. 64).

b) Se negó el reconocimiento de la procesada, en fila de personas, prueba en que hubieran participado los testigos Edith Gómez, Gloria Gómez, José Cristancho y Jorge Giraldo. Catalogó de "fundamental" ese reconocimiento en orden a la defensa de la

acusada y recuerda que el Juzgado 19 dijo que posteriormente fijaría fecha para la práctica del mismo.

Argumenta que si ese reconocimiento hubiere resultado negativo (es decir los testigos no reconocieran a la acusada como a la persona a quien se refieren en sus declaraciones), "habría implicado la demostración de las afirmaciones de Carmen Elisa Vallinas de ser víctima de la familia Moreno Blanco" (fl. 65).

Retomando una alegación de instancia (la de apelación contra el fallo), dice que es muy posible que María Victoria Moreno Blanco se haya "inventado" el nombre de la procesada como la persona que la estafó.

Dice el casacionista que a causa de la alta caución impuesta a la procesada "no pudo defenderse durante la etapa del juicio" (fl. 66) y en seguida reproduce parte de la apelación contra la resolución acusatoria, concretamente en la parte que disiente de la cuantía de la caución fijada a la acusada (fls. 66 y 67). Dice: "Solicito que la nulidad alcance la resolución de acusación, porque en la misma se impone la injusta e ilegal caución de ocho (8) salarios mínimos mensuales a una persona que tiene probado que no puede prestarla" (fl. 67).

Cargo segundo (subsidiario del primero):

Por la vía del error de hecho, dice que se apreciaron mal unos testimonios, dándose por tanto establecido que la entrega del dinero se logró mediante ardides o engaño. Así, sostiene que se dejó de aplicar el artículo 358 que tipifica el delito de abuso de confianza, y se aplicó indebidamente el artículo descriptor de la estafa.

Afirma que el sentenciador distorsionó las declaraciones de la denunciante Isabel Cecilia Moreno Blanco y de los testigos Victoria Moreno Blanco, Isabel Teresa Moreno Blanco, Carmen Cecilia Blanco viuda de Moreno, y Martha Patricia Gómez.

Dice el actor que no se observó la "sana crítica" para evaluar esos testimonios, rendidos por personas en relación con las cuales", tales artificios o engaños no pudieron tener ocurrencia" (fl. 68).

Hace énfasis el casacionista en el hecho de que la procesada y la quejosa eran muy amigas y de que así la segunda no podía engañar a la primera. "Por lo anterior -dice-, solicitó de esa Honorable corporación, casar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo y, en consecuencia, condenar a Carmen Elisa Vallinas por el punible de abuso de confianza en lugar del de (sic) estafa" (fl. 70).

La Delegada:

Cago primero:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice, en cuanto a la nulidad por no haberse solicitado los antecedentes penales de Rafael Fajardo, que tal petición fue razonadamente negada por el Juzgado y luego también por el Tribunal. "Carece entonces de fundamento la nulidad por vulneración al derecho de defensa que alega el casacionista, por cuanto la prueba en mención fue negada en debida forma, decisión contra la cual el defensor interpuso los recursos legales hasta encontrar confirmación por superior", dice la Delegada (fl. 8 cuaderno de la Corte).

En cuanto a la diligencia de reconocimiento en fila de personas, argumenta que la misma no se señaló porque en ese entonces las personas a participar en la diligencia no habían declarado; pero que además esa prueba "no era determinante en la decisión que debía tomar el fallador, ya que, como lo anota el sentenciador, conforme a las demás probanzas que obran en el proceso, fue identificada plenamente la acusada Carmen Elisa Vallinas de Vera como la autora del reato por el cual fue condenada.

Además hay que anotar que el impugnante traslada al campo de la suposición el resultado negativo que hubiere podido arrojar la diligencia, al no haber sido reconocida la procesada, lo que según parece conllevaría a demeritar la acusación, aspecto éste que no es de recibo en materia de casación" (fl. cit.).

Opina, pues, que este cargo de nulidad no debe salir exitoso.

Cargo segundo:

En relación con este cargo de que no hubo inducción en error mediante engaños, de donde el delito cometido por la procesada es el de abuso de confianza, dice la Delegada (fls. 9 y 10):

"...esboza una errónea calificación jurídica de la infracción al manifestar que se trata del tipo penal de abuso de confianza y no de estafa, lo que es propio de la causal tercera de casación, esto es, haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad. Entonces resulta equivocada la vía de ataque escogida por el actor, por cuanto la jurisprudencia ha establecido que existe incongruencia entre el planteamiento del censor, la causal invocada y la solicitud que hace el libelista de que se condene por el delito menos grave, lo que implicaría una sentencia discordante con los cargos formulados en la resolución de acusación.

"Pero además, el error de hecho que plantea la demanda se circunscribe a la valoración de testimonios por parte del sentenciador, que se considera equivocada. Ya se ha repetido por la jurisprudencia que en el sistema de persuasión racional de la prueba, que rige la codificación procesal colombiana, no es viable romper el fallo por discrepancias de crítica probatoria, en tanto no se observe un grueso error objetivo o de legalidad respecto de la prueba. De manera que una diversa consideración racional de la prueba, en su conjunto, no puede asentar una sentencia de casación".

De ahí entonces que demande la no casación del fallo.

Se considera:

Cargo Primero.

Atañe este cargo a una petición de nulidad por no haberse practicado unas pruebas.

1. La primera de esas pruebas concierne a la petición de antecedentes penales de Rafael Fajardo, marido de la testigo María Victoria Moreno Blanco.

La negativa de esos antecedentes la fundamentó el Juzgado 19 de Instrucción en que "el señor Rafael Fajardo no aparece en el proceso citado como testigo de los hechos, por tanto no resulta en este expediente pertinente el examen de sus condiciones personales y sociales; resulta evidentemente inconducente la prueba que no conduzca a establecer

la verdad sobre los hechos que sean materia de investigación, como ocurre en el caso que se estudia, así marginalmente la procesada mencione al señor Rafael Fajardo con antecedentes, no puede admitirse esta prueba, porque no tiene ninguna relación con los hechos que se están investigando" (fl. 220-1).

Por su parte, el Tribunal, al revisar esa decisión (fl. 6 2), la confirmó enteramente, señalando que la "responsabilidad es individual" y que Rafael Fajardo aparece como del todo ajeno a los hechos juzgados. "Téngase bien en cuenta -dice- que Rafael Fajardo no aparece citado dentro del proceso como persona que tenga conocimiento directo de los hechos que se están investigando, solamente la procesada Vallinas de Vera se ha encargado de mencionarlo, pero para indicar que es una persona con antecedentes penales, al igual, dice la procesada, que toda la familia Moreno Blanco, la familia de la denunciante, según ella por el hecho de no conocerles a qué actividades se dedican".

Así, pues, no se ve cómo el hecho de que Fajardo tuviera antecedentes (que tienen que estar reflejados en sentencia, como anota la Delegada), tenga que ver con la responsabilidad de la procesada en el concreto hecho por el cual fue juzgada, es decir por haber estafado a Isabel Cecilia Moreno Blanco. La Sala comparte en un todo los planteamientos expuestos por la instancia para negar esos antecedentes. Rafael Fajardo ni siquiera es testigo en el proceso, de suerte que resulta a todas luces inconducente contar en éste con sus antecedentes.

2. Es cierto que en el citado auto por medio del cual el Juzgado resolvió la práctica de unas pruebas solicitadas por el defensor de la acusada (fl. 266), se dijo que posteriormente se fijaría fecha para la diligencia de reconocimiento en fila de personas, prueba que en últimas no se llevó a cabo.

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito, en la sentencia de primer grado (que, como se sabe, hace parte de la impugnada en casación, salvo en lo que ésta no comparta), precisó que el aludido reconocimiento *no era necesario*, pues capitalmente se contaba con el dicho de la ofendida y quejosa. Dice que todas las personas declarantes coinciden en que se trata de la misma procesada, da su fisonomía, etc., "...para descartar *del todo* la posibilidad de que se trate de una persona diferente a quien se endilgan los cargos, vale decir que ante aquel conocimiento determinado y conteste, se considera por demás haber realizado las diligencias de reconocimiento en fila de personas que en alguna oportunidad fue solicitada por el representante legal de la imputada (sic) por ser ésta una persona suficientemente conocida por la ofendida y demás testimonios (sic) de cargo, y no en una forma reciente y sorpresiva para que fuera viable la prueba en mención" (fl. 367, se destacada).

El proceso no arroja, pues, ni el casacionista lo trata de demostrar, que exista *confusión* respecto de la procesada. Además, esas personas que el defensor (el mismo casacionista) pretendió que participaran en el reconocimiento, en el fondo se refirieron a *otros* hechos, y no al hecho concreto de que Isabel Cecilia Moreno Blanco fuera estafada. Por otra parte, el proceso todo es sumamente claro cuando clama que unos y otros testigos aluden a la *misma persona*, es decir a la procesada Carmen Elisa Vallinas de Vera. Si fuere de otro modo, de todas maneras el casacionista no lo estableció.

No se olvide que las pruebas que se señalen como no practicadas, si se pretende en casación buscar la nulidad en orden a su práctica, es imprescindible que contengan la

virtualidad sería y razonable de modificar o eliminar la responsabilidad del procesado. En otros términos, pueden indicarse muchas pruebas como no practicadas, pero si no se demuestra *su incidencia en el fallo*, un cargo hecho con fundamento en esa tesis, deviene inane. Eso último es lo que ha ocurrido en el presente caso.

No prospera el cargo.

No se debe pasar por alto que en este cargo (fl. 62), el casacionista señala que el sentenciador "desconoció la prueba existente en el proceso relacionada con la capacidad económica de Carmen Elisa Vallinas de Vera". Este ataque, aparte de ser también inocuo frente a la responsabilidad de la procesada por el delito de estafa, se sale del marco de la causal invocada y sustentada (nulidad), para adentrarse en la causal primera, cuerpo segundo, es decir violación indirecta de la ley por error de hecho (falso juicio de existencia).

Cargo segundo:

Como se dijo, el actor se limita a suministrar su propia y particular valoración de los hechos (cosa no permitida en casación, donde en la valoración de la prueba únicamente se debe estar a la sana crítica), para sostener que ante la ausencia de artificios que movieran al error de la víctima, como ésta de todos modos entregó el dinero a la procesada, quien no lo devolvió (recuérdese que es un cargo subsidiario y permitido), el delito que se cometió es el de abuso de confianza.

Como dijo la Delegada, ese cargo (que tampoco demostró) tiene su marco propio dentro de la causal de nulidad por mala calificación jurídica del proceso: es efectivamente una falta al debido proceso disponer de unos hechos y encajarlos erróneamente en la ley.

Si saliera avante un cargo como el propuesto, ya que se trata de violación indirecta de la ley, a la Corte le tocaría dictar el fallo de sustitución, condenando a la procesada por el delito de abuso de confianza (tal como lo pide el casacionista), con lo cual se estaría incurriendo a la vez en nulidad, por condenar por un delito diverso del que fue objeto de la resolución acusatoria. Esta divergencia no es permitida por la ley, y a su vez es causal de casación, la segunda.

Sin perjuicio de lo dicho, no sobra repetir lo que al punto se dijo en el auto que no repuso la resolución acusatoria:

"Y se mantendrá en firme por el punible que allí se tipificó, en la medida que -ha de repetirse- la procesada ejecutó una serie de actos encaminados a ayuntar la voluntad de su víctima de turno y obtener la entrega del dinero, del que dispone en detrimento ajeno y en su provecho propio, la misma posición que aduce la procesada Vallinas de Vera desnaturaliza por sí el pretendido punible de abuso de confianza, como que quiere hacer ver que la suma de dinero que fue depositada en su cuenta (o en la de su esposo) la devolvió, dejando para sí únicamente lo que, según ella, correspondía como pago de una inexistente deuda" (fls. 311-1).

No prospera el cargo.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada. Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CASO FORTUITO / CAUSAL DE JUSTIFICACION

La característica fundamental de las situaciones fortuitas es su imprevisibilidad dentro del marco de lo razonable, y de las leyes que regulan los actos cotidianos; al contrario de lo que sucede con las causales de justificación, en las cuales la actuación del agente es perfectamente consciente y el resultado es fruto de la previsión, precisamente porque la persona actúa convencida de que lo hace legítimamente por estar amparada por la ley que regula el ejercicio de un derecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8023.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*.

Aprobado Acto número 69.

Santafé de Bogotá D. C., 6 de agosto de 1993.

Vistos

Por sentencia del 18 de diciembre de 1991 emanada del Juzgado Sexto Superior de esta ciudad se condenó a Camilo Sastoque Avila como responsable del delito de homicidio cometido en la persona del menor Edwin Yesid Morales Otálora.

Por decisión del 31 de julio de 1992 se confirmó la condena anterior.

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

Presentada la demanda se declaró ajustada a las exigencias legales y se escuchó el criterio del Procurador Segundo Delegado quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes hechos:

El 1° de febrero de 1991, se produjo la muerte del menor Edwin Yesid Morales Otálora, quien fue herido con una escopeta, en predios de la finca La Pradera en la calle 168 con carrera 33 de esta ciudad, disparada por Camilo Sastoque Avila.

Actuación Procesal

Se abrió proceso penal por auto del 1º de febrero de 1991, día en que fue indagado Camilo Sastoque Avila, contra quien 4 días después se dictó auto de detención.

Por auto del 18 de marzo se aceptó la constitución de parte civil.

Con fecha 8 de julio de 1991 se dictó resolución de acusación contra el sindicado por el delito de homicidio culposo.

El 13 de noviembre de 1991 se realizó la diligencia de audiencia pública.

Se dictó sentencia de primera instancia el 18 de diciembre de 1991 y de segunda el 31 de julio de 1992.

Los argumentos de la demanda:

Al amparo de la causal primera se formulan cargos contra la sentencia por la presunta existencia de errores en la apreciación de la prueba, que conllevan a la violación de una norma de carácter sustancial.

Dice el actor que el Tribunal afirmó que el disparo había sido hecho voluntariamente y que la muerte se produjo como consecuencia de la imprevisión; pero en sentido contrario él asegura que el disparo fue un hecho involuntario como consecuencia de los defectos del arma; que el fallecimiento fue el resultado de una concausa y que no puede aceptarse que quien tiene un arma en su propiedad debe tener el mayor cuidado, dada la posibilidad de que existan personas extrañas dentro de la misma.

Considera igualmente que el procesado ignoraba la clase y calidad de los extraños que habían invadido la propiedad, máxime si con anterioridad había sido víctima de los ladrones.

Sostiene que no existe prueba de la voluntariedad del disparo al suelo, y que de haberse tenido ánimo de amedrantamiento se hubiese dirigido al aire.

Aduce que el peritaje sobre el arma indica que ésta era hechiza y por tanto sus condiciones de seguridad no eran completas.

En opinión del recurrente el hecho ocurrió como consecuencia del caso fortuito y la sentencia "viola el artículo 29 del C. P., numeral 3º, puesto que la actividad de Sastoque Avila era el cumplimiento del legítimo ejercicio de un derecho y de una actividad ilícita en desarrollo de una obligación de proteger un predio confiado a su cuidado como su administrador y el cual había sido objeto de hurtos frecuentes con anterioridad a los hechos".

Insiste en la concurrencia de la coetánea para demandar el reconocimiento del caso fortuito, al afirmar "la existencia de un tercero en la imprevisible trayectoria de los perdigones del arma que esparcidos al azar tocan la humanidad de un tercero violador de la propiedad y aun así la posibilidad remota de un disparo voluntario al suelo, no implicaría imprevisión, ya que el sujeto, no sabía, ni podía saber las consecuencias de esa acción, realizada dentro de una propiedad al amparo de la presencia de extraños a la misma y uno de los cuales se encontró en forma fortuita dentro de la trayectoria de los perdigones expandidos por el disparo".

En la parte final del libelo y bajo el título de "indemnizaciones" critica la afirmación del Tribunal en relación con este punto cuando afirma: "si bien es cierto que el adolescente no tenía ingreso dada sus calidad de estudiante también lo es que hacia el futuro los percibiría...".

Considera que aquella Corporación desconoce los preceptos del artículo 107 del C. P., donde se dispone que la tasación de los perjuicios debe hacerse teniendo en cuenta la ocupación habitual del ofendido y otros factores similares.

Termina solicitando lo siguiente: "Las razones que dejo expuestas, me permiten esperar una claridad sobre el alcance de las normas sobre la responsabilidad de quienes, con autorización de la ley, portan armas para defender la propiedad privada y el alcance de esta autorización en la imprevisión de su uso o el caso fortuito, por una parte y un concepto claro sobre la interpretación de la norma que consagra las indemnizaciones como efecto de una proyección hacia el futuro, de quien no tiene el goce de renta o emolumento en el momento de su deceso.

Las Consideraciones del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

El Ministerio Público inicia su concepto con una serie de críticas a la falta de técnica exhibida en el libelo, en cuanto se limita a sostener que se trata de una sentencia violatoria de una norma sustancial por errónea apreciación de los medios de convicción, pero sin determinar la nomenclatura legal correspondiente, la causal invocada y la modalidad y sentido de la violación sustancial.

Para el Delegado el desacierto es mayor en cuanto no atina el libelista a formular la proposición jurídica completa, porque alude primero a la violación del artículo 40.1 del C. P., por el no reconocimiento del caso fortuito y simultáneamente del artículo 29.3, por considerar que el procesado actuó en ejercicio legítimo de un derecho.

El Colaborador de la Sala califica las argumentaciones de la censura como apreciaciones personales que culminan con "una inusitada tesis contradictoria e injurídica". Es así como se limita a sostener que el procesado no disparó contra el grupo de adolescentes y que la prueba técnica hace viable la posibilidad de que los perdigones hubieran hecho blanco en el menor de rebote, luego de haber golpeado en el suelo.

Tales afirmaciones, conceptúa la Delegada, no tienen demostración en la demanda "reflejando llanamente una particular estimación que frente a tales pruebas hiciera el sentenciador, con el exclusivo propósito de que primen sus conclusiones respecto de las de aquél, viéndose imposibilitado el recurrente en establecer el yerro *in procedendo* que debería existir en el análisis de los diversos medios persuasivos tomados en cuenta, resultando por lo mismo incierta su connotación de manifiesto y ostensible, más aún cuando, como bien se sabe el fallo atacado entra en esta sede amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, sin que una simple disparidad de criterios pueda infirmar los razonamientos que en punto de la estimación probatoria han sido tenida en cuenta en las instancias".

Considera jurídicamente incoherente la propuesta de alegar simultáneamente una causal de inculpabilidad (caso fortuito) y una de exclusión de antijuridicidad (ejercicio legítimo de un derecho), por lo que critica la doble e incompatible postulación,

concluyendo que "en el proceso se estableció clara y contundentemente que el imputado al momento de dirigirse hacia el lugar en donde se encontraban los menores, portando la escopeta, sabía perfectamente de su presencia, como también, que para el instante en que se decidió a hacer el disparo, lo hizo en dirección a ellos, aun cuando, como también fue deducido en la sentencia, no era su propósito acabar con la vida de los infantes, lo que no obstante niega excusar el que no previera la posibilidad de que tal disparo trajera como consecuencia el lesionamiento o muerte de alguno de aquéllos, comportamiento reprochable por haberse omitido el deber de cuidado que le era exigible a Sastoque Avila de acuerdo con sus condiciones personales y las específicas circunstancias en que actuó".

Por otra parte, solicita no se estudien de fondo las críticas relacionadas con la indemnización de perjuicios, puesto que el actor no especificó ningún cargo en concreto contra el fallo y desde luego, omitió cualquier demostración del mismo, puesto que si se trataba de una aplicación indebida de la norma el cargo ha debido formularse por la violación directa de la ley y demostrar en qué consistió exactamente el error del juzgador.

Termina advirtiendo cómo la demanda carece de una petición final que "igual, imposibilitaría cualquier solución de la demanda, pues resulta incierto que fue lo que en últimas el casacionista persiguió con su escrito".

Las Consideraciones de la Sala

Son claros y perceptibles los errores técnicos de la demanda y es así como se limita a enunciar el cargo diciendo que se trata de una sentencia "violatoria de una norma de derecho sustancial que proviene de un error en la apreciación de los testimonios, las pruebas de balística, y el estudio de que los hechos se producen por la invasión de propiedad particular". En consecuencia, no determina cuál es la causal que se aduce, ni su ubicación legal dentro del código, y menos aún cuál es la modalidad y sentido de la misma.

El demandante circunscribe lo que debe entenderse como la demostración del cargo a una serie de apreciaciones personales sobre los hechos, pero sin hacer un señalamiento claro y preciso de cuáles son los medios de convicción equivocadamente apreciados por el sentenciador, ni cuál la trascendencia en el fallo impugnado.

Como resultado de esas personales consideraciones termina concluyendo con tesis perfectamente incompatibles, que: "La sentencia es claramente violatoria de lo establecido en el artículo 40 del C. P., inciso primero, pues la acción ocurrió por caso fortuito y viola el artículo 29 del C. P., numeral 3° puesto que la actividad de Sastoque Avila era el cumplimiento del ejercicio de un derecho y de una actividad lícita en desarrollo de una obligación de proteger un predio confiado a su cuidado".

Se trata de tesis perfectamente contradictorias porque bien se sabe que la característica fundamental de las situaciones fortuitas es su imprevisibilidad dentro del marco de lo razonable, y de las leyes que regulan los hechos cotidianos; al contrario de lo que sucede con las causales de justificación y concretamente de la argüida por el censor, en las cuales la actuación del agente es perfectamente consciente y el resultado es fruto de la previsión, precisamente porque la persona actúa convencida de que lo hace legítimamente por estar amparada por la ley que regula el ejercicio de un derecho.

En las condiciones precedentes es obvio que si el resultado fue imprevisible, mal puede alegar haber actuado en el ejercicio legítimo de un derecho, dentro del cual se descarta por su propia naturaleza la imprevisibilidad del resultado.

En la parte final agrega una argumentación completamente extraña a la causal propuesta inicialmente y que en sana técnica hubiera significado la postulación de un nuevo cargo, bajo el amparo de la posible violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 107 del C. P., en cuanto se condenó al pago de perjuicios por la muerte de un menor que no tenía ocupación laboral, puesto que era un estudiante.

Pero el censor ni siquiera formula el cargo al amparo de una causal y si no lo enuncia menos aún intenta su demostración y en tales condiciones tan precarias es absolutamente imposible para la Corporación entrar a estudiar de fondo tales apreciaciones, tal como lo solicita el Procurador Delegado.

El libelo termina finalmente tan antitécnicamente como se había iniciado porque en realidad no hace una petición como colofón de sus argumentaciones, a la Corporación, impidiendo a la Corte hacer cualquier pronunciamiento al respecto, puesto que con una censura tan ilógica y antitécnicamente presentada es imposible para la Sala determinar la real voluntad del censor, por lo que aquélla, tal como lo solicita atinadamente el Procurador Segundo Delegado en lo Penal debe ser rechazada.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Carrieca, Secretario.

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Cuando el fallo tenga fundamento en plurales medios de convicción, todos deben ser objetos de ataque.

Corte suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7991.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Santafé de Bogotá D. C., 6 de agosto de 1993.

Vistos

Por sentencia del 10 de febrero de 1992 el Juzgado Catorce Superior de Santafé de Bogotá absolvió a Carlos Alfonso Gaitán Bohórquez, sindicado del delito de homicidio culposo y ordenó el desembargo de bienes. Apelada la anterior decisión por la parte civil, se revocó en providencia del 15 de junio de 1992, para dictar sentencia condenatoria, imponiéndole al implicado pena de 28 meses de prisión.

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

Presentada la correspondiente demanda, se declaró ajustada a las exigencias legales y se escuchó el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal (E.) quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

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

Hechos

El 24 de julio de 1988, Carlos Alfonso Gaitán e Isidro Mayorga Herrera, conocidos de años atrás, almorzaron en el Club Los Arrayanes del cual era socio el primero de ellos; sitio del cual se retiraron en las horas de la tarde en avanzado estado de embriaguez, en un vehículo Pegeaut de propiedad de Gaitán quien lo conducía. Seis kilómetros más

adelante, cerca del cementerio Jardines del Recuerdo, al tomar una curva, el automóvil se salió de la carretera, y se volcó lo que ocasionó heridas de poca consideración en Gaitán Bohórquez, mientras que Mayorga Herrera quedó gravemente lesionado, falleciendo cuando lo conducían en busca de ayuda hospitalaria.

Actuación Procesal

Se abrió proceso penal el 8 de agosto de 1988; el primero de septiembre del mismo año se escuchó en declaración indagatoria a Carlos Alfonso Gaitán Bohórquez.

El 3 de octubre del mencionado año y el 4 de febrero de 1989, se admitieron las demandas de constitución de parte civil, presentadas por Ramiro Mayorga Herrera, Bertha Nidia García de Mayorga, hermano y esposa del fallecido, respectivamente.

El 4 de marzo de siguiente se aceptó la constitución de parte civil en representación de Bertha Marcela Mayorga de Castillo, en calidad de hija del occiso.

Con fecha 18 de septiembre de 1989 se dictó resolución de acusación contra el sindicado por el delito de homicidio culposo.

En proveído del 30 de marzo de 1990 se embargaron varios bienes del sindicado.

Los perjuicios fueron avaluados en $38.400.000 para la esposa y $28.800.000 para la hija.

La audiencia pública se realizó el 27 de enero de 1992.

Se dictó sentencia absolutoria de primera instancia el 10 de febrero del mismo año y condenatoria de segunda el 15 de junio siguiente.

Los Argumentos de la Demanda

Al amparo de la causal primera de casación se plantea un único cargo por la presunta existencia de una violación indirecta de la ley sustancial, por haberse incurrido en un error de hecho en la apreciación de algunas pruebas. A la vez se consideran indebidamente aplicados los artículos 23, 329 y 330.1 del C.P., en tanto que se dejó de aplicar el 248 del C. de P. P., de 1987.

El libelista alude a la sentencia del Tribunal, en cuanto critica la decisión del inferior por no haber reconocido el *in dubio pro reo* y no haber tenido en cuenta que la inspección judicial practicada al vehículo hace referencia a los destrozos ocasionados en la capota de éste, enfatizando en los daños del lado derecho; por lo que considera errónea la posición del Tribunal por cuanto hubo destrozos en toda la superficie de la capota, siendo mucho más profundos en el lado izquierdo hasta llegar a rozar el timón.

Por otra parte, reprocha que la Corporación omitiera apreciar el testimonio del agente Jorge Eliécer García G., quien dice que la capota quedó rozando contra el timón.

"La preterm isión de estas pruebas resulta relevante en cuanto que, a partir de su consideración, algunas de las deducciones del Tribunal y el mérito probatorio otorgado a otros medios como fundamento de la sentencia impugnada, adquirirían otro sentido".

"En efecto; las pruebas materia del falso juicio de existencia, demuestran que la contundencia del golpe recibido por la capota del carro accidentado en el sitio ocupado por el conductor fue más intensa que la de otros, como las del lado derecho, por ejemplo.

Tal intensidad se determina precisamente por lo relievado por esos medios, esto es, que la capota ahí quedó rozando con el timón. En este sentido, la conclusión del Tribunal ha debido ir más allá del puro establecimiento de que los destrozos no eran sólo del lado izquierdo porque también se daba cuenta de los del lado derecho y conforme a ello, examinar la incidencia en los resultados finales del accidente de las diferenciadas intensidades de esos mismos golpes, aspecto éste que pone de manifiesto las omisiones señaladas".

En tales circunstancias, para el recurrente no tienen asidero las conclusiones del Tribunal en cuanto afirma que quien conducía se aferró al timón hasta que el vehículo se detuvo en la zanja, pero que ello no pudo ser así si se tiene en cuenta la profunda abolladura de la capota del vehículo que rozó el timón.

Sostiene el impugnante que es inverosímil la declaración del testigo Eduardo Manrique G., mediante la cual se pretende demostrar que quien conducía el vehículo era Gaitán, ya que, según él, cuando se acercó a auxiliarlo, éste se encontraba ileso dentro del carro, y que la otra persona herida ya había sido evacuada; y pregunta el libelista ¿cómo es ello posible cuando la abolladura del techo llega a rozar la cabrilla?

El actor dice que si estas pruebas hubieran sido apreciadas "conducirían a respaldar la estimación de que quien manejaba el vehículo era el occiso por la ubicación y naturaleza de las lesiones craneana y esternal de que dan cuenta la necropsia y su ampliación. Entre esa herida y el golpe de la capota se establecería cierta relación de correspondencia."

"Es en estas condiciones que considera el suscrito que de no haberse incurrido en las omisiones destacadas, frente a lo inexplicable de cómo pudo sobrevivir Gaitán desde su posición de conductor en el vehículo a un golpe de las connotaciones del referido, ha debido mantenerse en su favor la absolución con que se falló el proceso de primera instancia".

Las Alegaciones del no Recurrente

Se refiere a las lesiones que sufrió el sindicado en la parte frontal izquierda y en el dorso de la mano del mismo lado que indican que él era el conductor, al haber caído el vehículo recargado a su costado izquierdo.

"Es que de haber sido el copiloto, sus lesiones serían bilaterales y no intensamente parcializadas del costado izquierdo. El mismo documento público-médico al decir en reiteración como el gran edema y la cianosis están presentes en la mano izquierda, corrobora este resultado de la presión fuerte de la mano del conductor contra el timón cuando él advirtió el volcamiento que, no espichamiento en bote izquierdo; se castigó aún más este lado del chofer-propietario del coche".

Las Argumentaciones del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Luego de analizar las interpretaciones que en su momento hicieron el sentenciador y el impugnante, concluye que se trata de apreciaciones probatorias completamente divergentes y que este tipo de reproches "no debe orientarse con fundamento en el error de hecho por falso juicio de existencia, pues el Tribunal en ningún momento dejó de

apreciar integralmente las pruebas aludidas, sino que llegó a unas conclusiones no compartidas por el censor, quien debía entonces orientar el ataque con base en el error de derecho por falso juicio de convicción, el cual, dicho sea de paso, tampoco tendría perspectivas de éxito puesto que los medios probatorios en derecho procesal penal están sometidos a la libre apreciación por parte del juez, quien los valora razonadamente sin someterse a tarifa probatoria alguna".

"Para reafirmar más el verdadero sentido del ataque, por último el casacionista critica nuevamente la valoración que hace el Tribunal frente al testimonio de Eduardo Manrique, anotando que este declarante no merece credibilidad porque sostiene que cuando ayudó a rescatar a Gaitán éste se encontraba ileso, lo cual a su juicio es imposible porque el techo del carro, reiteran, recibió un golpe muy intenso en la parte izquierda. Se ve entonces claramente que el censor insiste en desviar el sentido de la argumentación hacia un error de derecho que nunca menciona en el contexto de la demanda, y que resulta imposible admitir por las razones anteriormente mencionadas".

Concluye que no hubo valoración parcial de la inspección judicial, ni falta de apreciación del testimonio al que alude el casacionista, sino que éste considera que las apreciaciones del Tribunal son erradas frente a las conclusiones que él formula.

Solicita se rechace el cargo formulado.

Consideraciones de la Sala

Se ha querido demostrar, tanto en la instrucción como en las etapas posteriores del proceso que quien conducía el vehículo en el momento del accidente fatal era el doctor Mayorga, y así lo pregona el procesado en el momento de su indagatoria y el impugnante en el recurso extraordinario, con base en la existencia de un supuesto error de hecho por equivocada apreciación probatoria, al no haber sido estimada de manera completa la inspección judicial efectuada al vehículo accidentado y por haberse omitido la consideración del testimonio del Agente de Tránsito que afirmó que la capota del vehículo había quedado rozando el timón.

De lo anterior, el impugnante concluye que si la inspección se hubiera apreciado en su integridad y se hubiese tenido en cuenta el testimonio del Agente de Tránsito, se habría admitido la imposibilidad de que el procesado fuera el conductor del vehículo en el momento del accidente, porque de haber sido ello así, éste habría sido la víctima, precisamente por los grandes destrozos que sufrió la capota en el lado izquierdo del conductor, razón suficientemente explicativa de la muerte del doctor Mayorga.

En realidad no puede aceptarse la crítica que formula el impugnante en cuanto a que no fue apreciada en su integridad la diligencia de inspección judicial realizada, sobre el vehículo accidentado, porque sí se observa, la sentencia atacada hace un profundo análisis de tal medio de convicción en el que se acepta que si bien es cierto que los destrozos fueron más intensos en el lado izquierdo del conductor, también lo es que la misma diligencia habla de los desperfectos sufridos en el lado derecho del vehículo y para mayor claridad descriptiva de sus razonamientos pide que se observen las fotografías que del carro accidentado aparecen dentro del proceso.

De tal manera que no se trata de una interpretación parcial de un medio de convicción, ni de la omisión de una prueba testimonial, sino de una diversa forma de

interpretar los medios de convicción, porque además el Tribunal para llegar a la conclusión de autoría y responsabilidad que adopta, no lo hace sólo por la vía de la inspección judicial, sino a través de un análisis global de la prueba existente en el proceso, partiendo precisamente de los testimonios de los empleados del Club, que dicen haber visto cuando los protagonistas de este proceso salieron en avanzado estado de embriaguez, conduciendo el vehículo quien ahora ocupa la calidad de procesado, además del reconocimiento que en el mismo sentido hace el propio Gaitán Bohórquez.

Se reflexiona además sobre las costumbres que se conocían de las dos personas; de un lado la del procesado de no permitir que personas ajenas le manejaran su vehículo y de parte del occiso, su renuncia absoluta a manejar vehículos que no fueran de su propiedad.

Las pruebas anteriores se corroboran con el testimonio de Eduardo Manrique quien acudió a auxiliar a los accidentados en los momentos subsiguientes a la ocurrencia de los hechos, quien dijo: "...el otro ya estaba fuera del carro cuando yo llegué, luego sólo me tocó ayudar a sacar al que creo yo iba manejando, digo que creo que iba manejando porque me tocó ayudarlo a sacar de debajo del timón, pues estaba con los pies enredados en el timón ...". Y al preguntarle el instructor por qué creía que la persona a la que había ayudado a sacar era quien conducía respondió: "Primero por la posición en que quedó el carro, con el lado del chofer sumergido en la chamba, en el agua luego era más lógico sacar primero a la persona que iba de copiloto, que como ya expliqué cuando yo llegué ya lo habían sacado y segundo, porque repito, el señor que yo ayudé a sacar tenía los pies enredados debajo del timón".

Explica razonablemente el sentenciador que pese a haber sufrido mayores destrozos la parte izquierda del vehículo, finalmente el sentenciado resultó menos lesionado que quien yendo como pasajero perdió la vida como consecuencia de las heridas sufridas, por el hecho de haber ido conduciendo y consecuentemente despierto, situación que le posibilitó asirse al timón hasta que el vehículo se detuvo en la cuneta, y resalta las lesiones sufridas por el procesado cuando afirma: "y en verdad que es notorio que sus lesiones se concentran en su miembro superior izquierdo, la rodilla izquierda y en la región frontal izquierda como bien anuncia la publicitada historia clínica".

Se puede entonces concluir que ni hay pruebas parcialmente consideradas por el sentenciador, ni pruebas omitidas, sino que se trata de un análisis global de los medios de convicción que llevan a concluir al juzgador que el procesado es mendaz y que la concordancia de las pruebas mencionadas lo llevan a la convicción de que quien conducía el vehículo era el procesado y no el occiso como se ha tratado de demostrar.

En las condiciones anteriores nos encontramos en presencia de dos interpretaciones contradictorias, una presentada por el censor con la aspiración de que finalmente predomine sobre la que en su momento hiciera la segunda instancia; ataque que, como bien se sabe, no es susceptible de ser formulado y en el recurso extraordinario de casación porque no constituye error de interpretación adjudicables al fallador; se trata de interpretaciones divergentes, perfectamente posibles, debiendo primar la que en su momento hizo el sentenciador, porque ello fluye del principio de la apreciación racional de las pruebas.

Finalmente se debe advertir al censor, que por uniforme jurisprudencia de esta Corporación se ha sostenido que cuando el fallo tenga fundamento en plurales medios de convicción, todos deben ser objeto de ataque y como aquí se demuestra no solamente fueron objeto de consideración la inspección y el testimonio supuestamente omitido, sino también otros medios de convicción que no se incluyeron en la impugnación. En tales circunstancias el ataque debe ser rechazado tal como lo solicita la Delegada.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia. Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD / TESTIMONIO

1. Se han entendido las nulidades como las sanciones que sufren las actuaciones procesales, cuando no reúnen los requisitos esenciales que la ley exige para el juzgamiento. /No toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica una nulidad que afecte el debido proceso. Para que ella exista, es necesario que el vicio sea sustancial a la existencia del juicio penal en forma tal que la comisión del acto afecte la base del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. /2. Aun aceptando en gracia de discusión que los testimonios fueron extemporáneos, o recibidos por funcionarios incompetentes, esa irregularidad sólo afectaría la validez de dicha prueba, que no podría ser apreciada por el juzgador, pero en ningún caso podría acarrear la nulidad de todo el juicio, ya que en dichas declaraciones no fueron base o fundamento del trámite subsiguiente y el vicio no puede trascender al resto de la actuación procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7391.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 69.

Santafé de Bogotá, D. C., 6 de agosto de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto en oportunidad por el señor defensor del procesado y el señor Procurador Judicial, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha febrero 10 1992, mediante la cual se condenó a Gerardo de Jesús Celis Castaño a la pena principal de cuatro años de prisión y multa por la cantidad de $515.000.00 como autor responsable del delito de Tráfico de Estupefacientes de que trata la Ley 30 de 1986.

Declaradas ajustadas las demandas correspondientes y agotado el trámite propio del recurso, se procede a resolver lo que fuere pertinente.

Episodio procesal:

Los hechos que originaron la presente investigación se hallan compendiados en la sentencia recurrida así:

Como se albergaron serias sospechas de que en la residencia ubicada en la calle 25 Nº 74-26 de la nomenclatura urbana de esta ciudad se traficaba con drogas, provistos de orden de allanamiento, en la mañana del 6 de septiembre del año anterior, miembros del DAS se dirigieron a ese lugar, dieron captura a Gerardo de Jesús Celis Castaño y obtuvieron el decomiso de 778,20 gramos de cocaína base, una gramera y elementos propios para el embalaje de la droga" (fl. 92).

Las demandas de casación:

Sendas demandas fueron presentadas por el abogado defensor y el Representante del Ministerio Público, las dos al amparo de la causal tercera de casación del artículo 220 del C. de P.P., porque en concepto de los recurrentes se profirió sentencia condenatoria en un proceso viciado de nulidad.

Idéntica razón alegan los dos impugnantes para solicitar la infirmación del fallo. Arguyen que como el sindicado fue capturado en flagrancia, el procedimiento a seguir para su juzgamiento era el abreviado, señalado en el artículo 474 y ss. del C. de P.P., anterior Decreto 050 de 1987, modificado por el Decreto 1897 de 1989, procedimiento que efectivamente siguieron los juzgadores de instancia.

Alegan los demandantes, que de acuerdo al trámite del procedimiento abreviado, una vez ejecutoriado el auto que decreta la medida de aseguramiento, cesa la competencia del Juez de Instrucción y debe remitir el expediente al juez del conocimiento, solicitándole profiera auto de citación a audiencia, para que en ella se practiquen las pruebas que se estimen pertinentes.

Que en el caso *sub examine*, el Juez de Instrucción resolvió la situación jurídica del entonces sindicado, decretando la detención preventiva como medida de aseguramiento, dispuso remitir el expediente al Juez de conocimiento, solicitándole citar para la celebración de la audiencia y recibir en ella la ratificación juramentada de los agentes del DAS Carlos Alberto Aguirre y Servio Tulio Fula Arévalo, quienes habían participado en la diligencia de allanamiento durante la cual se halló la droga y se capturó al procesado, actuación que los impugnantes encuentran ajustada a derecho.

Pero agregan los demandantes que el Juez de Instrucción, mientras cobraba ejecutoria formal el auto que decretó medida de aseguramiento, practicó la prueba ordenada recibiendo la ratificación de los informes de los agentes del DAS, cuando según los actores, ya el Instructor había perdido la competencia para intervenir en el proceso.

Consideran los recurrentes, que con esta actuación para ellos a todas luces irregular, se quebrantaron las normas que regulan el debido proceso, viciando de nulidad toda la actuación judicial.

Agrega el abogado defensor en su demanda, que además con este proceder irregular, se lesionó el derecho de defensa, pues estas dos pruebas aducidas ilegalmente al proceso, incidieron de manera eficaz en la sentencia de condena.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte, desechar el recurso de casación interpuesto, con fundamento entre otras en las siguientes razones:

Es evidente -dice la Delegada- que las declaraciones de los agentes Aguirre y Fula se recepcionaron luego de proferido el auto que resolvió la situación jurídica de Celis Castaño, pero la pretendida nulidad no existe, porque dichas pruebas se efectuaron no después de ejecutoriada la decisión, sino durante el término de la ejecutoria, cuando el funcionario de instrucción conservaba aún la competencia para actuar.

Recuerda además, que la realización de pruebas por fuera del término legal, no ha sido en nuestro sistema argumento de anulación del proceso, sino apenas tema de discusión sobre si pueden o no ser apreciadas por el Juzgador en forma válida.

Afirma por otra parte, que la recepción por el Instructor de las aludidas declaraciones no influyó de manera alguna en forma determinante en el contenido de la sentencia condenatoria. Y agrega: "Pero como se dijo en el caso que se analiza, a pesar de haberse producido la irregularidad, ésta no fue trascendente en cuanto a que puede aseverarse sin temor a equívocos que ésta no alcanzó a afectar los derechos y garantías de las partes".

Finalmente, considera que con la recepción de dichas pruebas tampoco se afectó el derecho de defensa, pues estos elementos de convicción se allegaron al proceso, se conocieron por los sujetos procesales, y fueron objeto de debate y contradicción en la audiencia pública.

De ahí que concluya su meritorio concepto solicitando a la Corte no casar la sentencia y por ende, no declarar la nulidad solicitada por los impugnantes.

Consideraciones de la Corte:

Se han entendido las nulidades como las sanciones que sufren las actuaciones procesales, cuando no reúnen los requisitos esenciales que la ley exige para el juzgamiento.

Pero, como lo expresó la Corte en sentencia del 7 de julio de 1989, "...los errores, las incorrecciones, las medidas tendientes a adelantar un proceso que no revelen lesión de los derechos del procesado y que no pongan en peligro la estructura básica del proceso, son irregularidades que no tienen capacidad de trascender a la decisión final y por ello no constituyen nulidad de ninguna especie...".

Por ello, se repite una vez más, que no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica una nulidad que afecte el debido proceso. Para que ella exista, es necesario que el vicio sea sustancial a la existencia del juicio penal en forma tal que la comisión del acto afecte la base del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen.

Por eso, enseña el artículo 308 del C. de P.P., que quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

Ya de antaño, en providencia del 16 de febrero de 1978, pero que hoy mantiene toda su vigencia, dijo la Corte que "...el artículo 26 de la C. N., no prescribe el culto a lo simplemente formal, sino a los trámites y solemnidades sin cuyo cumplimiento son irrisorias las garantías de las partes en el proceso, como serían por ejemplo el juicio del sindicado sin oportunidad para probar en su favor o el haber sido juzgado por juez sin competencia o por un trámite impertinente o sin haberlo oído o vencido en juicio. El culto

a lo meramente formal, vale decir, del derecho formulario no es garantía procesal alguna, pero sí viciosa y vituperable conducta ...que demerita la administración de justicia...".

Sentadas estas premisas, forzoso es manifestar de antemano que la pretendida nulidad alegada en el caso de estudio, es a todas luces inexistente.

Como lo expresa el señor Procurador acogiendo argumentaciones del Tribunal en su sentencia, el Juez Instructor obrando dentro del proceso abreviado, conserva la competencia hasta tanto no quede formalmente ejecutoriado el auto que resuelve la situación jurídica del sindicado, hasta el punto de que podía resolver sobre los recursos interpuestos contra su decisión (artículo 476 del C. de P. P. anterior) o decretar las pruebas que podían solicitar las partes "hasta el día de la ejecutoria formal de esta providencia (artículo 477 *ibidem*). Por ello, tanto el Tribunal como la Delegada afirman con válidas razones, que el juez recibió la ratificación del informe de los Agentes de Policía Judicial Aguirre y Fula, cuando aún mantenía la competencia para hacerlo.

Pero aún aceptando en gracia de discusión que los testimonios fueron extemporáneos, o recibidos por funcionarios incompetentes, esa irregularidad sólo afectaría la validez de dicha prueba, que no podría ser apreciada por el juzgador, pero en ningún caso podría acarrear la nulidad de todo el juicio, ya que dichas declaraciones no fueron base o fundamento del trámite subsiguiente y el vicio no puede trascender al resto de la actuación procesal.

Por otra parte, estos dos testimonios no constituyeron la base o fundamento de la sentencia, hasta el punto que con ellos o sin ellos el juzgador hubiera arribado a idéntica decisión.

Basta recordar, para confirmar este aserto, que el procesado Gerardo de Jesús Celis fue capturado en flagrancia, hallándose la droga en su poder. De este hecho da fe el informe de los miembros de la Policía Judicial que practicaron el allanamiento y que aparece suscrito por los Agentes Alirio Rodríguez, Carlos Alberto Aguirre y Sergio Tulio Fula, quienes lo ratificaron bajo juramento ante el Jefe de Seguridad de la Seccional de Antioquia, diligencia que bien podía ser apreciada por el Juez conforme a las normas generales de la sana crítica.

Además, el Agente Alirio Rodríguez Parra ratificó el informe bajo juramento ante el Juez Instructor y el acusado Gerardo de Jesús Celis, admitió en su injurada, que su casa fue allanada, que la droga se halló en su domicilio aunque alega a su favor que la bolsa plástica que la contenía fue dejada por un intruso, un sujeto moro desconocido que abandonó la casa en momentos en que a ella penetraba la autoridad. La esposa del acusado señora Fanny del Socorro Valderrama da igualmente fe del hallazgo de la droga en la diligencia de allanamiento, que fue autorizada por juez competente.

Esta prueba de cargo, era suficiente para proferir sentencia de condena.

En estas circunstancias, puede afirmarse que con la supuesta irregularidad en la recepción de los dos testimonios en las condiciones anotadas, no se sorprendió a nadie, ni se lesionó la estructura del proceso, ni se menoscabó el derecho de defensa, lo cual hace improcedente la nulidad que proponen los recurrentes.

No prospera la censura.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en total acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, No casa la sentencia recurrida a favor del procesado Gerardo de Jesús Celis Castaño, de fecha, origen y naturaleza ampliamente conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Carnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION/FALSO JUICIO DE CONVICCION/SANA CRITICA/*REFORMATIO IN PEJUS*/CASACION OFICIOSA/ PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. El actual sistema probatorio no contempla una tarifa legal que de anticipo fije a cada medio un valor al cual quede supeditado el fallador, sino que a éste se otorga dentro de los parámetros de la sana crítica -a los cuales se ciñó-, el deber de examinar las pruebas con amplitud de criterio, para acogerlas o desecharlas fundadamente dentro de un análisis conjunto y de conformidad con las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia judicial. /2. El artículo 31 superior no puede constituirse en contraposición del también principio constitucional de legalidad de la pena que parejamente consagra el artículo 29 de la Carta Política, pues la primera disposición no se ha constituido como mecanismo que le dé una competencia especial al juez *a quo* para apartarse de la preceptiva legal modificando a su arbitrio las sanciones básicas e includibles consagradas en la ley, ni ese desajuste por más que favorezca irregularmente al procesado puede convertirse en su derecho a condición de que actúe como recurrente, pues una armonización de los textos superiores que no podrían interpretarse en pugna, indica que la prohibición de agravar la sanción hace referencia a la "pena legal" y no a una medición convencional o judicial que carecería de cabida dentro del ordenamiento vigente y propio de un Estado de Derecho. /3. Tratándose de un fallo mixto donde a la par se tomaban decisiones de absolución y de condena, la impugnación de lo desfavorable como exclusivamente se planteó no autorizaba a extender análisis y decisión hasta tocar el caso de las absueltas, porque la situación de cada incriminado cuando un proceso penal se sigue contra varios, obliga su análisis individual e independiente al punto de autorizar la propia ley la posibilidad de investigar y de fallar las conductas de los distintos partícipes de un mismo delito por cuerda separada, cuando bajo diversas circunstancias la unidad procesal se ha dificultado, o cuando pese a su conservación, bajo otra clase de situaciones se impone su ruptura".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7221.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta Nº 069.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de agosto de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados Giovanny Ciardelli Fadul y Gustavo Hernández Amaya en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual se imparte confirmación a la de condena que por el delito de estafa emitió en primera instancia el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad adicionándole a los acusados la pena principal de multa en suma de un mil pesos, y revocando la absolución en favor de María Salazar de Díaz y Ana María Guadalupe Helena Díaz Salazar, para condenarlas como cómplices del delito investigado a la pena de 8 meses de prisión, multa de quinientos pesos, las accesorias de ley y el pago solidario de la indemnización de los perjuicios causados.

Hechos y Actuación Procesal

1. Los sucesos fueron expuestos por el Tribunal en los términos que siguen:

"Mediante Escritura Pública Nº 5470 de junio 11 de 1985 de la Notaría 9ª de esta ciudad, se creó en forma supuesta, la sociedad 'Colombiana de Fabricación de Materiales para Calzado y Afines Ltda.', 'Colfamac Ltda.', con un capital de $40.000.000 de pesos, siendo socios Ana María Salazar de Díaz, Ana María Díaz Salazar, Gustavo Hernández Amaya y Giovanny Ciardelli, cada uno con un aporte de un mil cuotas, valoradas en $10.000.000; siendo Hernández Amaya el Gerente, Giovanny Ciardelli, Primer Gerente suplente y segundo Gerente suplente Jaime Díaz Giraldo.

La sociedad en cuestión no contó ni cuenta con ninguno de los aportes mencionados, no obstante se aprovecha la relación que había existido entre la entidad afectada Fatelares y otra entidad llamada Comac Ltda., dirigida por Jaime Díaz Giraldo, y se emite a favor de aquélla documentos de crédito para respaldar las deudas que tenía Comac Ltda., a tiempo que se formulan a la misma Fatelares, pedidos, que nunca fueron cancelados, puesto que, habilidosamente las remesas fueron firmadas a nombre de Comac Ltda., y Díaz Giraldo decía que él no las había recibido, mientras que Hernández Amaya y Ciardelli alegaban que Colfamac Ltda., ni ellos tampoco las habían recibido al punto que debieron iniciar procesos ejecutivos ante el Juzgado 3ª Civil del Circuito de esta ciudad por los pedidos que se hicieron a nombre de Colfamac Ltda., los cuales ascendieron a $6.630.993.00 y que nunca se cancelaron".

2. La apertura de la investigación estuvo a cargo del Juzgado 95 de Instrucción Criminal de Bogotá, despacho que ordenó la vinculación al proceso de los imputados mediante indagatoria; una vez perfeccionada y cerrada esta etapa mediante providencia de octubre 18 de 1990 su mérito se calificó con resolución de acusación en contra de Jaime Díaz Giraldo, Giovanny Ciardelli Fadul y Gustavo Hernández Amaya, como autores del punible de Estafa, Ana María Guadalupe, Helena Díaz Salazar y Ana María Salazar de Martínez de Díaz como cómplices del hecho, y en la misma providencia se dictó en contra de cada uno medida de aseguramiento de caución prendaria.

Inconformes con la anterior decisión, los abogados defensores la recurrieron en apelación, obteniendo confirmación por parte del Tribunal de Bogotá, pasando a conocer de la etapa del juicio el Juzgado 6º Penal del Circuito de la misma ciudad, causa que culminó con fallo de condena para los acusados de coautoría y absolución para las cómplices. Empero, sometida a revisión la sentencia por vía de alzada según recurso interpuesto por el defensor de Hernández Amaya y Ciardelli Fadul,introdujo el *ad quem* las modificaciones antes mencionadas mediante su decisión de diciembre 2 de 1991 impugnada ahora en casación.

La Demanda

Al amparo de la causal primera del artículo 226 numeral 1º inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, dos cargos le formula el recurrente a la Sentencia, con invocación de la violación indirecta de la ley sustancial.

Primer cargo:

El juzgador violó el artículo 356 del Código Penal "por manifiesto error de hecho al omitir dar a la versión del condenado Jaime Díaz Giraldo el valor de confesión calificada a la luz de lo dispuesto por el artículo 297 del Código de Procedimiento Penal", pues

"...Ciertamente el referido procesado reconoce en sus descargos que, no desarrollando nunca Colfamac Ltda., su objeto social, recibió en sus instalaciones pedidos hechos por él, que las facturas obrantes fueron firmadas por él o por dependientes suyos y que las materias primas así obtenidas se procesaron y comercializaron por su cuenta. Sin embargo, afirma que no realizó pagos al proveedor por cuanto el incumplimiento de los señores Hernández Amaya y Ciardelli Fadul le había generado acreencias apremiantes que debió cubrir con los ingresos provenientes de las anotadas ventas".

Y aun cuando lo antes citado le fue expuesto al juez instructor con las formalidades de ley, el Tribunal desconoció la versión de Díaz Giraldo cuyas afirmaciones permitían inferir su responsabilidad y el incumplimiento de las obligaciones por parte de sus representados para con la futura sociedad, ausentándose sin que Colfamac Ltda., desarrollara negociación alguna, el juzgador presumió que existía concertación previa por parte de todos los procesados para la comisión del delito de estafa, imponiéndose la Casación de la sentencia para que en su lugar sea proferido fallo absolutorio en favor de Hernández Amaya y Ciardelli Fadul.

En el *segundo cargo*, propuesto por la misma vía se hace consistir en que el sentenciador valoró erradamente la prueba documental contenida en la Escritura Pública Nº 5470 de junio 11 de 1985 de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, y los títulos valores emitidos solidariamente por sus representados y la sociedad Colfamac Ltda., al considerar que faltándole respaldo monetario efectivo relacionado con los aportes, la escritura venía a constituir una de las formas por las cuales se hizo incurrir en error al denunciante a fin de obtener el envío de los materiales no cancelados con posterioridad. Sobre el particular añade:

"Olvida dicha posición que no fue otra cosa que el giro de los títulos valores garantía, el motivo del reinició de los pedidos ya que fue exigencia de Fatelares la

expedición de las letras de cambio obrantes en el expediente para continuar con las relaciones comerciales. Por tanto es manifiestamente equivocado sostener el valor que le adjudicó el Tribunal a la mencionada escritura como elemento del supuesto engaño cometido.

Desvertebrado el argumento soporte del análisis probatorio debe reconocerse que la prueba documental -escritura pública- fundamento de la sentencia condenatoria no tiene el valor erradamente adjudicado por la sentencia recurrida.

...la ausencia de aporte efectivo mencionado en la sentencia no tuvo incidencia alguna en la decisión de la entidad perjudicada y tampoco constituye por sí sola "maniobra" alguna que permita avanzar en el camino de la tipificación de la supuesta estafa".

Así mismo afirma que fue errada la valoración que le dio el Tribunal a la prueba documental contenida en los títulos girados solidariamente por sus representados, asegurando que ante la carencia de bienes por parte de Colfarmac Ltda., y a que la acción civil sólo lograría una mínima efectividad hacia los bienes de Giovanny Ciardelli Fadul.

"...su presencia en el giro como personas naturales solidariamente responsables, su acatamiento a la acción civil al no exceptionar de manera alguna, así como al soportar las cargas de las cautelas permite inferir de manera clara y total que su actuación inicial no se encontraba revestida de la categoría de engañosa que exige la tipificación del delito de estafa endilgado. Si el análisis del Tribunal hubiese observado con detenimiento la prueba anotada la decisión no sería otra que la de absolver a los señores Hernández Amaya y Ciardelli Fadul por estar en presencia de una conducta atípica": solicitándole a la Corte que al casar la sentencia absuelva a los acusados Hernández Amaya y Ciardelli Fadul.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se refirió primero a las exigencias de la demanda de casación, considerando que si eran tan destacadas las fallas que acusaba el libelo aquí traído, debió inclusive determinarse su rechazo, pasando a precisar que no obstante la invocación la violación indirecta de la ley sustancial, el casacionista se limitó a afirmar la inexistencia de la apropiación indebida concluyendo en que sus defendidos no debieron ser sancionados, pues su actitud inicial no estuvo revestida de aquella voluntad de engaño que exigía el artículo 356 del Código Penal, proposición que se constituye en "garrafal" error, pues "...En los dos cargos presentados se acude a la vía de la infracción indirecta de la ley sustancial y si bien de los planteamientos se puede colegir que el demandante procura la demostración de supuestos errores de hecho manifiestos en el fallo, no existe posibilidad alguna de establecer si tales vicios son consecuencia de falsos juicios de identidad o de existencia, porque nada se dice en forma clara al respecto y las enunciaciones que podrían permitir un esclarecimiento de este aspecto, son insuficientes para ello.

Nótese, por ejemplo, que en el primero de los cargos el libelista alega la violación indirecta "por omisión en la valoración de la confesión", como queriendo significar que nos encontramos frente a un falso juicio de existencia, pero en el desarrollo de la censura

se duele de que el Tribunal "desconoció las características de la versión anotada ... como si de un falso juicio de legalidad se tratare, con lo cual adicionalmente desplaza su alegación al ámbito del error de derecho que no aparece siquiera mencionado en el escrito.

Más notoria es en este punto la segunda de las inconformidades presentada por el libelista, pues desde un comienzo aduce la infracción indirecta "por errónea valoración de la prueba documental", de la cual predica que "es manifiestamente equivocado sostener el valor que le adjudicó el Tribunal a la mencionada escritura como elemento del supuesto engaño cometido"; alegación que está cuestionando no aspectos referidos a la materialidad de la prueba que son los propios del error de hecho, sino al poder de convicción que el sentenciador ha reconocido en ella, punto éste que se encuentra proscrito del marco propio de la casación por virtud de las reglas de la sana crítica que gobiernan los asuntos relativos a la estimación probatoria."

Este primer cargo -continúa el Procurador- carece de argumento o demostración alguna que le permitan determinar a la Corte en qué medida la confesión del procesado Díaz Giraldo es suficiente para con respecto a los otros dos coacusados eliminar el juicio de responsabilidad; como tampoco demostró de qué manera esa manifestación le hacía perder su poder de convicción a los demás medios de prueba.

Con relación al segundo cargo, añade que "...tampoco procuró el memorialista determinar la importancia que las pruebas documentales por él atacadas tuvieron en la confección del fallo de segundo grado, ni menos aun presentó como debía, una nueva y opuesta visión de la situación probatoria que conduzca a la Corte a la aceptación de sus razonamientos y al proveimiento de una nueva decisión."

Ante la gravedad de las fallas enunciadas, solicita de la Corte la desestimación de la demanda, no sin antes observar que el Tribunal frente a una sentencia con apelante único la modificó para agravar la situación de los implicados, aun cuando imponiendo una pena como la de multa que también está prevista como sanción principal; por ello considera que la prohibición consagrada en el artículo 31 de la Constitución Nacional tiene plena operancia, inclusive frente al principio de legalidad de las penas, solicitándole a la Corte casar parcialmente el fallo, "para que, en lo relativo exclusivamente a la pena impuesta a los implicados Hernández Amaya y Ciardelli Fadul, se deje en vigencia la deducida en primera instancia".

Alegación de los no recurrentes:

El defensor de las acusadas no impugnantes Ana María Salazar de Díaz y Ana María Guadalupe Helena Díaz Salazar, considera que la forma como fue planteada la censura está llamada al fracaso debido a las graves fallas técnicas que acusa, por lo cual aboga para que la Corte, en salvaguarda de la garantía fundamental de la libertad, haciendo caso omiso de las informalidades de la demanda, le de prelación al derecho sustancial procediendo al examen de fondo, pues de llegar a aceptarse la confesión de Jaime Díaz Giraldo se desbarataría la responsabilidad deducida a sus representadas, puesto que la atipicidad fluye de manera evidente.

Agrega que las señoras Salazar de Díaz y Díaz Salazar, estuvieron ausentes de las actividades desarrolladas y ajenas a las negociaciones con Fatelares, prestándose tan

sólo para firmar la escritura de constitución de Colfamac a fin de satisfacer la voluntad de Jaime Díaz -esposo de la primera y padre de Ana María Guadalupe- quien no quería figurar como socio. Luego de analizar las disposiciones del artículo 68 del Código Penal y 11 del Código de Procedimiento Penal, finaliza su apreciación diciendo que las damas procesadas fueron víctimas tanto del engaño de los procesados Ciardelli y Hernández, como de un análisis meramente objetivo sobre su responsabilidad, por lo cual "se evidencia el manifiesto quebranto de los principios de culpabilidad y de legalidad de la pena en que se asienta el debido proceso consecuentemente el vulneramiento del derecho a la libertad...".

Consideraciones de la Corte

Para responder a la primera apuntación crítica del Ministerio Público en donde sugiere que la demanda ha debido merecer por la protuberancia de sus fallas técnicas un prematuro rechazo, bien vale precisar que así resulten insalvables aquellas en las cuales incurren ocasionalmente los casacionistas, el rechazo *in limine* sólo se autoriza frente a la ausencia de las exigencias formales que a aquel escrito impone hoy el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal (antes artículo 224), constituyendo las deficiencias técnicas objeto del análisis de fondo.

Siendo este el momento oportuno para intentar aquel estudio, tendrá la Sala que reconocer la razón que asiste a la Delegada al detectar las deficiencias que en cada uno de los dos cargos formulados se exhiben:

En el cargo primero dice el recurrente que el Tribunal desconoció la confesión calificada del imputado Jaime Díaz Giraldo cuando hizo referencia a los Pedidos hechos por él y a su recibo de las mercancías, firma de facturas y procesamiento de las materias primas ingresadas, lo cual permitía deducir que si Hernández Amaya y Ciardelli Fadul no participaron de esa conducta, a lo sumo podían estar incursos en el incumplimiento de unas obligaciones contraídas.

Encaminada como se anunciaba la ocurrencia de un error de hecho por falso juicio de existencia, las apreciaciones críticas que el censor propone dentro de este cargo desatinan frente a la realidad que encierra el expediente, pues para su contradicción basta con traer a cita apartes del fallo que se atacan dentro de los cuales se concreta por el Tribunal la apreciación cierta del dicho del acusado Díaz Giraldo precisamente, resaltando su oposición con el dicho de sus socios, pero llegando a conclusión bien diversa de aquélla que propone el impugnante, pues para el Tribunal esas contradicciones y cargos mutuos, sumados a la prueba documental, sólo servían para comprometer a los tres acusados en la preparación y consumación del fraude:

"Tan es la inaceptable posición de Hernández Amaya -dice el fallo del Tribunal a partir de la hoja 31-, quien en su injurada dice que la empresa por él gerenciada Colfamac, no hizo ningún pedido, cuando los documentos auténticos, del folio 8 y 11, prueban todo lo contrario, luego su versión no merece la más mínima credibilidad y las respuestas que ofrecen Díaz y Hernández es el propio producto de la empresa criminal que en unión de Ciardelli crearon para eludir cada uno por su parte cualquier obligación como efectivamente lo traslucieron al proceso en sus diferentes alegaciones, a tal punto que, hoy por hoy puede decirse que Díaz acusa a los dos socios foráneos y éstos en grupo acusan a Díaz.

Tal es la sincronización entre Ciardelli y Hernández que ambos en sus injuradas alegan unívocamente que Díaz hizo pedidos sin autorización de ellos dos, no obstante como se acabó de ver en el proceso obran los documentos de los folios 8 y 11." (sic).

Con razón se observa en seguida la criticable variación del enfoque original de la censura para buscar más bien el desarrollo de un falso juicio de convicción propio de los errores de derecho, sugestión que ya en su momento y con buenas razones despachó la Procuraduría Delegada por la falta de técnica en que con ella se incurre, pues de una parte se demuestra que el cargo realmente anunciado -error de hecho por ignorancia de la confesión- no se acredita, pero por otro aspecto se incurre en la equivocación de presuponer una tarifa probatoria o escala legal valorativa que ni la legislación procesal penal aplicable al caso controvertido contenía ni la actual consagra, ya que en una y otra el sistema probatorio se funda en la sana crítica (artículo 253 Decreto 050 de 1987 y artículo 254 Decreto 2700 de 1991), parámetros dentro de los cuales se movió el juzgador en el proceso que se examina, sin que el censor se haya aproximado a demostrar que de alguna forma se incurrió en las sentencias de instancia en un desbordamiento de ese esquema.

El cargo no prospera.

También el segundo cargo incurre en el defecto de encaminar la argumentación por vía diferente a la propuesta. En tanto se anuncia en él la ocurrencia, de un error de hecho, al afirmarse a la postre que el Juzgador valoró erradamente la prueba documental -escritura y títulos valores-, lo que termina por plantear es la ocurrencia de errores de derecho, olvidando de nuevo el censor que el actual sistema probatorio no contempla una tarifa legal que de anticipado fije a cada medio un valor al cual quede supeditado el fallador, sino que a éste se otorga dentro de los parámetros de la sana crítica -a los cuales se ciñó- el deber de examinar las pruebas con amplitud de criterio, para acogerlas o desecharlas fundadamente dentro de un análisis conjunto y de conformidad con las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia judicial.

El equivocado desarrollo del reclamo resulta suficiente para llevar a la desestimación del segundo reproche intentado, sin que la Sala pueda hacer caso omiso de los defectos del libelo que aun ha reconocido el defensor de las no recurrentes, so pretexto de hacer operante el derecho sustancial, porque extender con tal amplitud los análisis en esta sede desnaturalizaría el carácter extraordinario de la casación llevando a la violación de los principios de limitación y neutralidad que en ella rigen, según los cuales resulta imperioso circunscribir el debate al restrictivo estudio de las causales y dentro de los términos que consigne la demanda.

Lo anterior no obsta, sin embargo, para que la Sala entre a subrayar los argumentos que sirvieron en las instancias para concretar los cargos en contra de los acusados, sólo para resaltar con ello que una vez más el censor se queda limitado a una crítica meramente subjetiva de los medios, con una visión simplemente parcial de todo el haz demostrativo, a la cual no podía supeditarse como en efecto no se restringió el juzgador según en el siguiente fragmento de la sentencia del *ad quem* se prueba:

"Como se ha venido diciendo desde el inicio de esta providencia, todos los fundadores de Colfarmac, eran conscientes de que esa era una sociedad de papel, pues, ninguno de ellos aportó ninguna suma de dinero, y como bien lo dijera el *a quo*, la

empresa criminal empieza a funcionar cuando a sabiendas de no contar con un solo peso dentro de las arcas de la empresa, sin libros de contabilidad debidamente registrados, empiezan a hacer pedidos bajo respaldos de letras de cambio por ellos extendidas a nombre de la fantasmagórica sociedad (existía jurídicamente pero no en la realidad) y aun comprometiendo su propio nombre, y obtuvieron que entidades como Fatelares de Medellín S.A., les enviaran mercancías que luego daban por recibidas a nombre de otra sociedad que no es otra que la conocida como 'Comac Ltda.'.

Ahora, que los defendidos del disidente hayan emitido títulos valores a favor de Fatelares. Para garantizar el envío de materias primas y garantizar la deuda que existía en contra de la sociedad Comac Ltda., es actividad que en nada estipifica sus comportamientos, pues, debían emplear algún medio para engañar a los directivos y empleados de la entidad afectada, pues, la farsa había sido previa y perfectamente muy bien planeada y así tenemos que el denunciante expresa que Gustavo Hernández le llamo telefónicamente diciéndole que él con Ciardelli, habían realizado una negociación con Jaime Díaz, en la cual entraban como socios ellos dos y otros más a Comac Ltda., o que crearían una nueva sociedad los tres socios en cita, que se llamaría Cellamac y que entre ellos se harían cargo de la deuda de la anterior sociedad y además enviarían una letra por tres millones de pesos para garantizar futuros envíos de mercancía. Pero, ¿tenían algún respaldo dinerario esos títulos valores? y la respuesta surge de bulto. Ninguno, por cuanto no se aportó a la sociedad ninguna suma de dinero por ninguno de los socios, así lo admiten todos, a tal punto que, la acción civil ejecutiva apenas logró la efectividad de medida preventiva sobre bienes de Ciardelli que dicho sea de paso, por razón de su uso, no alcanzarán a cubrir el valor de la obligación o materia prima que a través de los artificios engaños obtuvieron.".

Los anteriores razonamientos acreditan, al contrario de lo sugerido en la demanda, que la conducta típica no se circunscribía tan sólo a la solicitud de los pedidos de mercancía que suscitaron la inconformidad de los ofendidos, sino que se extendía a una actividad mucho más compleja y omnicomprensiva de los actos mismos fraudulentos de constitución de la llamada "sociedad de papel" que apenas serviría de señuelo para aparentar que las contrataciones eran serias y que la entidad tenía una capacidad de pago de la cual nunca la revistieron sus gestores.

Sumada la constitución de esa empresa sin respaldo a la suscripción de los títulos con que aparentemente se garantizaban los créditos que de antemano se sabían ineficaces, no cabe duda de la nítida voluntad de defraudar mediante tales artificios, que sirvieron para engañar y obtener un provecho patrimonial económico indebido con detrimento correlativo de quienes ahora reclaman, colocando en evidencia una transgresión cabal del artículo 356 del Código Penal descriptivo de la estafa.

El cargo planteado no prospera, ni siquiera de la forma oficiosa y parcial como se plantea por parte de la Delegada restringiéndolo a la pena principal de multa que adiciona el Tribunal en contra de los recurrentes, pues como ha sido ya el criterio reiterado de la Sala, el artículo 31 superior no puede constituirse en contraposición del también principio constitucional de legalidad de la pena que paralelamente consagra el artículo 29 de la Carta Política, pues la primera disposición no se ha constituido como mecanismo que le dé una competencia especial al juez *a quo* para apartarse de la Preceptiva legal modificando a su arbitrio las sanciones básicas e includibles consagradas en la ley, ni ese

desajuste por más que favorezca irregularmente al procesado puede convertirse en su derecho a condición de que actúe como recurrente, pues una armonización de los textos superiores que no podrían interpretarse en pugna, indica que la prohibición de agravar la sanción hace referencia a la "pena legal" y no a una medición convencional o judicial que carecería de cabida dentro del ordenamiento vigente y propio de un Estado de Derecho.

En la segunda instancia observó el Tribunal que ni siquiera se había impuesto la "pena legal mínima" pecuniaria prevista en el artículo 356 del Código Penal, de modo que al hacerlo no "graduó" para desmejora de los acusados la sanción, sino que simplemente hizo vigente el principio superior de la legalidad de la pena teniendo en cuenta que se trataba de la confirmación de un fallo adverso, pena legal que aun para el infractor es garantía cuando de anticipado consulta y sabe del obligatorio texto de la ley las consecuencias represivas que se derivan de la ofensa a los bienes jurídicamente tutelados.

En el caso de las señoras Salazar de Díaz y Díaz Salazar debe decirse que el escrito presentado por su defensor carece de virtualidad para modificar la decisión que les afecta, pues si bien es cierto que la doctrina de esta Sala acepta la posibilidad de que el no recurrente supla los defectos que presenta la demanda de casación cuando halla coincidencia de intereses con quien promueve la remoción total o parcial del fallo que se impugna y a condición de que no introduzca causales ni motivos diferentes a los de las partes recurrentes (cfr. Providencia de julio 15 de 1982, Magistrado Ponente doctor Luis Enrique Romero Soto), es lo cierto según ha quedado expuesto, que en el memorial su representante critica precisamente los defectos que conducen a la ineficacia de la demanda, sin llegar a superarlos, pues cuanto en su lugar impetra es la intervención directa de la Corte que dentro del principio de limitación previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal imposibilita su recibo.

Con todo, observa la Corte la necesidad de su intervención oficiosa para efectividad del derecho sustancial del debido proceso, en el caso de la decisión absolutoria que en primera instancia cobijó a las hoy no recurrentes, porque no se trataba de una decisión objeto de impugnación, ni se trataba para la época de su revisión por el Tribunal de una de las providencias clasificadas como consultables (artículo 14 del Decreto 1861 de 1989), de donde haya que convenir en falta de competencia del Tribunal para modificarla.

Lejos de desconocerse con esta afirmación el contenido de los artículos 538 del Decreto 050 de 1987 que en este caso se aplica y hoy corresponde al artículo 217 del Código vigente, con precedencia había advertido la Corporación que esas facultades del *ad quem* debían entenderse restringidas en todo caso al tema objeto del recurso. Pues no otra conclusión emana de disposiciones paralelas como la del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil 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 aquélla...", como del ahora artículo 217 del Procedimiento Penal.

Tratándose de un fallo mixto donde a la par se tomaban decisiones de absolución y de condena, la impugnación de lo desfavorable como exclusivamente se planteó

entonces por los recurrentes no autorizaba a extender análisis y decisión hasta tocar el caso de las absueltas, porque la situación de cada incriminado cuando un proceso penal se sigue contra varios, obliga su análisis individual e independiente, al punto de autorizar la propia ley la posibilidad de investigar y de fallar las conductas de los distintos partícipes de un mismo delito por cuerda separada, cuando bajo diversa circunstancias la unidad procesal se ha dificultado, o cuando pese a su conservación, bajo otra clase de situaciones se impone su ruptura. (Cfr. sentencia de mayo 6 de 1993, radicación 671 con ponencia del mismo Magistrado que en la presente actúa como sustanciador).

La invalidación parcial de la sentencia de segunda instancia que se ha traído como motivo del recurso extraordinario se impone oficiosamente en cuanto atañe con la condena de las señoras Salazar de Díaz y Díaz Salazar, más como los motivos que conducen a ese resultado con exclusividad radican en el fallo de Segunda instancia, bastará con dejarlo en lo pertinente sin valor, para que en su lugar recobre todos sus efectos la decisión absolutoria de primera instancia (artículo 229 C. de P.P.).

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

RESUELVE:

Primero: Casar parcialmente la sentencia impugnada, de fecha, contenido y procedencia anotados en esta providencia, en cuanto en ella se condena a las acusadas Ana María Salazar de Díaz y Ana María Guadalupe Helena Díaz Salazar por el delito de estafa que les había merecido juzgamiento dentro del presente asunto, cobrando como consecuencia todo su valor y efectos el fallo absolutorio proferido en favor de las mismas por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá, y

Segundo: Dejar en firme en todo lo demás la sentencia objeto de este recurso extraordinario.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE REVISION

Acudir a la acción de revisión implica elaborar una demanda que consulte y cumpla con las exigencias tanto formales como sustanciales que derivan de los presupuestos establecidos por el estatuto procesal (artículo 234), los cuales han sido explicados y desarrollados por la jurisprudencia. /La demanda debe contener el ataque concreto contra el fallo impugnado y la argumentación demostrativa de la causal; en el entendido de que en el desarrollo del cargo se debe encontrar el sustento lógico y jurídico de la causal invocada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8550.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta número 68 de agosto 4 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 10 de agosto de 1993.

Vistos

La Sala de Casación Penal examina la admisibilidad de la demanda que en acción de Revisión presenta el doctor Marceliano Cabezas Angulo, en representación del condenado Federico Elli.

Hechos

El 30 de diciembre de 1991, agentes del DAS, de la Oficina de Migración e Inmigración del Aeropuerto Eldorado, capturaron a los ciudadanos italianos Luciano Grasso y Federico Elli, quienes se disponían a abandonar el país. En un doble fondo del maletín de mano que portaba el primero de ellos fue hallado kilo y medio de cocaína; al segundo se le aprehendió ya en el avión. Los pasaportes que llevaban consigo carecían del respectivo sello de migración e inmigración.

La Demanda

En ejercicio del poder conferido por Federico Elli para ese específico propósito, el doctor Marceliano Cabezas Angulo instaura acción de revisión contra el fallo

proferido el 30 de junio de 1992 por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante el cual se confirmó la sentencia del 8 de mayo anterior del Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a Luciano Grasso y a Federico Elli a cuatro (4) años de prisión y multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, y a la accesoria de expulsión del territorio nacional, como responsables de la infracción al numeral 1° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Al efecto el accionante invoca la causal de revisión establecida en el numeral 1º del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

Al desarrollar la acusación el actor alega que se produjo una violación al "principio elemental de defensa" por no haberse recurrido a un intérprete de la lengua italiana desde el momento de la aprehensión, lo que hubiera evitado que el agente de policía Carlos Eulogio Cobos Rodríguez malentendiera que Federico Elli había negado conocer a su coterráneo, retenido momentos antes de poseer cocaína; negativa sobre la cual se construyó todo el proceso contra este sentenciado. Tal proceder, en su opinión, implicó la infracción al artículo 29 de la Constitución Nacional.

Prosigue el demandante argumentando que los Jueces de Primera y Segunda Instancia incurrieron en la apreciación equívoca de convertir en delito la irregularidad de no haberle puesto al pasaporte el sello de salida del país, con lo cual se violan los principios de legalidad y culpabilidad, por cuanto esa omisión no hace a Federico Elli infractor del inciso primero del artículo 33 del estatuto de estupefacientes.

Como fundamentos jurídicos de la acción de revisión, el libelista señala y transcribe los artículos 4º y 29 de la Constitución Nacional, y concluye: "...resulta evidente que en el proceso en el cual resultó condenado Federico Elli, hubo franca violación del artículo antes mencionado:

1. Se imputó una irregularidad como delito-falta de un sello en el pasaporte al abandonar el país.

2. Se imputó un delito a un ciudadano extranjero que no conocía el idioma Castellano y no se le permitió un intérprete y un abogado desde el mismo momento de su retención a efecto de evitar malos entendidos y garantizar y proteger sus derechos, y

3. Finalmente se le condenó por un delito cometido por otra persona, a través de una prueba obtenida con violación del debido proceso".

Igualmente, el actor asegura que se quebrantaron los pilares establecidos en los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la legislación penal (legalidad, hecho punible, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pues se presumió la culpabilidad de su defendido porque su ocasional compañero y paisano pretendió sacar del país "cocaína". De la misma forma acuce que se estructuró una coautoría, por fuera de lo que debe entenderse por tal.

Así, el accionante concluye afirmando que la sentencia quebranta la teoría general del delito e invierte el principio general de la prueba; y anuncia que en el momento procesal volverá sobre los fundamentos de hecho y de derecho, pues el libelo sólo pretende que la acción sea admitida. Por lo demás insinúa a la Corte que solicite el envío del respectivo expediente.

Al escrito de demanda y con el poder del condenado, se anexaron copias auténticadas de las sentencias de primera y segunda instancia, en las cuales obra la constancia secretarial de haber causado ejecutoria el 5 de noviembre de 1992.

Considera la Sala

Acudir a la acción de Revisión implica elaborar una demanda que consulte y cumpla con las exigencias tanto formales como sustanciales que derivan de los presupuestos establecidos por el estatuto procesal (artículo 234), los cuales han sido explicados y desarrollados por la jurisprudencia.

La norma que se comenta impone requisitos enunciativos que ninguna dificultad ofrecen al demandante, como ocurre con los señalados en los ordinales primero y segundo. Sin embargo, el tercero concreta el contenido y alcance de la demanda, que es el que en verdad debe cumplir con la técnica propia de la acción, cuya naturaleza extraordinaria deriva de su objetivo; la desestabilización del principio de la cosa juzgada y el consiguiente quebrantamiento de la presunción de acierto que protege un fallo judicial ya ejecutoriado.

En estas condiciones, al impugnante le corresponde presentar a la Sala todos los argumentos de hecho y de derecho que considera básicos para la prosperidad de la acción, sin que pueda perder de vista que le compete convencer a la Corporación de la existencia de la causal seleccionada, y aporta todos los elementos de convicción que apoyen su pretensión. Por lo tanto, no es demanda idónea que dé vía a la acción de revisión, cualquier petición referida a un proceso ya culminado que se reduzca a criticar la decisión final allí adoptada o que tome como fundamento causales que podían haberse alegado por otro medio, como pueden ser los recursos ordinarios o el extraordinario de casación.

La demanda debe contener el ataque concreto contra el fallo impugnado y la argumentación demostrativa de la causal; en el entendido de que en el desarrollo del cargo se debe encontrar el sustento lógico y jurídico de la causal invocada.

Pues bien, la demanda presentada por el doctor Marceliano Cabezas Angulo, en representación del condenado Federico Elli, no cumple los requisitos legales mínimos de admisibilidad. Es así como se observa que aun cuando se acoge a la primera causal de revisión, esto es, el hecho de que se hubiera condenado "a dos o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas", trata de demostrar su existencia acudiendo a argumentos que en nada lo comprueba y que, más bien, habrían servido de base para alegar la existencia de diversas causales de casación, tales como la supuesta violación del derecho de defensa, la equivocación al tipificar como delito una simple irregularidad, haber presumido una culpabilidad inexistente, y que la conducta de Federico Elli no puso en peligro ni lesionó ningún interés protegido legalmente.

La única alusión a la causal invocada es la afirmación de que "finalmente se le condenó por un delito cometido por otra persona, a través de una prueba obtenida con violación del debido proceso", que a la postre, tampoco concuerda con la situación consagrada en el artículo 232.1 del C. de P.P., pues en esa disposición el legislador

consagra la situación en la cual se ha condenado a un número superior de personas a las que podían haber cometido el delito; lo que es perfecta y absolutamente distinto del hecho de que se hubiera trasladado la responsabilidad de un hecho punible a una persona que no lo cometió.

El demandante no le explica a la Sala las razones de índole fáctica y jurídica por las cuales la infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, por la cual se condenó a su mandante, sólo podía cometerla una persona, pues esa sola afirmación no basta para derrumbar toda la valoración probatoria efectuada en las instancias que deduce la responsabilidad de Federico Elli en ese hecho punible, a pesar de que quien portaba la cocaína en su maletín de mano era su conciudadano Luciano Grasso; pretensión que por lo demás, es ajena al recurso de revisión y específicamente a la causal que se alega.

En definitiva, el libelo resulta deficiente frente a las pretensiones del accionante, pues no consigue estructurar una argumentación que demuestre la existencia de la causal de revisión; y a tal punto desconoce el actor las exigencias de esta especialísima acción que ni siquiera enunció las pruebas que le servirían para demostrar los hechos en que apoya su petición. Por lo tanto, al no contar la Sala con los elementos mínimos de orden técnico procesal que le permitan vislumbrar la concurrencia del motivo que daría lugar a someter a debate procesal el trámite ya concluido en dos instancias, rechazará *in limine* la demanda estudiada y en consecuencia inadmitirá la acción intentada.

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

RESUELVE:

Reconocer al doctor Marceliano Cabezas Angulo como apoderado del sentenciado Federico Elli, para los efectos y en los términos del poder conferido.

Inadmitir y en consecuencia, rechazar *in limine* la demanda que pretendía instaurar la acción de revisión contra el fallo proferido el 30 de junio de 1992 por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante el cual se condenó a Federico Elli y a Luciano Grasso como infractores de la Ley 30 de 1986.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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 Cortés Garnica, Secretario

DEMANDA DE CASACION/ CASACION DISCRECIONAL/COMPETENCIA

Dado que la interposición del recurso tradicional de casación no requiere fundamentación alguna, en tanto que el excepcional impetrado por el recurrente al notificarse del fallo de segundo grado, si la precisa, y que tal fue lo que hizo el defensor al clarificar que se acogía al artículo 218 del C. de P.P., en su inciso final y que el Juez que debía decidir sobre la admisión del recurso era la Corte, debe convenirse que el Tribunal asumió la función del juez extraordinario al resolver la petición y darle trámite a un recurso de hecho absolutamente improcedente, surtiendo así una actuación que por incompetencia debe ser anulada por la Corte en guarda del debido proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8624.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta número 071.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de agosto de 1993.

Vistos

Decide la Corte lo que en derecho corresponda con relación al recurso de hecho interpuesto contra el auto dictado el 29 de junio del año que transcurre por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el que denegó la concesión del recurso extraordinario de casación incoado por la defensa del procesado Robinson Ricardo Rada González, respecto de la sentencia en que esa Colegiatura lo condena por el delito de infidelidad a los deberes profesionales.

Antecedentes

1. El abogado Robinson Ricardo Rada González, fue comprometido en juicio por los delitos de infidelidad a los deberes profesionales y abuso de confianza agravado dentro del proceso que por denuncia de José Alfonso Peñuela se le iniciara y que calificó

el Juzgado 100 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, y que en primera instancia fue fallado por el Juzgado 33 Penal del Circuito, mientras que en la segunda correspondió decidir al Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad mediante sentencia respecto de la cual el *ad quem* denegó el recurso de casación en el proveído objeto del presente recurso de hecho.

2. Durante la etapa del juicio, según lo refieren los fallos de instancia adjuntos para resolver el recurso, se cesó procedimiento en favor del encausado por el delito contra el patrimonio económico con fundamento en el desistimiento respectivo, de manera que las sentencias de ambas instancias e igualmente condenatorias, se limitaron al delito por el cual persistía cargo, esto es, al cometido contra la administración de justicia -infidelidad de los deberes profesionales- previsto en el artículo 175 del C. P., sancionado con pena de "prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años".

3. Contra la sentencia del Tribunal superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá proferida el 10 de mayo de 1993, el señor defensor del procesado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación en escrito del siguiente tenor:

"Que impetra recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida, por medio de la cual se confirmó la sentencia proferida por el Juzgado 33 Penal del Circuito de la ciudad y adicionó la compulsación de copias disciplinarias, por medio de la cual, se condena como responsable del punible de infidelidad de (sic) los deberes profesionales.

"Corresponde a la honorable Corte Suprema de Justicia -Sala Penal-, en su sabia discrecionalidad, considerar la admisión del recurso.

"El recurso tiene pábulo en el inciso final del artículo 218 del C.P.P." (folios 32-44 y 30-30 v. cd. C.).

4. Al resolver sobre el asunto el Tribunal expresó en su auto del 29 de junio próximo pasado:

"Como el delito de infidelidad a los deberes profesionales por el cual fue condenado Rada González tiene pena máxima de cuatro años de prisión, de conformidad con el artículo 218 del C. de P. P., no es procedente el recurso extraordinario de casación. Por tanto, la sala niega el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia proferida por este Tribunal.

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D. C., *Resuelve "denegar* el recurso extraordinario de casación por lo anotado en la parte motiva" (folio 45 cd. *id.*).

5. Discrepando de la decisión anterior, la misma parte interpuso recurso de hecho en manifestación sustentada mediante escrito obrante a folios 31 y 47 y siguientes. Considera el profesional procedente el recurso de casación conforme a estas reflexiones:

a) La investigación fue iniciada respecto de los delitos de abuso de confianza e infidelidad a los deberes profesionales que en concurso habría cometido el acusado, y esos hechos punibles le fueron imputados, primero en el auto de resolución de la situación jurídica, y después en la resolución acusatoria con la que se calificó el mérito

sumarial; durante la etapa de la causa se decretó la cesación de procedimiento por el abuso de confianza debido al desistimiento del ofendido;

b) La ley de procedimiento extiende el recurso extraordinario de casación a los delitos que careciendo del requisito de punibilidad máximo que ordinariamente permite la concesión del recurso, sean conexos con los que reúnen tal exigencia;

c) En reciente pronunciamiento, la Corte declaró ajustada a derecho -con ponencia del Magistrado Duque Ruiz- una demanda de casación, en la tramitación del recurso interpuesto exclusivamente por un delito que por sí solo no admite la impugnación extraordinaria dada su punibilidad, el de porte ilegal de armas de defensa personal, en un proceso que se adelanta por este ilícito y el de homicidio; y por consiguiente, en el caso presente, en el que también los delitos por los cuales se recibió indagatoria, profirió medida de aseguramiento y comprometió en juicio al implicado, son conexos -y uno de ellos sancionado con pena máxima superior a cinco años- debe aplicarse el mismo criterio judicial, "a pesar -dice- de haber sido objeto de exclusión en la sentencia por razón de haberse ordenado la cesación de procedimiento por la vía de desistimiento", porque esta terminación del proceso con relación al delito de abuso de confianza "no es óbice para afirmar la calidad del delito conexo con el de infidelidad a los deberes profesionales".

Pero además de las razones anteriores, en sentir del mismo señor defensor, también procede el recurso porque la actuación se halla viciada de nulidad por violación del debido proceso, dado que el acusado no fue interrogado en su indagatoria sobre los hechos constitutivos del delito de infidelidad a los deberes profesionales o por el cual se le llamó a juicio, para sustentar lo cual afirma haber solicitado ante el Tribunal la declaratoria de la tal nulidad, pero que la Corporación no accedió aduciendo que sobre el punto sí se le había preguntado y que además él contaba con el derecho de pedir las ampliaciones de injurada que estimase convenientes; añade que aunque en el anterior ordenamiento constitucional la invalidación por esa causa "era dudosa", en el actual es imperativa de conformidad con el artículo 29 de la Carta, y en respaldo incluye extensa cita jurisprudencial que en su sentir así lo acredita.

Igualmente, el proceso se halla afecto de nulidad por transgresión al derecho de defensa del implicado por no haberse practicado en la investigación algunas de las pruebas solicitadas por la defensa, pese a su reiterada insistencia, y en apoyo de su dicho las relaciona y añade que el Juzgado denegó esa práctica violándole los derechos a su prohijado.

Como corolario de sus argumentos solicita la concesión del recurso a través de una de las dos opciones que plantea: en una primera... "como recurso ordinario por conexidad y subsidiariamente por vía excepcional y discrecional con soporte en lo que se ha demostrado, para garantizar el derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución".

Consideraciones de la Corte

Situaciones diversas emergen del escrito de interposición del recurso de casación (folio 30), del auto que lo denegó en el Tribunal (folio 45), y del escrito de sustentación

del recurso de hecho en estudio, que si bien confluyen a una ulterior decisión sobre la concesión del recurso de casación, no pueden pasar desapercibidas, véase:

El defensor memorialista fue claro, en su escrito de interposición del recurso de casación, en el sentido de que se acogía al inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P., y por ello señaló a la Corte cómo el Juez que debía discrecionalmente considerar si lo admitía; pese a esto, el Tribunal interpretó que el recurso que se estaba interponiendo era el tradicional de casación, y arrogándose las facultades que le confería este tipo de reclamo, denegó el recurso, cuando lo correcto habría sido remitir la solicitud, junto con el proceso a la Corte, para que ésta, en su facultad discrecional decidiese lo pertinente; y; por último, el señor defensor, aprovechando la confusión del *ad quem*, recurre de hecho contra su pronunciamiento negatorio y utiliza la oportunidad para fundamentar el lacónico escrito de interposición alegando simultáneamente sobre la procedencia del recurso que no fue el que se interpuso -el tradicional de casación- y sobre la procedencia del excepcional interpuesto, con el argumento de la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del debido proceso y defensa del acusado, que en su sentir fueron vulnerados durante el proceso.

Dado que la interposición del recurso tradicional de casación no requiere fundamentación alguna, en tanto que el excepcional impetrado por el recurrente al notificarse del fallo de segundo grado, sí la precisa, y que tal fue lo que hizo el defensor al clarificar que se acogía al artículo 218 del C. de P. P., en su inciso final y que el Juez que debía decidir sobre la admisión del recurso era la Corte, debe convenirse que el Tribunal asumió la función del juez extraordinario al resolver la petición y darle trámite a un recurso de hecho absolutamente improcedente, surtiendo así una actuación que por incompetencia debe ser anulada por la Corte en guarda del debido proceso. En consecuencia, debe regresar la actuación así enderezada para que el Tribunal remita el proceso en la forma legal prevista a fin de que la Corte decida lo pertinente.

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

RESUELVE:

Anular todo lo actuado a partir inclusive del auto del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá que negó el recurso excepcional interpuesto por el defensor del procesado Robinson Ricardo Rada González. En firme, devuélvase al Tribunal de origen para los fines indicados en la parte motiva.

Cópiese, 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 I. Cortés Garnica, Secretario

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS/ ACCION DE REVISION/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

El legislador ha otorgado competencia privativa al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para conceder el subrogado penal previsto en el artículo 72 del Código Penal y cualquier rebaja de pena a que pueda tener derecho el sentenciado. Según lo previsto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, dichas atribuciones corresponden al Juez que dictó la sentencia de primera instancia, mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de los respectivos jueces de ejecución de penas. Resulta claro que la Corte durante el trámite de la acción de revisión carece de competencia para atender esta clase de solicitudes y, como reiteradamente lo ha sostenido, cuando se presenta la causal aducida por el memorialista, lo procedente es suspender su trámite para que el Juez de primera instancia atienda la solicitud dentro de los términos previstos por la ley.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Revisión número 8096.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 071.

Santafé de Bogotá. D. C., 11 de agosto de 1993.

Vistos

Dentro del término para solicitar pruebas el apoderado del procesado Coronel (r) Jesús Antonio Mariño Pinzón, quien se halla detenido en la Dirección de Policía Judicial e Inteligencia. Dijín de esta ciudad, demanda el subrogado de la libertad condicional previsto en el artículo 72 del Código Penal, y acompañó similar petición que el detenido dirigiera al Juez Segundo Penal del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, en el que se anuncia acta del Consejo de Disciplina, cartilla biográfica y certificados de trabajo y

enseñanza por el lapso comprendido entre el 10 de mayo y el 22 de julio del corriente año.

Consideraciones de la Corte

Enseña el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, que el condenado que se hallare en las circunstancias previstas en el artículo 72 del Código Penal, "...podrá solicitar al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, *la libertad condicional* acompañada de resolución favorable del consejo de disciplina, o en su defecto del director del respectivo establecimiento carcelario, copia de la cartilla biográfica y los demás documentos que prueben los requisitos exigidos en el Código Penal...".

Así mismo, el artículo 510 del mismo estatuto, preceptúa que "corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motiva la resolución que haga pesar o rebaja una pena o medida de seguridad impuesta".

Siendo así que el legislador ha otorgado competencia privativa al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para conceder el subrogado penal previsto en el artículo 72 del Código Penal y cualquier rebaja de pena a que pueda tener derecho el sentenciado, según lo previsto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, dichas atribuciones corresponden al juez que dictó la sentencia de primera instancia, mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de los respectivos jueces de ejecución de penas.

Resulta claro que la Corte Durante el trámite de la acción de revisión carece de competencia para atender esta clase de solicitudes y, como reiteradamente lo ha sostenido, cuando se presenta la causal aducida por el memorialista, lo procedente es suspender su trámite para que el juez de primera instancia atienda la solicitud dentro de los términos previstos por la ley.

Ocurre sin embargo, que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, con posterioridad al envío del proceso original a esta Colegiatura (1º de abril de 1993), sobre las copias del mismo ha atendido peticiones tendientes a obtener el reconocimiento de redención de pena por trabajo y enseñanza, al punto que en proveído de fecha 19 de mayo del corriente año, denegó parcialmente las pretensiones del procesado Coronel Mariño Pinzón y el 11 de junio siguiente, negó el recurso de repusición que interpusiera contra la decisión antes citada y concedió en efecto suspensivo el recurso de apelación y como consecuencia de ello, ordenó remitir la actuación al Tribunal Superior de la misma ciudad, sin que exista constancia en este proceso de la determinación que eventualmente haya podido tomar el *ad quem*.

Entonces, con fundamento en las decisiones ya adoptadas y los documentos que le fueron remitidos al Juez Segundo Penal del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, corresponde exclusivamente a éste pronunciarse sobre la viabilidad o no del subrogado de la libertad condicional. En consecuencia, la Sala se abstendrá de tomar cualquier determinación al respecto, siendo innecesario disponer la suspensión del trámite de la acción de revisión ya que, sobre la actuación en copias el funcionario podrá tramitar y decidir las solicitudes ya mencionadas.

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

RESUELVE:

1. *Abstenerse* de considerar la petición de libertad condicional que el apoderado del procesado Coronel (r) Jesús Antonio Mariño Pinzón ha elevado ante esta Corporación, por las razones consignadas en precedencia.

2. En firme esta providencia vuelvan las diligencias al Despacho del Magistrado Sustanciador, para resolver sobre las pruebas solicitadas por la defensa.

3. Por la Secretaría de la Sala, remítase inmediatamente al Juez Segundo Penal del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, fotocopia de esta providencia; de la solicitud de libertad condicional (escrito de pruebas) presentada por el doctor Morales Morales y de los anexos a que se refiere la misma.

Cópiese, 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 Cortés Garnica. Secretario.

DEMANDA DE CASACION/ ERROR DE HECHO/ TIPICIDAD / RESPONSABILIDAD

1. El error de hecho toca con el examen material de la prueba, al paso que el de derecho hace referencia a su contemplación jurídica, lo que exige que la demanda previamente determine la clase de error que va a alegar, y escogida ésta se respeten los presupuestos lógicos de su proposición, porque cuestionar los medios de convicción con fundamentos jurídicos cuando se afianza la censura en error de hecho, o viceversa, lanzar críticas referidas a la materialidad de la prueba cuando se ha invocado error del derecho, resulta incompatible./La fundamentación debe corresponder al cargo propuesto, y no consistir en una argumentación aislada, con la que no se demuestra ningún error del fallador y que a lo que conduce es a evidenciar que se desconoce que las pruebas se valoran de acuerdo con la sana crítica, lo cual permite al juez creer en unos medios de convicción y desestimar otros./La presunción de legalidad de la sentencia se quiebra demostrando un error trascendente, no limitándose a confrontar la opinión personal a la del fallador, pretendiendo que la Corte elija entre los dos criterios como si se tratara de una tercera instancia. /2. La facultad contenida en dispositivo propicio para la descongestión de los despachos (artículo 51 del Decreto 2651 de 1991), no es aplicable en materia penal, entre otras razones por la expedición simultánea del Decreto 2700 de 1991 que reguló el recurso de casación en su totalidad, y en donde con mayor amplitud se permite la presentación de cargos excluyentes siempre que se haga en capítulos separados y de modo subsidiario. /3. La tipicidad y la responsabilidad son dos fenómenos jurídicos diferentes, que como tales no se pueden incluir en un mismo cargo en sede de casación como si se tratara de uno mismo. /El juicio de responsabilidad se predica del delito, luego si lo que se cuestiona es aquélla, necesariamente es que se admite la tipificación del punible. /4. El dejar de apreciar una prueba puede dar lugar a que se case la sentencia, siempre y cuando se demuestre que de haberla considerado la decisión atacada hubiera sido otra.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7046.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 71.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de agosto de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre las demandas de casación presentadas por el defensor del procesado Hernando Albán Holguín y la Representante de la Parte Civil, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que revocó parcialmente la proferida por el Juzgado Once Penal del Circuito de la misma ciudad, en lo que se refiere a la condena de Ilse Beltz Peralta de Rueda a quien absolvió, y confirmó la decisión condenatoria y la pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y multa de trescientos mil pesos ($300.000.00), impuesta al aquí recurrente por el delito de peculado por extensión en la modalidad de apropiación.

Hechos

Fueron resumidos por el Procurador delegado así:

"El señor Rómulo Castellanos Pacheco, Investigador Fiscal de la Contraloría General de la República, puso en conocimiento de las autoridades judiciales competentes un posible hecho punible cometido presuntamente, entre otros, por los señores Hernando Albán Holguín e Ilse Beltz Peralta de Rueda, Presidente y Vicepresidente, respectivamente de la Fundación por el Bienestar del Pensionado Colombiano, Funpencol, entidad a la que se giró un auxilio nacional por parte del Ministerio de Gobierno en cuantía de veinte millones de pesos. El investigador logró determinar un faltante de operaciones contables relacionadas con la celebración de contratos, órdenes de trabajo, donaciones y reintegros 'ficticios', para lo cual se hacían comprobantes de egresos que servían de base para guardar cheques a los beneficiarios que luego eran endosados al Presidente Albán Holguín, quien procedía a consignarlos, dineros que finalmente no aparecieron en las arcas de la Fundación".

Actuación Procesal

La investigación fue adelantada por el Juzgado Sesenta y Tres de Instrucción Criminal de esta capital, despacho que resolvió la situación jurídica de los indagados Hernando Albán Holguín e Ilse Beltz Peralta de Rueda con medida de aseguramiento de caución prendaria por suma equivalente a cincuenta salarios mínimos. Posteriormente el Juzgado revocó la medida proferida contra la señora Peralta de Rueda y luego rebajó el monto de la caución fijada al otro acusado, al equivalente de ocho salarios mínimos.

En auto de mayo 3 de 1989 se admitió la demanda de constitución de parte civil presentada a nombre de la Contraloría General de la República.

El funcionario instructor en proveído de agosto 29 de 1989 calificó el mérito sumarial con resolución de acusación contra Albán Holguín por el delito de peculado por extensión y decretó cesa de procedimiento a favor de Ilse Beltz Peralta de Rueda.

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en providencia de marzo 22 de 1990, adicionó la resolución de acusación materia de alzada, en el sentido de consignar que el

tipo básico violado fue el artículo 133 del C. P., con la modificación que le introduce el artículo 2º de la Ley 43 de 1982, y revocó la cesación de procedimiento decretada en favor de Ilse Beltz Peralta de Rueda, para en su lugar formular resolución de acusación contra la misma, como coautora del delito de que dan cuenta los autos y modificó la medida de aseguramiento ordenando la detención preventiva de los acusados.

La etapa del juicio fue tramitada por el Juzgado Once Penal del Circuito de esta ciudad y una vez concluida la audiencia pública se dictó la sentencia mediante la cual se condenó a los procesados a la pena principal de cuarenta y ocho meses de prisión y multa de $300.000, así como a la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de veinticuatro meses, por el delito de peculado por apropiación y extensión. Además se impuso a los sentenciados la obligación indemnizatoria a favor del Tesoro Nacional, en cuantía de cincuenta y un millones doscientos trece mil trescientos veintiún pesos.

Apelada la sentencia anterior por los defensores de los procesados, el Tribunal revocó la decisión en cuanto se refiere a la condena proferida contra Ilse Beltz Peralta de Rueda y en su lugar la absolvió. En lo demás la confirmó.

La defensora del condenado Albán Holguín y la Representante de la Parte Civil, impugnaron el fallo de segundo grado a través del recurso extraordinario de casación.

Demanda a nombre de Hernando Albán Holguín

Primer cargo:

Se acusa la sentencia del Tribunal "por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la aplicación indebida de los artículos 133 y 138 del Código Penal", quebranto que se produjo de forma indirecta, por error de hecho, "al no dar por demostrado estándolo la inocencia del doctor Hernando Albán Holguín", yerro que se manifestó en la apreciación de una serie de pruebas testimoniales y documentales que enuncia el actor.

La demostración consiste en hacer un recuento del contenido de cada una de las pruebas sobre las que pretendidamente se incurrió en equivocada apreciación, con las afirmaciones que se consignan en cada caso concreto así:

a) Testimonio de José Rubén Valencia Piedrahita.

Dice el demandante que de esta declaración se puede concluir que Funpencol por ser ente privado, no requiere para vincular a una persona, ni decreto de nombramiento ni acta de posesión; que Valencia efectivamente ejerció el cargo de Tesorero puesto que suscribió la póliza y el presupuesto de gastos e ingresos de la fundación; que tampoco puede dársele credibilidad a su afirmación de que no se le mostraron los estatutos ni los libros de contabilidad de la entidad, "puesto que él mismo afirma que apreció un mal manejo de fondos", aseveración que demuestra que conocía los movimientos contables de ellas, y estas contradicciones de Valencia Pidrahita ponen de presente para el censor, que a tal testimonio no puede dársele "la más mínima credibilidad";

b) Testimonio de Myriam Martínez Jiménez.

De acuerdo con el material probatorio recaudado, se debe concluir que la testigo no pudo ser nombrada como revisora fiscal de la Fundación, porque en tal cargo había

sido designada otra persona. El Consejo Directivo la designó como encargada, limitándose a revisar el folder que le entregó el Presidente de la Fundación, el cual devolvió sin hacer observación alguna." Por lo tanto ha faltado a la verdad, lo que desde luego le resta credibilidad";

c) Testimonio de Julio César Hernández Viviescas (sumario).

El actor hace un brevísimo relato de parte de su contenido sin observación alguna;

d) Testimonio de Jorge Serrano León.

Su versión está respaldada en prueba documental que no ha sido tachada de falsa. El sentenciador tomó de esta declaración la única frase que podría perjudicar al procesado, "es decir, que la prueba fue apreciada parcialmente y no en su conjunto".

e) Indagatoria de Hernando Albán Holguín.

"Desvirtúa plenamente las inculpaciones que se pretenden hacer en su contra...".

f) Testimonio de Juan Bautista Sepúlveda Campo.

Su dicho se encuentra respaldado con prueba documental que no ha sido desvirtuada ni calificada de falsa, razón por la cual "es plena prueba dentro del proceso, la que fue erróneamente apreciada".

El censor hace una síntesis de algunos apartes del testimonio, para decir que según las explicaciones dadas, una vez que los dineros entran a las fundaciones, así sean del Estado, pasan al patrimonio privado, lo que significa que en este caso "no se puede cometer el delito de peculado porque es un delito imposible". A renglón seguido manifiesta que esta declaración ofrece motivos de credibilidad porque el testigo reúne especiales condiciones que impiden sospechar de su dicho, "además dicha verdad" se encuentra respaldada documentalmente dentro del expediente;

g) Testimonio de María Derly Campos.

Hace una reseña de lo afirmado por la testigo, para decir que "En igual forma este testimonio, tampoco fue tachado de sospechoso";

h) Testimonio de Julio César Hernández Viviescas (Causa).

El actor hace una síntesis de la declaración y luego asevera que el testimonio no fue objetado por razón alguna.

i) Testimonio de Gilberto Vega Barrera.

Previa reseña de la versión, sostiene que "en síntesis, el manejo de los dineros fue correcto, de acuerdo con el acta y la evaluación de ésta, acta que goza de la presunción de legalidad, y que desvirtúa las falaces imputaciones hechas por el señor Castellanos Pacheco, quien no tenía competencia para realizar la correspondiente investigación".

Agrega que pese a que se ha pretendido desvirtuar la credibilidad de Vega Barrera, no existe ningún fundamento para desestimar su testimonio que se encuentra corroborado por otros medios de convicción;

j) Testimonio de Fernando Arias Ramírez.

Luego de la reseña de su contenido, sostiene que se insiste en el limpio manejo que la Fundación a través de sus dirigentes, dio a los auxilios nacionales que recibiera, para concluir que "dadas las calidades del testigo que presentó un informe financiero y contable de su gestión, esta prueba ha debido valorarse íntegramente más aún cuando su concepto gozó de plena contradicción y en ningún momento fue tachado de falso", aun cuando el juez de primer grado omitió ordenar un peritaje sobre los libros de contabilidad de la fundación, como era su deber.

k) Acta de visita suscrita por Gilberto Vega Barrera.

Para el demandante, este documento muestra que el procesado no se apropió de dineros y si hubiera sido valorado correctamente su contenido, nos conduciría a la absolución de su representado;

l) Oficio número 001985 de la Contraloría General de la República.

Sostiene el censor que este documento corrobora el correcto manejo de los auxilios nacionales que dieron origen a la investigación;

m) Trabajos académicos realizados por Fenpeneol.

El sentenciador resolvió desestimarlos porque consideró que no estaban editados. Dichos documentos probatorios fueron "erróneamente apreciados", porque el sentenciador confunde los términos producción, edición e impresión de una obra, pero en todo caso ellos demuestran en qué se invirtió el dinero recibido a título de auxilios nacionales.

n) Escritura Pública número 1329 de 1986, de la Notaría 33 del Círculo de Bogotá.

Aduce el actor que este documento no fue tachado de falso; demuestra que para el 8 de septiembre de 1986 el procesado no tenía interés en la firma Centro de Estudios Internacionales 1-12 de Colombia Ltda., y con ello se desvirtúa "uno de los fundamentos fácticos tomados por el sentenciador para edificar la sentencia condenatoria".

A continuación sostiene el impugnante, que del examen conjunto de las pruebas se desprende que el Tribunal incurrió en evidente manifiesto y trascendente error de hecho, "pues desconoció que está demostrado que no hubo apropiación alguna, no sin antes agregar que "no está plenamente demostrado que se manejaron dineros del Estado", puesto que una vez que éstos fueron entregados a la Fundación perdieron su carácter de tales por entrar a formar parte del patrimonio privado, circunstancia que torna el delito de peculado en un imposible, posición que avala con cita doctrinaria del tratadista Antonio Cancino.

Concluye el cargo solicitando que se case la sentencia impugnada y en su lugar se absuelva a su representado.

Segundo cargo:

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal y aplicación indebida de los artículos 133 y 138 del Código Penal. La vulneración de la primera norma citada la ubica como violación medio.

El quebranto denunciado fue por la vía indirecta a causa de errores de hecho cometidos por el sentenciador al apreciar las pruebas. Se remite el demandante a lo demostrado en el cargo anterior, para decir:

"De la apreciación de las pruebas, vistas en conjunto y valoradas con la libertad legal pero de acuerdo con los principios de la sana crítica que informan el derecho procesal penal, se puede apreciar que existen serias dudas sobre la responsabilidad penal del procesado, incluso sobre que su conducta hubiera estado gobernada por el verbo rector de que habla el artículo 133 y 138 del Código Penal".

Por las anteriores razones, concluye que el cargo está llamado a prosperar, y por lo tanto deberá casarse la sentencia y en su lugar absolver a su representado.

Finalmente agrega, que no obstante que en el presente caso se remite a algunas alegaciones hechas en el cargo anterior, para efecto de que se tenga en cuenta la independencia o autonomía de ambos cargos, solicita que al analizarlos independientemente o en conjunto, se tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991.

Demanda presentada por la representante de la Parte Civil

Presenta un único cargo contra la sentencia impugnada, arguyendo que ella es violatoria, por vía indirecta de la ley sustancial artículo 138 del C.P.- por falta de aplicación, vulneración que es consecuencia de un error de hecho por falso juicio de existencia sobre las pruebas que acrediten la responsabilidad penal en el "grado de certeza" de la acusada Ilse Beltz de Rueda.

Para la censora existen pruebas que demuestran que la acusada, al contrario de lo sostenido por el Tribunal, tuvo injerencia "en el manejo y administración de los bienes y dineros de la Fundación", las cuales no fueron tenidas en cuenta por el sentenciador.

En la demostración del cargo, copia el contenido de las actas números 004, 005, 006 y 007 de las reuniones del Consejo Directivo de Funpencol, de las cuales destaca que la acusada participó en ellas como miembro del citado Consejo, concediendo autorizaciones al Presidente del mismo para realizar operaciones relacionadas con los dineros que la entidad había recibido como auxilio del tesoro nacional.

Sobre este supuesto, concluye que la señora Beltz de Rueda no estuvo al margen de los manejos administrativos y financieros porque participó en la toma de decisiones y ello significa que "siempre tuvo disponibilidad sobre los dineros entre los cuales están los auxilios nacionales objeto de la presente investigación".

Sostienen que otra prueba desconocida, fue el oficio que obra a folio 29 del expediente emanado del Banco de Colombia Sucursal Avenida Chile, en el cual consta que la cuenta corriente que allí tenía Funpencol, era manejada por los señores Hernando Albán Holguín e Ilse Beltz de Rueda. Para la impugnante este hecho responde al objetivo de disponer de los dineros de la fundación y con él se demuestra que la acusada tenía injerencia sobre los manejos financieros y administrativos de la entidad.

Aduce que la señora Beltz de Rueda firmó como testigo cada uno de los contratos millonarios celebrados por la entidad Funpencol con las sociedades CEI, CIDES y PROMEVA, y que era la encargada de verificar la exactitud de los soportes contables

que arrojan los cumplimientos de los diversos contratos celebrados por la Fundación a la que pertenecía.

De acuerdo con estos documentos, concluye que la inculpada "faltó a la verdad al pretender mostrarse ajena al manejo administrativo y financiero de la Fundación", porque los documentos demuestran su participación en todas y cada una de las actividades de la entidad.

Hace referencia al contenido de los estatutos de Funpencol, en los cuales consta que el Consejo Directivo, al que pertenecía la sindicada, tiene entre otras las funciones de "determinar la inversión que se debe dar a los fondos de la sociedad" y otorgar autorización de inversión superior a mil pesos.

Con la reconocida calidad de Vicepresidente del Consejo Directivo que ostentaba la acusada y la prueba documental reseñada, forzoso resulta concluir que éste tenía disponibilidad jurídica sobre los dineros recibidos como auxilio.

Señala que según declaración del señor José Serrano León, él simplemente prestaba su firma para la celebración de los contratos de la Fundación con la sociedad CHI, pero que quien realmente tenía el poder de celebrar convenios eran los señores Hernando Albán Holguín e Ilse Beltz de Rueda.

Afirma que si se hubieran tenido en cuenta tales probanzas, el sentido del fallo obligatoriamente tendría que ser de carácter condenatorio.

Cita como norma violadas los artículos 253 y 247 del C. de P. P., y mediatamente las disposiciones 23, 138 y 133 del C. P.

Luego se ocupa la libelista de examinar el contenido probatorio que se tuvo en cuenta en la sentencia, destacando los diversos apartes de ella en los que se hace alusión a los motivos de absolución a favor de la señora de Rueda. Inicialmente discute la afirmación del Tribunal según la cual a la implicada no se le hizo cargo alguno en las actas levantadas por funcionarios de la Contraloría, poniendo de presente que en el auto que obra a folio 46 del cuaderno de anexos número 3 y que recoge las conclusiones del ente fiscalizador, se ordenó "solicitar en la denuncia penal la vinculación con los hechos por parte de la señora Ilse Beltz de Rueda... en su calidad de Presidente de Funpencol y miembro del CHI".

Estima que lo anterior es suficiente para que quede desvirtuado el primer argumento del Tribunal, sustento de la absolución decretada.

Recuerda que la absolución de segundo grado fundó la falta de prueba sobre la responsabilidad de la implicada en el hecho de que el otro sindicado, ni siquiera como mecanismo defensivo, hizo imputación alguna a Ilse Beltz.

Este fundamento de la sentencia lo consideró la censora como un indicio mal construido pues vulnera el mandato del artículo 304 del C. de P. P., que dispone tener plenamente probado el hecho indicador. Además se "está instrumentalizando una regla de experiencia equivocada, dado que en puridad de verdad no existe aquella que comentada (sic) sobre la realidad constatable nos indique que todo el que se defienda debe hacer cargos en pos de tal intención lo cual dista mucho de ser cierto". De esta forma, también se quebrantó el artículo 302 del ordenamiento procesal.

Concluye la censora, que las razones expuestas en la sentencia como sustento de la absolución, carecen del alcance y la entidad probatoria suficiente para sostener la absolución.

Finalmente, solicita que case parcialmente la sentencia impugnada, y en su lugar, se profiera aquella de naturaleza condenatoria en contra de Ilse Beltz de Rueda.

Concepto del Ministerio Público

1. Respecto de la demanda presentada a nombre del procesado Albán Holguín, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que sea desestimada por razones de orden técnico y de fondo.

En síntesis sus planteamientos son los siguientes:

a) *Primer cargo:*

Incurre el censor en los siguientes errores de técnica:

Invoca la existencia de errores de hecho, pero contrariando esta inicial afirmación, en el acápite titulado "demostración del cargo", se ocupa casi en forma exclusiva de hacer afirmaciones que no tienen sentido dentro del marco del yerro fáctico que le sirve de fundamento a la impugnación presentada.

El censor confunde la naturaleza de los dos diversos tipos de error que es posible alegar en casación. Se remite a un anterior pronunciamiento de la Corte en que se fijan los límites y en entidad de los errores de hecho y de derecho.

El libelista invoca error de hecho, sin embargo, las críticas que elevó, y a las cuales hace referencia la delegada, no entrañan una censura acerca de la materialidad de las pruebas, sino un cuestionamiento al valor que el juzgador, en cada caso, otorgó a los mismos medios de convicción reseñados.

Alegar que las diversas probanzas fueron equivocadamente valoradas por el juzgador y que por tanto "se dedujeron por su parte conclusiones acerca del grado de certeza que sus contenidos podrían arrojar, no es más que situar el ataque en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción", que tampoco podría prosperar atendida la circunstancia de la ausencia de tarifa legal, lo que impone en consecuencia, respetar los criterios valorativos del juzgador cuando ellos se ajustan a las reglas de la sana crítica, que es el método de valoración probatoria vigente.

Es igual el método utilizado por el censor por abordar la que denomina "demostración" de los pretendidos yerros de la sentencia: toma una a una las pruebas sobre las cuales basará su ataque, hace una breve reseña de ellas, y termina con una frase en la que pretende compendiar toda su censura. "Nada más hace; ni siquiera se esfuerza por auscultar el contenido de la sentencia y enfrentarlo a sus personales conclusiones que, aun cuando no es posible, hubiera dado visos de tecnicismo a su recurso".

Cuando el actor alega inadecuada valoración del testimonio de José Rubén Valencia Piedahita, alude al hecho de que la Fundación, por ser entidad privada, no elaboraba decreto de nombramiento de sus servidores ni a ellos les es exigible acta de posesión, alegación que queda en el vacío porque nada más se dice al respecto.

La inconformidad del libelista se reduce a esta frase: "tampoco puede dársele credibilidad a su afirmación", la que marca indudablemente una diferencia de posición entre el criterio personal del demandante y el expuesto en la sentencia por el Tribunal, que es incapaz de demostrar la pretendida equivocación del sentenciador en cuanto a la materialidad de la prueba, pues nos traduce la afirmación de una invención probatoria, ni la falta de consideración del mismo, ni la tergiversación de su contenido testimonial, únicas maneras posibles de haberse incurrido en el yerro que supuestamente da sustento al alegato.

Para el libelista, de la declaración de Valencia Piedrahita debe concluirse que éste ejerció el cargo de tesorero de la Fundación; para el Tribunal del conjunto probatorio recaudado se desprende lo contrario. Este enfrentamiento, no puede enfocarse como un error de hecho manifiesto, pues si se tratara de una pretendida distorsión del testimonio, el acta correspondiente lo desvirtúa. Además es obvio concluir que la razón está de parte del Tribunal que, respetuoso del contenido de la declaración, concluyó que Valencia no había sido tesorero, como él lo afirmó.

El Tribunal, dentro de su autonomía, estimó que el conjunto probatorio demostraba el hecho cuestionado, y no se ha ofrecido, ni puede ofrecerse razonamiento válido que imponga la necesidad de apreciar las pruebas en sentido diverso al expresado, salvo las particulares conveniencias del demandante, por lo que en sentir del Ministerio Público debe mantenerse la validez de las conclusiones de la sentencia.

Agrega, que como todos los ataques presentan igual estructura y revelan los mismos defectos, su homogeneidad releva a la Delegada de entrar en el análisis particularizado, de cada uno de ellos. Como ejemplo, se refiere a otro de los pretendidos yerros del juzgador, en este caso respecto de la apreciación del testimonio de Juan Bautista Sepúlveda Campo.

De la alegación del demandante, concluye el Procurador, que se trata de una inconformidad con la valoración que el Tribunal hizo de la respectiva declaración y sus demás documentos de soporte, pero olvidando que el mismo sentenciador descartó la posibilidad de atender dichos contenidos como medio de llegar a la certeza respecto de los hechos referidos, luego nuevamente se trata de una disparidad de criterios en la apreciación de las pruebas que no toca para nada con la materialidad de la misma, trasladando el ataque a un error de derecho por falso juicio de convicción, que ahora resulta imposible alegar.

Pero atendiendo en gracia de discusión, que se denuncia un presunto error de hecho, bien por falso juicio de existencia o de identidad, había de concluirse que ninguna razón le asiste al casacionista porque la sentencia explica cabalmente la situación.

Para el efecto transcribe lo que dijo el Tribunal sobre este punto, para demostrar que no desconoció en la formación del juicio el testimonio de Sepúlveda Campo, porque como puede inferirse del examen del expediente, su versión se centró sobre el contenido del acta que obra a folios 65 a 66 del cuaderno de anexos número 1, justamente a la que hace referencia el Tribunal cuando sostiene que el arqueo general practicado por Vega Barrera se hizo sobre bases deficientes.

No está en el aparte de la sentencia transcrito, expresamente referido el nombre del declarante, mas en la evaluación probatoria allí consignada no queda la menor duda que

su contenido testimonial, igual al del acta de evaluación y similar al del señor Vega Barrera, fueron recogidos por el sentenciador para la formación del juicio, por lo que no puede hablarse en el presente caso de un falso juicio de existencia por omisión.

Tampoco podría hablarse de un falso juicio de identidad, porque de lo transcrito se deduce que los contenidos probatorios fueron respetados. Lo que sucede, en definitiva, es un enfrentamiento entre la opinión del juzgador y la propia del demandante, que favorece las del Tribunal en tanto que sus conclusiones fueron cabalmente explicadas: "decidió brindar un mayor valor a las aseveraciones de Rómulo Castellanos y a las diligencias practicadas por la Contraloría en tal ocasión, porque los exámenes de cuentas que se hicieron por parte del citado contaban con mayores elementos de juicio que el análisis precario que realizaran Sepúlveda Campo y sus compañeros".

Aun en el evento de hacer caso omiso de los defectos técnicos anotados, tampoco le asistiría razón al impugnante, porque no existió error alguno por parte del Tribunal.

En algunos casos, concretamente en los señalados en los literales c), e) y l) de la demanda, el actor no hace más que expresar el contenido de las pruebas que allí enuncia, pero nada dice respecto de los errores sobre ellas cometidos ni la importancia de las mismas en el contenido de la sentencia impugnada, ni entra a considerar cuál sería su influencia en el fallo de reemplazo que reclama, quedando por tanto estas aseveraciones en una mera invocación que nada demuestra.

La sustentación del cargo resulta huérfana de argumentos. En todos y cada uno de los casos, el censor se contenta con la enumeración de una serie de circunstancias, que aun forzando el entendimiento, no es posible encuadrarlo como fundamento de la petición de casar la sentencia.

Advierte la delegada, que en lo que podría ser la conclusión de este ataque, se afirma la existencia de errores de hecho "pues se desconoció que está demostrado que no hubo apropiación alguna", sin embargo, los argumentos traídos a colación por el libelista antecedentemente, apuntan a la crítica probatoria, para descartar, por su conducto, otra serie diversa de circunstancias ajenas, como el hecho de que Valencia Piedrahíta ejerció el cargo de tesorero de la Fundación, que Myriam Martínez no fue nombrada revisora fiscal de la misma, que Rómulo Castellanos recomendó el no fenecimiento para Funpencol, y otros hechos que si bien podrían influir en el acto de apropiación de dineros, no fue explicada su relación por parte del casacionista como era su deber hacerlo.

Solicita la desestimación del cargo, por los defectos anotados.

b) *Segundo cargo:*

Señala el Procurador que la improsperidad de este ataque resulta más notoria que la del anterior, pues inexplicablemente el demandante supedita el éxito de esta censura a la aceptación del primero, porque partiendo de la base de que se lograron demostrar los errores de hecho alegados, se afirma que las pruebas analizadas en conjunto y de acuerdo con la sana crítica demuestran que existen serias dudas acerca de la responsabilidad penal del acusado, por lo que se imponía dar aplicación al artículo 248 del C. de P. P. Otra inconsistencia del ataque radica en que el libelista, quizás, sin advertirlo entró

en contradicción que no supo dilucidar, "pues el primer cargo estaba dirigido a la comprobación de que el acusado no se apropió de los dineros que Funpeneal recibiera del Tesoro Público, planteamiento que representa, ni más ni menos, que la proposición de una total atipicidad de la conducta, que ahora desconoce para impetrar la absolución por falta de certeza en cuanto a la responsabilidad del sentenciado. Esta contraposición, que a partir del nuevo Código de Procedimiento Penal resulta posible condición de que los cargos excluyentes se aborden separadamente. Ello, porque lo cierto es que la técnica de la demanda remite en el segundo ataque al contenido del primero y así, se integran el uno con el otro, resultando imposible la diferenciación de los argumentos que pertenecen a cada proposición obstaculizando el entendimiento de las razones que se aducen eventualmente en cada uno de los cargos.

El censor parte del presupuesto de que ha logrado demostrar la duda frente a la responsabilidad del condenado; no comprueba, ni intenta hacerlo, cuál es el origen y alcance de esa falta de certeza, todo se remite al primer cargo, que en opinión de la Delegada resultó frustrado y que, por consiguiente impide el examen de este segundo.

La falta de demostración, el irrespeto al principio de autonomía de los cargos, la ausencia de análisis frente a la trascendencia de los pretendidos errores del fallador, la ignorancia total del contenido de la sentencia atacada, son las características de este cargo, que así, es insuficiente para lograr romper las presunciones de legalidad y acierto de que viene precedida la sentencia. En consecuencia el cargo no está llamado a prosperar.

2. En lo que atañe a la demanda de parte civil, el señor Procurador conceptúa que debe desestimarse por las siguientes razones:

Resulta indiscutible el hecho de que el Tribunal no hizo relación alguna a las actas aludidas por la recurrente, luego podría decirse que se halla acreditado el falso juicio de existencia por omisión con relación a tales pruebas documentales.

Sin embargo, el Ministerio Público no está de acuerdo con la prosperidad del cargo, porque disiente de las consecuencias que sobre el planteamiento deriva la censora.

El Tribunal fue enfático en declarar que no le había sido posible adquirir el grado de certeza que exige la ley para el pronunciamiento de una sentencia condenatoria respecto de la señora Beltz de Rueda. Pasó a explicar las razones de su duda, afirmando que las pruebas recaudadas demuestran que la procesada no tenía ninguna disponibilidad jurídica sobre dichos dineros, que su actuación en la Fundación era de índole netamente académica, que las irregularidades detectadas no permitieron hacerle cargo alguno, que la Contraloría solamente hizo juicio de responsabilidad fiscal al procesado Albán Holguín, que los testimonios recogidos sostienen que fue siempre éste "quien estuvo al frente del manejo de los dineros de la Fundación" sin que hiciera referencia alguna a la actividad de la sindicada en este aspecto, que nadie le ha imputado a la sindicada ni el manejo de los dineros ni la apropiación de los mismos, y, en fin, que no existe prueba de que ella se hubiese apropiado de dineros públicos.

Estas razones no son despreciables; así no haya sido muy concreto el sentenciador, lo cierto es que la duda lo asaltó sobre varios puntos que son determinantes para la decisión de condena, y que al no poder despejar, se imponía la absolución de la

procesada. Esta situación no fue apreciada en su exacta dimensión por la recurrente, porque aun aceptando que las actas mencionadas en la demanda prueban la intervención de Ilse de Rueda en el manejo jurídico de los dineros provenientes de los auxilios, ello no derrumba las demás inquietudes del Tribunal acerca de la apropiación que ella haya hecho de los mismos; tampoco logra destruir la declaración de perplejidad del juzgador frente a las efectivas operaciones realizadas con el circulante, las que se radican en cabeza de Albán Holguín y que también impiden al fallador de segundo grado formular el juicio de responsabilidad de la acusada.

Estima el Procurador que la demanda falló en este punto pues puso de presente los contenidos de las actas, pero no acató que tales documentos refieren un manejo limpio de los fondos de la Fundación, pues las autorizaciones allí otorgadas al Presidente del Consejo pueden inscribirse dentro de los propósitos a que están destinados los auxilios; jamás el citado Consejo destinó los dineros públicos a incrementar patrimonios particulares, ni dispuso la realización de contratos ficticios u otras operaciones que permitieran la distracción de los caudales y elaboración de soportes falsos o la creación de métodos engañosos para tratar de ocultar la ilícita apropiación de dineros.

La sola participación de la señora Ilse de Rueda en estos manejos, es insuficiente para demostrar su responsabilidad en el delito investigado y muy por el contrario, hablan los documentos que la actividad de la procesada estuvo ajustada a las normas legales que regían la utilización de los auxilios, razón por la cual no cabe imputarle responsabilidad penal. La prueba documental puesta de presente por la recurrente, no alcanza a desvirtuar el estado de duda declarado por el Tribunal.

Respecto de la certificación bancaria, estima que ni por sí sola, ni unida a las demás a que hace referencia la demanda tiene capacidad suficiente para desvirtuar las afirmaciones del Tribunal sobre el tema que nos ocupa. Ella acredita que Beltz de Rueda podía realizar operaciones bancarias en la cuenta de Funpencol, mas no se demuestra que efectivamente lo haya hecho. Si la duda radica justamente, entre otros aspectos, en la ausencia de prueba en torno a operaciones realmente realizadas por la acusada, la potencialidad de su efectiva realización no constituye más que una probabilidad que, lejos de destruir el estado de duda, contribuye a su afianzamiento.

El hecho de que la acusada haya suscrito los contratos en calidad de testigo de los mismos y que fuera la encargada de constatar cada uno de los soportes de cumplimiento de los contratos, si bien como lo anota la recurrente pueden representar un mentís para el dicho de la procesada, no puede entenderse como la comprobación de su responsabilidad penal.

La duda del Tribunal no surge exclusivamente en relación con la disponibilidad jurídica de los dineros ni con las operaciones efectivamente realizadas con ellos; la falta de certeza deviene también de las declaraciones que varios testigos suministran acerca del papel exclusivamente académico que desempeñaba la implicada en la Fundación y de su total alejamiento funcional de los dineros recibidos a título de auxilio.

En este aparte de la demanda no se plantea un error de hecho del sentenciador, sino un enfrentamiento de criterios entre el Tribunal y la recurrente, pues ésta, a través del examen parcial de las consideraciones de la sentencia, pretende llegar a conclusiones absolutas que no representan en su exacto sentido las conclusiones del fallador.

El ataque no logra desenvolverse en toda su extensión, porque ni aún involucrando a la decisión las pruebas atrás relacionadas así como los estatutos de la Fundación y la declaración del señor Jaime Serrano León, es posible destruir la falta de certeza que acompañó al Tribunal al momento de la sentencia. "El descuido de la recurrente en estos aspectos, deja subsistentes las razones del juzgador; su esfuerzo, hasta donde llegó, no acredita la responsabilidad penal de la acusada". Por consiguiente el cargo debe desestimarse.

El Ministerio Público termina su concepto, solicitando a la Corte no casar la sentencia materia de impugnación.

Consideraciones de la Sala

1. *Demanda a nombre de Hernando Albán Holguín*

Primer cargo: Como se dejó reseñado, el actor invoca violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de un gran número de pruebas que sirvieron de elementos de convicción para edificar la condena impuesta a Albán Holguín.

Sin embargo, el impugnante no hace saber a la Sala, qué modalidad de ese error es la que afecta la sentencia; es decir, no dice, pero ni siquiera sugiere, si alguna de las pruebas que enuncia fue ignorada o supuesta (error de "existencia"), u objeto de tergiversación (yerro de "identidad") hipótesis ellas que traducen las clases de error de hecho.

Como lo resaltó la Delegada, el error de hecho toca con el examen material de la prueba, al paso que el de derecho hace referencia a su contemplación jurídica, lo que exige que la demanda previamente determine la clase de error que va a alegar, y escogida ésta, se respeten los presupuestos lógicos de su proposición, porque cuestionar los medios de convicción con fundamentos jurídicos cuando se afianza la censura en error de hecho, o viceversa, lanzar críticas referidas a la materialidad de la prueba cuando se ha invocado error de derecho, resulta incompatible.

El censor desconoce estas exigencias técnicas, pues invoca error de hecho y en el desarrollo del cargo toma una a una las pruebas que estima erróneamente apreciadas, hace una breve reseña de su contenido y termina con una frase en la que compendia su censura a los medios de formación del convencimiento, cuestionando la credibilidad o la valoración probatoria, críticas que resultan totalmente extrañas al yerro fáctico que enuncia.

Considera equivocada la apreciación del testimonio de Rubén Valencia Piedrahíta, porque incurrió en contradicciones que hacen que "su testimonio no pueda ofrecer la más mínima credibilidad". Aduce el hecho de que la Fundación por ser entidad privada no elabora nombramiento ni exige acta de posesión a sus servidores, aseveración que queda en el vacío, pues no se explica de qué manera la ausencia de tales requisitos para el ejercicio del cargo en la entidad contraría las afirmaciones del testigo, cual es su trascendencia en la conclusión del fallador o como puede constituir un error de hecho.

Para el libelista de la declaración en cita debe concluirse que Valencia ejerció el cargo de Tesorero de la Fundación; para el Tribunal del conjunto probatorio recaudado

se desprende lo contrario, pues "se estableció que Rubén Valencia Piedrahíta no ejerció nunca el cargo en la Fundación referida y menos aún conoció de los libros de contabilidad". Este enfrentamiento no puede enfocarse como error de hecho manifiesto en los autos, pues si se tratara de una pretendida distorsión del testimonio, el acta correspondiente la desvirtúa, ya que en ella se lee textualmente:

"...el doctor Hernando Albán en un encuentro ocasional me insinuó la posibilidad de que le sirviera como Tesorero de una fundación... me citó en las oficinas de dicha compañía donde ya tenía listo el respectivo formulario de solicitud, el cual firmé... me manifestó que mientras se surtían los trámites de la posesión y nombramiento y para adelantar el funcionamiento de Funpencol procediera a firmar el presupuesto de gastos e ingresos de la Fundación como en efecto lo hice. Insistí en que se mostraran los estatutos de la Entidad, las actas respectivas, el acta de nombramiento del Tesorero y demás documentos pertinentes especialmente los relacionados con las cuentas y la contabilidad todo lo cual me fue sistemáticamente negado. Tal circunstancia me empezó a crear la sospecha de que no era realmente yo tesorero no sólo por no haber sido nombrado ni posesionado, sino también por no tener injerencia alguna en el manejo de las cuentas y de la contabilidad."

Como puede observarse, el Tribunal respetó el contenido de la declaración y la conclusión corresponde a lo afirmado por el testigo.

Estima el libelista que Myriam Martínez "ha faltado a la verdad lo que desde luego le resta toda credibilidad". Se limita a decir que de acuerdo con el material probatorio debe concluirse que la testigo no fue nombrada como revisora Fiscal y luego agrega que el Consejo Directivo la designó como encargada. La inconformidad no toca para nada con el examen material de la prueba, ni se explica cómo la circunstancia que menciona puede incidir en las conclusiones del fallador.

Dice el actor que el sentenciador tomó de la declaración de Jorge Serrano León la única frase que podía perjudicar a su representado, "es decir que la prueba fue apreciada parcialmente y no en conjunto". Esta censura no pasa de ser una simple aseveración sin ningún desarrollo ni demostración, pues a lo único que alude es al hecho de que el testigo en su carácter de representante legal del CFI, ha actuado, como lo acreditan los convenios que no han sido tachados de falsos, sin expresar cuál es la incidencia de esta circunstancia en el fallo, ni qué es lo que pretende comprobar.

Se acusa error de hecho en la apreciación del testimonio de Juan Bautista Sepúlveda Campo, quien en su versión aseveró que la dependencia de la Contraloría en la cual prestaba sus servicios era la competente para adelantar el examen de las cuentas en los casos de auxilios nacionales y que del estudio que de ellas hizo en la Fundación, se concluyó el diáfano manejo de los fondos por ella recibidos del tesoro nacional, ratificándose además en el contenido del acta que obra en el expediente, prueba documental que no ha sido desvirtuada ni tachada de falsa, por lo tanto es "plena prueba dentro del proceso la que fue erróneamente apreciada".

Para el demandante, esta prueba testimonial "ofrece los más serios motivos de credibilidad, pues el testigo fue espontáneo, claro, concreto, no tiene ningún interés en las resultas del presente proceso, así como tampoco fue tachado de sospechoso, lo que

nos lleva a concluir que el declarante dijo la verdad de lo que le constaba y además dicha verdad, se encuentra soportada documentalmente en el proceso con documentos que en la misma diligencia o acta fueron señalados".

Basta la anterior transcripción para concluir de acuerdo con el Ministerio Público, que se trata de una inconformidad con la valoración probatoria que hizo el Tribunal de la declaración y demás documentos de soporte, olvidando que el Tribunal descartó la posibilidad de atender dichos contenidos como medio de llegar a la certeza de los hechos referidos, luego nos encontramos otra vez frente a una disparidad de criterios en la apreciación de las pruebas.

Las conclusiones del Tribunal fueron cabalmente explicadas decidió brindar un mayor valor a las aseveraciones de Rómulo Castellanos y a las diligencias practicadas por la Contraloría en tal ocasión, porque los exámenes de cuentas que se hicieron por parte del citado, contaban con mayores elementos de juicio que el análisis precario que realizaron Sepúlveda y sus compañeros. No existe pues error alguno por parte del Tribunal.

Considera el censor que no existe fundamento válido para desestimar el testimonio de Gilberto Vega Barrera, que se encuentra corroborado por otros testimonios y prueba documental y de orden técnico. Y en cuanto a la versión de Fernando Arias Ramírez, que insiste en el limpio manejo de los auxilios, estima que debió ser valorada íntegramente porque fue sometida a contradicción dentro del proceso y no recibió objeción alguna. Como puede apreciarse, estos planteamientos en ningún momento corresponden al error de hecho enunciado

Cita además el casacionista, como pruebas erróneamente apreciadas la indagatoria de Albán Holguín, testimonios de Julio César Hernández y María Derly Campos y oficio 001985 de la Contraloría, pero nada dice sobre errores cometidos por el fallador sobre estas pruebas, de modo que no sabe a qué apunta su inconformidad, ni cuál sería el error de hecho.

El libelo contiene otras censuras que el recurrente no sólo no hace nada por demostrarlas, sino que ninguna ubicación les da dentro del error de hecho enunciado en la formulación del cargo, como por ejemplo cuando dice que el sentenciador decidió desestimar los trabajos académicos realizados por la Fundación. Que el acta de visita realizada por Gilberto Vega Barrera "sin el menor asomo de dudas nos lleva a la conclusión de que los auxilios nacionales fueron debidamente manejados, es decir que no existió ninguna apropiación por parte de mi defendido" y que si no se hubiera errado en su valoración, ella conduciría a su absolución.

Estima el impugnante que del conjunto de las pruebas erróneamente apreciadas se llega a la conclusión de que el sentenciador incurrió en evidente, manifiesto y trascendente error de hecho, pues desconoció que está demostrado que no hubo apropiación alguna, no sin antes agregar que no está plenamente demostrado que se manejaron dineros del Estado, lo que haría imposible la comisión del delito de peculado.

Como puede verse, el reproche es por error de hecho, pero la sustentación cuestiona es la valoración probatoria, ataque propio del error de derecho. No tiene en cuenta el impugnante que la fundamentación debe corresponder al cargo propuesto, y no consistir

en una argumentación aislada, con la que no se demuestra ningún error del fallador y que a lo que conduce es evidenciar que se desconoce que las pruebas se valoran de acuerdo con la sana crítica, lo cual permite al juez creer en unos medios de convicción y desestimar otros.

La presunción de legalidad de la sentencia se quiebra demostrando un error trascendente, no limitándose a confrontar la opinión personal a la del fallador, pretendiendo que la Corte elija entre los dos criterios como si se tratara de una tercera instancia.

Con sobrada razón destaca el Procurador, que aún en el evento de hacer caso omiso de los defectos técnicos antes anotados, es un hecho cierto que no le asiste razón al impugnante, porque no existió error alguno por parte del Tribunal, que en la sentencia explica cabalmente la situación en los siguientes términos:

"Tal como lo describe pormenorizadamente el citado Agente Investigador de la Contraloría (Rómulo Castellanos, se aclara), la forma de ejecución de la conducta era la de simular diversas operaciones, las que denominó aparentes juegos contables de reembolsos, para lo cual se celebraban contratos, órdenes de trabajo, donaciones y reintegros 'ficticios', para cuyos efectos se hacían irregulares comprobantes de egresos que servían de base paga girar cheques a favor de los supuestos beneficiarios de los aludidos contratos u órdenes de trabajo, instrumentos aquéllos que eran endosados y luego eran devueltos a la Fundación par ser consignados por el mentado Presidente en la cuenta de la Fundación. Es decir que se aparentaba el egreso de los dineros en cumplimiento de los contratos de fomento o de las órdenes de trabajo, pero lo cierto es que dichos dineros regresaban al acusado Albán Holguín, quien procedía luego a consignarlos y, finalmente, ellos no aparecieron en las arcas de la Fundación por el Bienestar del Pensionado Colombiano, con lo cual, obviamente, surge la apropiación de dichas cantidades de dinero.

"De otro lado, si bien inicialmente al realizarse por el funcionario Vega Barrera una diligencia de arqueo general de los fondos y corte de cuentas de la Fundación, daba un resultado positivo, favorable al manejo de los auxilios, luego se determinó en la investigación adelantada por Rómulo Castellanos que en el citado arqueo únicamente se tuvo como referencia el denominado 'Libro de Bancos' (auxiliar) correspondiente al Banco Ganadero, el cual además no estaba al día, pero que luego, al presentarse ya todos los libros correspondientes por parte del procesado Albán Holguín, para lo cual debió ser requerido so pena de ser sometido a sanciones por parte del investigador (sic) Castellanos, con los resultados que a la postre originaran investigación penal".

Dice el libelista que los trabajos académicos realizados por la fundación fueron desestimados por el fallador porque consideró que no estaban editados, cuando ellos confirman en qué se gastaron los dineros provenientes de los auxilios.

Este enfrentamiento de opinión no puede constituir error de ninguna naturaleza, máxime cuando las conclusiones del fallador fueron amplia y cabalmente explicadas en los siguientes términos:

"La defensora ha pretendido la realidad de los gastos efectuados por Albán H. a través de las entidades arriba relacionadas, allegando al proceso en el momento de la diligencia de audiencia pública fotocopias de los treinta y seis libros cuya producción

y edición costó en total ocho millones de pesos. Sin embargo, al examinar la Sala la totalidad de dichos documentos bien puede concluirse que ellos no estructuran en su mayoría verdaderos libros, se trata más de unas conferencias o documentos de trabajo que de 'libros' en el sentido claro de la palabra. Es más, algunos de los aludidos 'libros' no alcanzan a las quince (15) páginas, como se puede observar con los reseñados bajo los números 27, 28 y 34.

"Además, se trata de fotocopias sin autenticación alguna; no se observa en los mentados documentos la existencia del respectivo colofón, es decir el detalle pertinente a la editorial, la ciudad y el año de publicación. El documento reseñado con el número treinta y cuatro (34) sí tiene año de edición, y corresponde al de 1983, es decir años antes de que se hubieran dado los auxilios nacionales a la citada fundación. En lo que respecta al documento número 35 se observa que existe, al parecer, la sobreposición de la primera página (contraportada) sin que en realidad se sepa con certeza qué día corresponde al contenido del documento; lo escrito en el folio de contraportada lo es simplemente a máquina de escribir y no en el mismo tipo del contenido del texto, lo que también llama la atención de la Sala.

"Por último, es en verdad desproporcional aseverar que por la realización de los trabajos en comento se haya pagado la suma de ocho millones de pesos".

La censura será desestimada.

Segundo cargo:

Varios e insalvables son en verdad, como lo señala el Procurador, los defectos que presenta la demanda en la formulación de esta censura:

Para comenzar, el demandante inexplicablemente supedita el éxito de este reproche a la aceptación del cargo anterior, porque partiendo de la base de que se lograron demostrar los errores de hecho alegados, se afirma que las pruebas analizadas en conjunto demuestran que existen serias dudas acerca de la responsabilidad del procesado, por lo que se imponía dar aplicación al artículo 248 del Código de Procedimiento Penal.

Aduce el casacionista que no obstante que en el presente reproche se remite a algunas alegaciones hechas en la anterior censura, para efecto de que se tenga en cuenta la independencia y autonomía de ambos cargos, solicita a la Corte que al "analizarlos independientemente o en conjunto, tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991".

En reiteradas decisiones de esta Corporación se ha fijado el alcance de la norma citada por el censor, en el sentido de que esa facultad contenida en dispositivo propicio para la descongestión de los despachos, no es aplicable en materia penal, entre otras razones, por la expedición simultánea del Decreto 2700 de 1991 que reguló el recurso de casación en su totalidad, y en donde con mayor amplitud se permite la presentación de cargos excluyentes siempre que se haga en capítulos separados y de modo subsidiario.

Deficiencia sustancial constituye además, la contradicción en que incurre el libelista, pues en el desarrollo de este cargo se plantean dos proposiciones que resultan totalmente incompatibles: inicialmente se alega que existe duda respecto de la responsabi-

lidad penal del procesado, lo que desde luego implica que se admite la tipificación del delito, la que luego se desconoce, cuando se afirma que existen serias dudas "incluso sobre que la conducta hubiera estado gobernada por el verbo rector de que habla el artículo 133 y 138 del Código Penal", normas que se estiman aplicadas indebidamente.

Desconoce el libelista la básica y elemental distinción entre tipicidad y responsabilidad, pues se trata de dos fenómenos jurídicos diferentes, que como tales no se pueden incluir en un mismo cargo en sede de casación como si se tratara de uno mismo.

Ignora el atacante que el juicio de responsabilidad se predica del delito, luego si lo que se cuestiona es aquélla, necesariamente es que se admite la tipificación del punible.

El reproche así planteado resulta verdaderamente ininteligible, ya que no se puede afirmar coetáneamente y dentro del mismo cargo, la existencia del delito para cuestionar la responsabilidad con respecto a éste y al mismo tiempo la atipicidad de la conducta.

El demandante parte del presupuesto de que ha logrado demostrar la existencia de la duda frente a la responsabilidad del condenado, sin siquiera intentar demostrar, cuál es el origen y alcance de esa falta de certeza.

Como acertadamente lo destaca el Ministerio Público, el ataque se caracteriza por la falta de demostración, el irrespeto al principio de autonomía de los cargos, la ausencia de análisis frente a la trascendencia de los pretendidos errores del fallador, y la ignorancia total de los contenidos de la sentencia atacada.

Frente a estas graves fallas de la demanda, el cargo no prospera.

2. *Demanda presentada por la Representante de la Parte Civil*

Estima la impugnante que la sentencia es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial por haber desconocido las pruebas que demuestran la responsabilidad penal de la procesada Ilse Beltz de Rueda, absuelta por el Tribunal.

Para demostrar el error de hecho por falso juicio de existencia, se transcriben algunas actas de las reuniones del Consejo Directivo de Funpenecol en las cuales se ha dejado constancia de la participación de la citada señora Beltz de Rueda en aquellas reuniones, y que con su intervención, el Consejo otorgó autorizaciones al Presidente de la Fundación, para la realización de algunas operaciones efectuadas con los dineros que se recibieron a título de auxilios nacionales.

Es cierto que el Tribunal no hizo relación alguna a las actas aludidas por la recurrente, sin embargo, ello no basta para la prosperidad del reproche, porque como tantas veces lo ha repetido la Corte, el dejar de apreciar una prueba puede dar lugar a que se case la sentencia, siempre y cuando se demuestre que de haberla considerado la decisión atacada hubiera sido otra, no en casos como el presente, en donde la omisión con relación a tales pruebas documentales no tiene la trascendencia pretendida por la censora, como pasa a verse.

Consideró el Tribunal, que no existe en el plenario el grado de certeza que exige la ley para pronunciar sentencia condenatoria respecto de la señora Beltz de Rueda, y que por el contrario, surgen dudas en cuanto a la participación de ella en la conducta desarrollada por Alba Holguín, pues aunque está acreditado que ejercía el cargo de

Vicepresidente de la Fundación, igualmente está demostrado que "no tenía ninguna disponibilidad jurídica sobre dichos dineros", que la abundante prueba testimonial reafirma que la actuación de la sindicada era simplemente de orden académico y que nada tenía que ver con la forma como se manejaron los dineros provenientes de los auxilios, que las irregularidades detectadas no permitieron hacerle cargo alguno por parte de la Contraloría que solamente hizo juicio de responsabilidad fiscal al procesado Albán Holguín y los testimonios recogidos sostienen que fue siempre éste quien estuvo al frente del manejo de los dineros de la Fundación sin que hicieran referencia alguna, a la actividad de la sindicada en este aspecto a quien nadie le ha imputado ni el manejo de los fondos ni la apropiación de los mismos, en resumen que no existe prueba de que ella se hubiera apropiado de los auxilios públicos.

Como con acierto lo destaca el señor Procurador, las razones de la duda que asaltó al sentenciador sobre varios puntos que son determinantes en la decisión de condena, no son despreciables, y al no poder disiparla, se imponía la absolución de la procesada, situación que no fue apreciada en su exacta dimensión por la recurrente, pues aún aceptando que las actas mencionadas en la demanda prueban la intervención de Ilse de Rueda en el manejo jurídico de los dineros provenientes de los auxilios, ello no logra derrumbar las inquietudes del Tribunal acerca de la apropiación, como tampoco destruir la declaración de perplejidad del juzgador frente a las efectivas operaciones realizadas con el circulante, las que se radican en cabeza de Albán Holguín y que también impiden al Tribunal formular el juicio de responsabilidad de la implicada.

La Sala comparte la apreciación crítica del Procurador en el sentido de que la demandante falló en este punto. "Puso de presente el contenido de las actas, pero no acató que tales documentos refieren un manejo limpio de los fondos de la Fundación, pues las autorizaciones allí otorgadas al Presidente del Consejo pueden inscribirse dentro de los propósitos a que estaban destinados los auxilios; jamás el citado Consejo destinó los dineros públicos a incrementar patrimonios particulares, ni dispuso la realización de contratos ficticios u otras operaciones que permitieran la distracción de los caudales y la elaboración de soportes falsos o la creación de métodos engañosos para tratar de ocultar la ilícita apropiación de los dineros".

Razón le asiste también al Ministerio Público cuando afirma que la sola mención de la participación de Ilse de Rueda en estos manejos, es insuficiente para demostrar su responsabilidad en el delito "y muy por el contrario, hablan los documentos que la actividad de la procesada estuvo ajustada a las normas legales que regían la utilización de los auxilios razón por la cual no cabe imputarle responsabilidad penal". La prueba documental puesta de presente por la recurrente, no alcanza a desvirtuar el estado de duda declarado por el Tribunal Sentenciador.

La Corte prohíja el concepto de la Delegada en relación con la certificación bancaria -la otra prueba omitida-, en el sentido de que no tiene capacidad suficiente para desvirtuar las afirmaciones del juzgador en el tema que nos ocupa, pues es un hecho cierto que la citada prueba acredita que la señora Beltz de Rueda *podía* realizar operaciones bancarias en la cuenta de Eurpencol, mas no demuestra que *efectivamente lo haya hecho*. Si la duda del Tribunal radica justamente entre otros aspectos, en la ausencia de prueba en torno a operaciones realmente realizadas por la acusada, la

potencialidad de su efectiva realización no constituye más que una probabilidad que, lejos de destruir el estado de duda, contribuye a su afianzamiento".

Basta leer la sentencia para darse cuenta que la duda del tallador no surge exclusivamente en relación con la disponibilidad jurídica de los dineros ni con las operaciones efectivamente realizadas con ellos; la falta de certeza surge también de las declaraciones que varios testigos suministran acerca del papel exclusivamente académico que desempeñaba la implicada en la Fundación y total alejamiento funcional de los dineros recibidos a título de auxilio.

En tales circunstancias, el hecho de que la acusada haya suscrito los contratos en calidad de testigo y fuera la encargada de constatar el cumplimiento de los mismos, no puede entenderse como una comprobación de su responsabilidad penal.

Al respecto, es oportuno destacar como con acierto lo hace el señor Procurador, que lo que en verdad plantea la demandante no es la existencia de un error de hecho del sentenciador, sino un enfrentamiento de criterios entre el Tribunal y la recurrente, pues lo que pretende a través del examen parcial de las consideraciones de la sentencia es llegar a conclusiones absolutas que no respetan en su exacto sentido las conclusiones del Tribunal.

De las consideraciones anteriores la Sala concluye -de acuerdo con el Ministerio Público- que la demandante no logró acreditar la responsabilidad penal de la acusada, porque ni aun involucrando a la decisión las pruebas atrás relacionadas así como los estatutos de la Fundación y la declaración del señor Jaime Serrano León, es posible destruir la falta de certeza que acompañó al Tribunal al momento de la sentencia.

El cargo será desestimado.

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 (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés García, Secretario

DEMANDA DE CASACION/NULIDAD/ CASACION OFICIOSA/ PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. No basta con citar la omisión de unas pruebas determinadas para invocar con éxito la causal de nulidad. A más de ello, el censor ha de indicar su trascendencia en la decisión, de tal magnitud que su presencia tenga la virtud de cambiar en forma favorable la situación del recurrente. /La falta de precisión del cargo impide a la Corte comprender su real alcance y la naturaleza de la inconformidad del recurrente. Por cierto que con enunciados generales, invocaciones abstractas o protestas de este género no puede aspirarse, juiciosamente hablando, a desatar vicios de invalidez para desquiciar el soporte de una relación jurídica determinada. Es que no se puede impetrar en sede de casación una declaratoria de nulidad sin rigor ni precisión alguna y sin especificar su adecuación particular frente a las fallas del proceso. /2. Se observa en las sentencias de primera y segunda instancia que al procesado se le impuso como pena accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la pena principal. Tal determinación viola flagrantemente el artículo 44 del C. P., que le fija a dicha sanción un término máximo de diez años. Así las cosas se encuentra viciada de nulidad esta determinación, hecho que obliga a la Sala a casar parcialmente la sentencia de segunda instancia, disponiendo en su lugar que la citada pena accesoria se extenderá sólo por diez (10) años.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8010.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 71.

Santafé de Bogotá, D. C., agosto 11 de 1993.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia de segundo grado proferida el veintiocho (28) de mayo

de mil novecientos noventa y dos (1992), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado Unico Superior de Facatativá que impuso a los procesados Néstor William Pinzón Ordóñez y José Carmen Rodríguez Roncancio la pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de prisión como autores responsables de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas y municiones, así como a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Corresponde ahora la decisión de fondo.

Hechos y Actuación Procesal

Aparecen concretamente reseñados por la Delegada en los términos que a continuación se copian:

"El pasado dos (2) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), cerca de las siete de la noche, en la vereda Baqueru del Municipio de Nocaima, llegaron hasta la casa de la familia Esquinas Pinzón dos sujetos armados con revólveres, los que agredieron a quienes allí se encontraban en ese momento e hicieron algunos disparos dentro de la vivienda.

Los habitantes, asustados, buscaron refugio en diferentes partes, lo que no impidió que algunos de ellos fueran golpeados por los atacantes, Vitelmo Esquinas Pinzón, uno de los miembros de la familia, salió de la casa y fue encontrado al día siguiente entre un cañadulzal, muerto y con huellas de haber recibido un impacto de arma de fuego.

Como presuntos autores de los hechos fueron identificados Néstor William Pinzón Ordóñez y José del Carmen Rodríguez Roncancio, amigo del anterior y quienes hacía pocos días habían salido licenciados del servicio militar obligatorio.

Habiendo tenido noticia de los hechos anteriormente relatados, el Juzgado Promiscuo Municipal de Nocaima realizó la diligencia de levantamiento del cadáver el día tres (3) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), en la cual dejó consignadas algunas generalidades acerca del sitio en donde sucedieron los acontecimientos y su impresión sobre el lugar en donde recibió el impacto de arma de fuego el occiso Vitelmo Esquinas Pinzón.

Sobre esta base y como no se encontraran todavía identificados los presuntos autores del hecho, dispuso el adelantamiento de diligencias preliminares que se surtieron con su intervención.

Posteriormente fueron aprehendidos los acusados y el mismo Juzgado ordenó la iniciación del proceso penal en proveído que lleva fecha del cuatro (4) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Escuchados los inculpados en indagatoria, manifestaron ser ajenos a los hechos y explicaron que al momento en que estos sucedieron, ellos se encontraban en una de las fincas del lugar, en compañía de otras personas cuya identificación suministraron.

El día diez (10) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Nocaima se practicó diligencia de reconocimiento en fila de

personas de los aprehendidos, siendo estos reconocidos por el denunciante como las mismas personas que días atrás perpetraron el asalto en donde encontró la muerte su hermano Vitelmo.

El expediente pasó entonces al Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, con sede en Facatativá, por competencia, y allí se resolvió la situación jurídica de los vinculados mediante auto del catorce (14) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991) en el que se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de los señores Néstor William Pinzón y José del Carmen Rodríguez Roncancio por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Ante el Juzgado Instructor se realizó gran parte de la actividad investigativa, y entre las diligencias cuya evacuación se ordenó, cabe destacar el dictamen pericial que se dispuso a los proyectiles que fueron encontrados en el sitio de los acontecimientos, los que deberían ser comparados con las armas recuperadas para determinar su uniprocedencia.

En providencia del tres (3) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991) se ordenó el cierre de la investigación y quedó el expediente a disposición de las partes para que presentaran sus alegaciones de fondo. Durante este lapso, se aportó al expediente el resultado del dictamen pericial sobre los proyectiles, que había sido ordenado. Luego el treinta (30) de los mismos mes y año, se procedió a la calificación del mérito sumarial con resolución de acusación en contra de los inculpados por los delitos de homicidio, porte ilegal de armas y violación de habitación ajena.

Ejecutoriada la resolución de acusación, la actuación pasó a conocimiento del Juzgado Único Superior de Facatativá que abrió el juicio a pruebas con auto del dieciséis (16) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991). La agencia del Ministerio Público solicitó entonces la evacuación de algunas diligencias, y a su práctica accedió el Juzgado en auto del seis (6) de junio en que además ordenó la recolección de otras pruebas.

Cumpliendo lo anterior se fijó fecha para la celebración de la audiencia pública de juzgamiento que comenzó a realizarse el día quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991). En tal oportunidad el defensor de los acusados denunció la ausencia de unas pruebas y solicitó su práctica, haciendo énfasis en el adelantamiento de una diligencia de inspección judicial al sitio de los hechos, la cual estimó ordenada tácitamente por el instructor, pero que, a pesar de ello no fue practicada oportunamente. El Juez de la causa suspendió la diligencia para proveer en torno a las pruebas pedidas.

Con proveído del veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991) se resolvió sobre las solicitudes del defensor, ordenándose la recepción de los testimonios que había requerido y negándose la evacuación de la diligencia de inspección judicial. El profesional, entonces, interpuso recurso de reposición contra lo decidido insistiendo en la recepción de las versiones testimoniales, a lo que accedió el juzgado en su oportunidad.

Durante el debate oral no se escuchó a todos los testigos citados, porque éstos no comparecieron a la audiencia, la cual sin embargo, se desarrolló hasta su terminación.

El Juzgado Único Superior de Facatativá dictó sentencia de primera instancia el día doce (12) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992) cuando condenó a los

enjuiciados, a la pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de prisión como coautores de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas y municiones y los absolvió por el delito de violación de habitación ajena por el que también habían sido llamados a responder en juicio criminal. Como pena accesoria determinó la de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y condenó a los acusados, también, al pago de indemnización por perjuicios ocasionados con el delito de un monto de quinientos (500) gramos oro cada uno.

Apelada que fuera la anterior determinación tanto por el defensor de los encartados como por el Representante del Ministerio Público, desató la instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca quien la confirmó en su integridad.

Contra esta sentencia, oportunamente, el defensor de los encausados interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se tramita.

La Demanda

Comienza el recurrente, destacando que la actuación procesal presenta una "escalada de irregularidades", afirmando que no se realizó diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos "por cuanto el Despacho debía desplazarse a zona rural y realizar la inspección en horas de la noche", amén de que el reconocimiento que se practicó a los capturados se hizo sin observar las exigencias procedimentales propias de la diligencia en cuestión. Formula tres reproches contra la sentencia que estima dictada en un juicio viciado de nulidad.

Primer cargo:

Evoca el actor la autorización que da el artículo 226 del Decreto 050 de 1987 con la reforma establecida por el Decreto 1861, para quebrar el fallo de segundo grado "... cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Luego precisa que no puede considerarse como una simple irregularidad la inercia del instructor que deja de practicar pruebas por requerirse un desplazamiento a áreas rurales. Es una causal de nulidad, advierte, pues sin las probanzas omitidas no se pudieron conocer las ubicaciones de los protagonistas del suceso criminoso, el verdadero alcance de las palabras dichas por los testigos presenciales, la delimitación del sitio de los hechos y sus condiciones de visibilidad. Ello provocó la "exaltación" del informe policial, provocándose una nulidad a todas luces insaneable.

Como evidencias que no realizó el instructor señala la inspección judicial, el guantelete de parafina y el oficio a Medicina Legal para que determinara la posición de los contrincantes de acuerdo con la trayectoria del proyectil. Para finalizar advierte que ante la orfandad de elementos de juicio suficientes no se explica el por qué "... se dan por existentes los elementos del tipo o acuerdo real o criminal de voluntades...", los cuales -ni con mucho- pueden presumirse.

Segundo cargo:

Precisa este reproche con el siguiente esbozo: "A folio 156 del cuaderno principal aparece el dictamen proferido por Medicina Legal -División Criminalística-... prueba oculta como siempre a los intereses de los detenidos: jamás se puso en conocimiento

reafirmando así los defectos del atropello o el marcado desee de que los cautivos no pudieran ejercer su derecho de defensa".

Escrito lo anterior -afirma el actor- que tanto en la resolución de acusación como la sentencia, se cuantificó la pena a sabiendas de que con ello se estaba vulnerado el principio lógico de no contradicción y elementales derechos o garantías de defensa.

Evoca después los particulares criterios de algunos autores nacionales acerca de los principios de contradicción y publicidad concluyendo que como el dictamen de balística no fue puesto a disposición de las partes, no pudo ser apreciado por el sentenciador, sorprendiéndose a los acusados Pinzón Ordóñez y Rodríguez Roncancio con una probanza allegada a espaldas suyas.

Más adelante y en un capítulo que denominó "resumen del cargo" asevera que la sentencia atacada no realizó ningún análisis o confrontación de la prueba, afirmando, además, que el juzgador no dio oportunidad a los procesados para discutir la experticia obrante al fol o 156 del expediente, lo cual vulneró el derecho de defensa.

Tercer cargo:

Precisa el recurrente que el día diez (10) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991) se practicó diligencia de reconocimiento en rueda de personas, violándose todos los principios del debido proceso, sosteniendo, además, que tanto la anterior como la nueva codificación procedimental fueron atacadas con dicho reconocimiento.

Luego de citar los artículos 368 y 390 de los Códigos de Procedimiento Penal, el derogado y el actual, y de mencionar el 29 de la Carta Política, resume el criterio que frente a las nulidades constitucionales ha esbozado la Corte y sobre estos presupuestos advera que si la Sala se detiene a examinar cuidadosamente el proceso, arribaría a las conclusiones siguientes; que se irrespetaron los derechos y garantías fundamentales de los acusados y que en el reconocimiento en fila de personas "jamás se quiso señalar al autor de los disparos", concluyendo que la diligencia cuestionada refleja un evidente atropello.

Reclama como consecuencia de lo escrito la declaración de nulidad a partir del proveído que ordenó el cierre de la indagación.

Por último, se ocupa de agitar, *ex novo*, las nulidades invocadas agregando que en el proceso no se hizo un serio análisis del fenómeno de la coparticipación criminal, reclamando la anulación de lo actuado a partir del momento procedimental ya indicado.

Concepto del Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Luego de recordar la estricta técnica que gobierna el recurso y su inobservancia por el libelista, analiza cada uno de los cargos presentados. Respecto al primero -nulidad por omisión en la práctica de pruebas- señala la Delegada que el censor no cumplió con la obligación de especificar la clase de prueba omitida, las razones por las cuales no se practicó y el carácter fundamental de que se encuentra revestida. Simplemente se limitó a sostener que la inspección judicial era fundamental y que con ella se podrían acreditar algunos aspectos propios del proceso, así como servir de contraste para otros medios de convicción que fueron tenidos en cuenta por el sentenciador.

A seguida, recuerda el porqué al sentenciador le pareció superflua la práctica de dicha diligencia pues lo que pretendía acreditar encontraba soporte en otros medios de prueba. Después, el Ministerio Público indica cómo, dentro del mismo ataque, el casacionista denuncia la no práctica de otros medios de prueba, cometiendo la misma presentación abstracta de la anterior probanza. Por dicha vaguedad, considera improcedente la objeción.

Cuanto al segundo cargo, nulidad por violación al derecho de defensa, advierte que el censor olvidó demostrar la violación de la garantía en comento y si en verdad se pretermitió su ritual, la consecuencia no es la anulación de lo actuado sino su exclusión al momento de proferirse la sentencia, lo que impone la alegación del vicio en el terreno del error de derecho por falso juicio de legalidad. También solicita el rechazo de este reproche.

Finalmente, en lo que se refiere al tercer cargo -nulidad por violación al debido proceso- considera como más notorias las falencias técnicas del escrito. No señala cuáles fueron las garantías conculcadas al practicarse el reconocimiento en rueda de personas, ni se demuestra su violación en la práctica de la misma. "La falta de precisión del cargo, empero, impide comprender su real alcance y la naturaleza de inconformidad del casacionista, por lo cual esta censura también ha de ser desestimada".

En consecuencia, solicita a la Sala *No casar* el fallo impugnado.

La Corte

Primer cargo:

Como bien se ocupa de recordarlo la Delegada, no basta con citar la omisión de unas pruebas determinadas para invocar con éxito la causal de nulidad. A más de ello, el censor ha de indicar su trascendencia en la decisión, de tal magnitud que su presencia tenga la virtud de cambiar en forma favorable la situación del recurrente.

Tales preceptivas fueron olvidadas por el demandante. Con argumentos abstractos y con vagas referencias a lo sucedido, embebra el ataque, dejando en la ignorancia a la Sala sobre la importancia de la inspección judicial, el guantelete de parafina y el peritazgo de Medicina Legal, en las resultas del proceso.

Obsérvese.

Luego de emplear algunos párrafos en disquisiciones doctrinarias sobre la esencia de la causal invocada y su fundamentación en esta sede extraordinaria, centra su atención en varias frases genéricas que apenas enuncian el problema. Así, se refiere a que la práctica de las probanzas hubiese permitido "...las posibles ubicaciones de los distintos protagonistas...", "...las posibles distancias...", "...la veracidad o la mentira de los distintos declarantes...", y, finalmente, "...la delimitación del sitio de los hechos y el grado de visibilidad imperante...". Hasta aquí sus palabras, sin que le señale a la Corte, luego de detallar el escenario en que ocurrieron los hechos, cómo las pruebas indicadas hubiesen podido variarlo, mostrando una visión favorable a los intereses de los procesados.

Sin estas precisiones, su alegato queda reducido a una simple constancia de inconformidad, sin que pueda la Corte tratar de desentrañar el verdadero alcance de su pensamiento, ante las limitaciones del recurso que únicamente tiene como sustrato para el estudio de la demanda, la suma argumental del libelista.

Aunque estas razones serían suficientes para declarar la improsperidad del reproche, la Sala aún no termina su tarea. Considera conveniente llamar la atención del impugnante sobre el rigor que debe poseer el razonamiento expuesto en el escrito, alejado de la especulación o la simple demeritación de los elementos de juicio que le son aversos.

Hablar, por ejemplo, en forma peyorativa, de las pruebas tenidas en cuenta por el fallador para fundamentar su decisión, en nada ayuda al cometido de desquiciar un fallo que viene a esta sede con la presunción de acierto y legalidad. El afirmar, por ejemplo, que con la omisión anotada, se "exaltó" el informe policial, sin dar ninguna otra explicación es restarle seriedad a la argumentación, pues aparte de la frase misma, no le indica a la Sala los alcances de la falencia.

Ahora bien, no se puede aceptar tampoco el que sea la especulación el fundamento de los razonamientos que exponga el casacionista. Afirmar que "...no se quiso practicar la Inspección Judicial a sabiendas de que su presencia incidía definitivamente en materia de autoría", sin aducir el porqué del aserto, comporta una actitud inconsiderada, por decir lo menos, que la Corte tiene el deber de rechazar enérgicamente.

Basten las anteriores consideraciones, para inadmitir el ataque.

Segundo cargo:

Aduce el actor, como bien se conoce, que el dictamen de balística proferido por el Instituto de Medicina Legal -División Criminalística- jamás se puso en conocimiento de su poderdante con el marcado propósito de que no pudiera ejercer sus derechos de defensa. La falencia técnica del reproche salta a la vista pues el casacionista -fuera del enunciado- apenas circunscribe sus esfuerzos a esbozar unos planteamientos genéricos con alusiones a la opinión -naturalmente respetable- de algunos autores nacionales que se ocupan de este tipo de nulidad con especial referencia a los principios de publicidad y contradicción.

Es rigurosamente exacto que el dictamen a que alude el actor no se puso en conocimiento de los sujetos procesales tal como lo preceptúa el artículo 271 del C. de P. P., siendo de advertir, por otra parte, que materialmente se incorporó al expediente con posterioridad al cierre de la investigación y antes de proferirse el auto calificatorio del mérito del sumario, etapa en la cual -como correctamente lo señala la Delegada- no resultaba procedente ponerlo en consideración de los sujetos procesales.

Es evidente, entonces, que a partir de la resolución de acusación, la defensa -conociendo ya la agregación material del dictamen al proceso- tuvo amplias oportunidades para refutar o contradecir sus observaciones y resultados. Sin embargo, retuvo toda protesta y pasó en silencio cualquier objeción. Sólo ahora, en el momento, viene

a reclamar contra sus conclusiones al haber sido considerado el susomentado dictamen por las instancias como uno de los elementos de convicción que comprometieron a los imputados. Y si bien es cierto que no se produjo ninguna providencia que específicamente pusiera en conocimiento de los intervinientes la pericia en comento, también lo es, que durante toda la etapa de juzgamiento estuvo aquélla y sus conclusiones a disposición de las partes para que éstas formularan las observaciones o reproches que conceptuaran oportunos o pertinentes esgrimir. Y si bien se consulta el desarrollo de la audiencia pública, protuberantemente se advertirá que el defensor se refirió de manera amplia, sin restricciones ni reservas, a concretos aspectos de la prueba pericial, resultando del todo inexplicable que a la hora de ahora asevere el actor que su contenido e inferencias no fueron controvertidos ni debatidos por la defensa. Esto no es serio.

Tercer cargo.

Sostiene el libelista que es nula de pleno derecho la diligencia de reconocimiento en rueda de personas realizada el diez (10) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991) donde fueron atropelladas las garantías de los procesados y violados todos los principios del debido proceso por parte del funcionario judicial que la practicó.

Como al primer pronto se advierte el casacionista no especifica ni señala en ningún lado pero en ninguna parte de su escrito cuál o cuáles fueron las garantías que considera holladas o conculcadas por el instructor al momento de realizarse la antedicha diligencia.

La falta de precisión del cargo impide a la Corte comprender su real alcance y la naturaleza de la inconformidad del recurrente. Por cierto, que con enunciados generales, invocaciones abstractas o protestas de este género no puede aspirarse, juiciosamente hablando, a desatar vicios de invalidez para desquiciar el soporte de una relación jurídica determinada. Es que no se puede impetrar en sede de casación una declaratoria de nulidad sin rigor ni precisión alguna y sin especificar su adecuación particular frente a las faltas del proceso.

Algo más que planteamientos vagos o indeterminados es necesario predicar para que pueda reclamarse con éxito esta categoría excepcional de remedio jurídico. Y si al Ministerio Público le resulta imposible determinar cuál es la pretensión del demandante en este caso, parigual cosa sucede con la Sala, que no atina a desentrañar las verdaderas intenciones del libelo y los propósitos de su autor.

El fracaso del reproche es su medida y así ha de decretarlo la Colegiatura.

Casación oficiosa:

Se observa en las sentencias de primera y segunda instancia que al procesado se le impuso como pena accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la pena principal, es decir, por diez (10) años y seis (6) meses. Tal determinación viola flagrantemente el artículo 44 del C. P., que le fija a dicha sanción un término máximo de diez años. Así las cosas, se encuentra viciada de nulidad esta determinación, hecho que obliga a la Sala a casar parcialmente la sentencia de segunda instancia, disponiendo en su lugar que la citada pena accesoria se extenderá sólo por diez (10) años.

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

RESUELVE:

Casar parcialmente el fallo impugnado, en lo referente a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas al procesado, fijándole como término de duración diez (10) años, en vez de los diez (10) años y seis (6) meses que se le impusieron en ella. En lo demás, permanecerá incólume la providencia materia de este recurso extraordinario.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Fresneda (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Carreño Luengas*, *Guillermo Duque Ruiz*, *Gustavo Gómez Velásquez* (no firmó), *Dídimo Páez Velandia*, *Edgar Saavedra Rojas*, *Jorge Enrique Valencia*.

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario

RESOLUCION DE ACUSACION / NULIDAD

Para la Sala sigue siendo válida la premisa de que la resolución de acusación debe contener el cargo o los cargos que en ella se formulan, descritos en forma clara y precisa y con la determinación de todas las circunstancias de trascendencia para la imputación, pues de no ser así la defensa difícilmente podría ejercerse. Por ello en múltiples oportunidades se ha declarado la nulidad de esta trascendental providencia, cuando la misma puede calificarse de anfibológica o ambigua, porque no permite comprender con exactitud el cargo o cargos formulados.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8144.

Aprobado Acta número 71.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de agosto de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 31 de julio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a Justo Pastor Guarín Gómez y Guillermo Alonso Rodríguez Prieto, a 12 meses de arresto cada uno, por violación de los derechos de reunión y asociación, delito previsto en el artículo 292 del Código Penal.

Antecedentes

1. Los hechos materia del proceso los resume así el Tribunal:

"Por el mes de abril de 1986 varios trabajadores de la empresa Espumados S. A., decidieron afiliarse al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Química en Colombia (SINTRAQUIM), para lo cual se dieron las comunicaciones del caso a la División de Asuntos Colectivos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hecho que conocieron Justo Pastor Guarín y Guillermo Alonso Rodríguez Prieto, Gerente General y Administrativo, respectivamente, de Espumados S. A., quienes en forma inmediata y como represalias a la asociación procedieron a despedir a gran cantidad de sus

trabajadores, so pretexto de no aceptar éstos los traslados a otras ciudades del país y a la falta de recursos de la empresa. Ante el Ministerio de Trabajo, independientemente de este proceso, se inició uno administrativo contra la citada empresa que culminó con la declaratoria de despido colectivo y sanción de multa de diez salarios mínimos legales para la empresa Espumados S. A." (folio 10 Cuaderno número 2).

2. El Juzgado 34 Penal del Circuito abrió investigación (folios 19-1), practicó numerosas pruebas, entre ellas las indagatorias de los procesados (folios 98 y ss.) y, debido a la entrada en vigencia del Código Penal de 1987 (Decreto 050 de ese año), remitió el proceso a los Juzgados de Instrucción Criminal, correspondiéndole por reparto al 63, que definió la situación jurídica de los denunciados con auto de detención por el delito de que trata el artículo 290 del Código Penal: "violación de la libertad de trabajo".

Cerrada la investigación, se la calificó con resolución acusatoria por el mencionado delito (folios 174 y ss.-1), auto que apelado recibió confirmación por el Tribunal (folios 9 y ss.-2).

3. El Juzgado 34 Penal del Circuito declaró la legalidad de lo actuado, celebró audiencia pública (folios 224 y ss.-1) y dictó sentencia de 20 de noviembre de 1989 (folios 252 y ss.), por medio de la cual condenó a los procesados a 12 meses de arresto cada uno. Apelado ese fallo, el Tribunal (otra Sala de Decisión, distinta de la que confirmó la resolución de acusación), en auto de 30 de marzo de 1990, declaró la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia pública, por errónea calificación de la conducta, pues en sentir del Tribunal el delito que se tipificaba era el escrito por el artículo 292 del Código Penal, no el previsto en el artículo 290 *ibidem*, ya que para el despido de los trabajadores no se habían dado maniobras engañosas ni violencia. En consecuencia, dispuso que se variara la calificación, como lo contemplaba el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989.

El Juzgado procedió de conformidad (folios 313 y ss.), celebró audiencia pública y dictó sentencia de 21 de enero de 1991, mediante la cual condenó a cada uno de los acusados a la pena de 12 meses de arresto (folios 366 y ss.). Apelado el fallo por la defensora de uno de los procesados, el Tribunal, por medio de auto de 19 de abril de 1991 (folios 53 y ss.-2), declaró la nulidad de lo actuado a partir de los actos de notificación del proveído que dispuso variar la calificación jurídica del hecho, por no haberse hecho dicha notificación en debida forma. Estimó el Tribunal que al no haberse enterado oportunamente a los procesados de la variación de la calificación, se había atentado contra su derecho de defensa.

Corregida esa irregularidad, el Juzgado celebró nuevamente audiencia pública (el 29 de abril de 1992, folios 427 y ss.) y profirió fallo el 26 de mayo siguiente (folios 435 y ss.) por medio del cual condenó a cada uno de los procesados a la pena principal de 12 meses de arresto y multa de un mil pesos, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de perjuicios y concedió a los acusados la condena de ejecución condicional.

Apelada esa sentencia por los defensores de los acusados, el Tribunal, mediante la suya que recurrió en casación el apoderado de aquéllos, la modificó en cuanto a que condenó en concreto al pago de perjuicios. En lo demás la confirmó (folios 10 y ss.-3).

La Demanda

Al amparo del numeral 3°, del artículo 220 del nuevo Código de Procedimiento Penal (ha debido el casacionista invocar el anterior Código de Procedimiento Penal, según el artículo 15 transitorio del nuevo estatuto), el actor afirma que se incurrió en nulidad, dada la imprecisión, ambigüedad y/o anfibología de la resolución acusatoria. En apoyo de esa tesis, dice el actor:

"Fácil es percatarse de que en esta resolución acusatoria no se hizo concreta y completa referencia a la identidad y al número de los trabajadores que supuestamente fueron despedidos en forma ilegal, como represalia por su afiliación a un sindicato, y tampoco a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que cada uno de esos despidos se produjo. Empero, era su obligación hacerlo, de conformidad con el artículo 271-1 del C. de P. P., a la sazón vigente.

"En la mencionada providencia se habla expresamente del despido de la denunciante y 'otras personas' o del despido de 'varios trabajadores', sin precisar en momento alguno cuáles fueron esas personas respecto de quienes se encuentra procesalmente demostrada su ilegal desvinculación laboral. Ello es palpable demostración de que la resolución acusatoria maneja los cargos de manera ilegalmente masiva y genérica, sin la debida individualización de los hechos que lo constituyen. Esto era sin lugar a dudas esencial, pues sin conocer tales factores resultaba -como verdaderamente resultó- jurídicamente imposible ejercer en forma técnica y debida el derecho de defensa, pues sin duda cada caso inviste sus propias particularidades, v.gr., en la causa del despido" (folios 31 y 32-3).

Añade que en el fallo también se dan esas "genéricas remisiones", y que incluso el Tribunal relaciona las personas que resultaron perjudicadas con el delito, "saltando así a la vista la arbitrariedad de las individualizaciones de la sentencia" (folios 33 y 34).

Se refiere a los documentos obrantes en autos y dice: "De la anterior recapitulación es fácil deducir que a lo largo de todo el proceso ha existido una absoluta indeterminación de los cargos, en cuanto nunca se ha precisado de manera inequívoca cuáles y cómo fueron los despidos que los procesados realizaron en forma ilegal, y que por ello permiten la configuración de un delito de 'violación de los derechos de reunión y asociación'. A los procesados, de consiguiente, jamás se les facilitó la oportunidad de defenderse de cargos específicos para demostrar, por ejemplo, que el despido de tal o cual trabajador dependió de causa justa y no de un despido colectivo con fines de persecución sindical." (folios 35-3).

Cita doctrina y jurisprudencia respecto de la anfibología alegada y pide que se case el fallo, declarando la Corte la nulidad a partir, inclusive, de la resolución de acusación.

La delegada

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal empieza por decir que con carencia "de técnica y desconociendo la realidad de los proveídos atacados", se formula este cargo (folio 15 cuaderno Corte), señalando enseguida que la resolución acusatoria sí contiene un cargo concreto y claro, cual es el de haber despedido a unos trabajadores como represalia por su afiliación a un sindicato. Dice la delegada:

"La prueba testimonial, documental e indiciaria que se mencionó y analizó en la forma como aparece en el calificatorio, llevó pues al Juzgador a consignar la decisión de acusación allí contenida, y que en esencia (sic) tendía a robarar (sic) los nítidos y contundentes elementos incriminatorios que representaban y de hecho representan, las resoluciones aludidas.

"Habiendo sido pues considerados estos medios de persuasión (sic), por el fuez que emitió el pliego de cargos, en la forma como se ha expuesto, y dentro del conjunto probatorio, no puede desconocerse que éstos ilustran, de manera precisa y contundente, el número, la identidad, y las causas de los despidos de los 32 trabajadores que allí se especifican: veinticuatro (24) de los cuales se entendieron como desvinculados por justa causa, según lo argumentado por la empresa y que por lo mismo el ente administrativo se abstuvo de calificar como despidos colectivos, 'hasta tanto la justicia ordinaria no se pronuncie' y los ocho (8) restantes como desvinculaciones laborales contrarias a las regulaciones en la materia, y que le acarrearon, por ende, la sanción de multa allí señalada" (folios 18 y 19).

Más adelante agrega la Delegada:

"De lo cual se colige que los cargos formulados en la resolución de acusación fueron concretados de manera clara y precisa e inequívoca, en orden a la infracción de los miembros de Sintraquim, con motivo de la reunión o asociación legítima que representaba la agremiación sindical y que se vio menguada al punto de su extinción, por la acción de los inculpados".

Y añade: "En consecuencia, que dicha formulación de los cargos, por tal modo concebida, de ninguna manera puede entenderse anfibológica -de doble sentido-, oscura o contradictoria, como lo pretende hacer ver el casacionista, y menos cuando surge como fiel reflejo de las pruebas enderezadas sin lugar a dudas a sustentar el juicio de valor en punto a tipicidad, consignado en los proveídos atacados" (folio 21).

Concluye que, así las cosas, el fallo no debe casarse y que lo que se aprecia, en el fondo, es "un disentimiento con la valoración de las pruebas efectuadas por el sentenciador" (folio 22).

Consideraciones de la Corte

Según el demandante, como ya se anotó, para que la defensa de los acusados hubiera podido ejercerse, habría sido indispensable que en la resolución de acusación se hubiera "precisado de manera inequívoca cuáles y cómo fueron los despidos que los procesados realizaron en forma ilegal". Como ello no ocurrió así, concluye el actor, el juicio está viciado de nulidad.

Reitérese en primer término, que para la Sala sigue siendo válida la premisa de que la resolución de acusación debe contener el cargo o los cargos que en ella se formulan, descritos en forma clara y precisa y con la determinación de todas las circunstancias de trascendencia para la imputación, pues de no ser así la defensa difícilmente podría ejercerse. Por ello en múltiples oportunidades se ha declarado la nulidad de esta trascendental providencia, cuando la misma puede calificarse de anfibológica o ambigua, porque no permite comprender con exactitud el cargo o cargos formulados.

Si se lee la decisión del Tribunal fechada el 30 de marzo de 1990, por medio de la cual dispuso que se variara la calificación original efectuada por el Juzgado 34 Penal del Circuito, no queda duda alguna de que el delito que en definitiva se imputó a los acusados y del cual se defendieron, fue el tipificado en el artículo 292 del Código Penal, en su modalidad, según los términos expresos de esta Corporación, de "tomar represalias con motivo de haberse constituido una asociación legítima. Porque varios de los obreros de Espumados S. A., ingresaron a formar parte de un sindicado (Sintraquim) se hizo uso de las represalias (daño que se irroga a otro por algo que se ha hecho y que se considere igualmente dañoso); se les trasladó a otros sitios de trabajo, sabiéndose que no estaban en condiciones de aceptar tales traslados y menos aún cuando se hacían sin dar cumplimiento a lo establecido en las leyes laborales" (folio 44 del Cuaderno número 2).

Y el Juzgado al cumplir la decisión anterior, también fue muy explícito en cuanto a la determinación del delito por el cual, en últimas, debían responder los procesados y fue tan fiel al pensamiento del Tribunal, que expresamente se refirió a sus motivaciones para acogerlas en su totalidad: "sin ser necesario volver a repetirlas en este proveído, pues como ya dijimos se encuentran sabiamente analizadas", son los términos que utilizó el juzgado (folio 315).

Y si se observa con detenimiento la resolución de acusación original, que no ha sido anulada ni fue glosada por el Tribunal en cuanto a la concreción de los hechos objeto de juzgamiento (sólo se modificó la adecuación típica, pero siempre sobre la misma base fáctica), con toda nitidez se comprende la acusación, no encontrando la Sala, por ello, la imposibilidad de defensa que ha sido planteada.

En efecto. En la síntesis de los hechos que hace el Juzgado 63 de Instrucción Criminal, con toda claridad se dice que como consecuencia de la afiliación de un grupo de trabajadores de la empresa Espumados S. A., al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Química en Colombia, la denunciante (Doriam Sierra Niño) y "otras personas" fueron despedidas de la citada empresa, haciendo luego expresa referencia a la investigación administrativa adelantada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que culminó con una multa para Espumados S. A., "por persecusión (sic) sindical y despidos colectivos".

A continuación el juzgado hace expresa mención de las Resoluciones 0658 y 0600 emanadas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y al finalizar su proveído vuelve a referirse a éstas y las incluye entre los "indicios graves de responsabilidad" que le sirven de fundamento a la resolución de acusación (folios 174 y ss.).

Así las cosas, sólo bastaba con mirar las referidas Resoluciones, especialmente la número 0660 (folios 7, 8 y 9 del Cuaderno Principal), para concretar el nombre de los trabajadores despedidos como injusta represalia por su afiliación a una organización sindical, si era que los acusados y sus defensores lo consideraban importante para sus intereses.

Si se analizan las intervenciones de los defensores en la audiencia, por parte alguna se advierte que la aducida "indeterminación", que no existió como lo ha puntualizado la Sala, hubiera sido obstáculo para la defensa. Adujeron en favor de sus defendidos que los despidos de trabajadores se habían debido no a una represalia, sino a una

"reestructuración económica de la empresa" (folio 355), que los traslados de personal habían sido previamente aceptados por los trabajadores afectados, a quienes, además, la empresa les daba "las sumas necesarias" para que no sufrieran ningún perjuicio económico. Y sostuvieron, por último, que cuando los despidos se produjeron, los acusados ignoraban la "existencia de un sindicato en su empresa" (folios 352 y 353).

En síntesis, pues, para la Sala no existió en la resolución de acusación ninguna "indeterminación"; el cargo que en ella se formuló a los procesados fue concretado en forma clara y precisa, y por ello los defensores en ningún momento vieron limitada ni mucho menos impedida su fundamental misión, que cumplieron en la medida de sus posibilidades.

No presentándose la nulidad aducida, el cargo se desechará y en consecuencia la sentencia se mantendrá incólume.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

Juan Manuel Torres Fresneda (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario

TORTURA

Ningún "dolo específico" (mejor llamado elemento subjetivo del tipo) nutre el artículo 279 del Código Penal, que define la tortura. Para la tipificación de este delito basta con realizarlo consciente y voluntariamente, así se desconozca el motivo o fin específico que busca el autor de la tortura.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7833.

Aprobado Acta número 71

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de agosto de 1995.

Decide la Sala sobre la acción de revisión presentada contra la sentencia de 5 de abril de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó al abogado Héctor Jesús Rodríguez Cruz, por el delito de tortura previsto en el artículo 279 del Código Penal.

Antecedentes

Los hechos materia del proceso los resume así la sentencia objeto de la mencionada acción:

"El trece de marzo del año en curso (1985), la doctora Irma Patiño Angarita, formuló denuncia penal en contra de Héctor de Jesús Rodríguez Cruz, por los delitos de tortura y otros, consistentes en que, desde el mes de noviembre de 1984 viene recibiendo llamadas telefónicas tanto en el Juzgado Primero Superior de Aduanas (del cual era titular, aclara la Sala), como en su residencia, en las que se le anuncia que la van a matar, que le van a hacer cosas a sus hijos, amenazas que también ha recibido su esposo, Alberto Zúñiga Serrano, motivo por el cual, hizo cambiar el número telefónico de su residencia, pero, esto no fue obstáculo para que el denunciado se hiciera al nuevo número telefónico y continuara con las amenazas y ultrajes con palabras de grueso calibre, hasta el punto de haber llamado al Tribunal Superior de Aduanas con las mismas palabras vulgares, comunicando que la tenían secuestrada y que la iban a matar, motivo por el cual, solicitó al DAS el rastreo e interceptación de sus teléfonos para identificar la persona y teléfono

desde donde se hacían las llamadas amenazantes y fue así como se estableció que se hacían por el denunciado desde su apartamento y desde el teléfono número 2148807 que tiene instalado allí. Afirma la denunciante que no se explica cuál es la razón para que su denunciado proceda en esa forma en contra suya y de su familia".

Esos hechos fueron denunciados por la doctora Patiño Angarita el 13 de marzo de 1985, siendo el proceso instruido por los juzgados 80 de Instrucción Criminal y 33 Penal del Circuito de esta ciudad. El último de los despachos mencionados, por auto de 19 de febrero de 1987 (folios 380 y ss.-1) enjuició al sindicado Rodríguez Cruz por el delito previsto en el artículo 279 del Código Penal, providencia que, apelada, fue confirmada por el Tribunal Superior (folios 37 y ss.-2).

En esas condiciones, el 16 de junio de 1988 se celebró audiencia pública y el 6 de septiembre se dictó sentencia (entre tanto se tramitó un impedimento de la Juez que el Tribunal no aceptó), por medio de la cual, en armonía con el enjuiciamiento, se condenó al doctor Rodríguez Cruz a un (1) año de prisión, a la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios. Se le otorgó la condena de ejecución condicional (folios 468 y ss.).

Apelada esa sentencia por el defensor del procesado, el Tribunal la confirmó enteramente (folios 62 y ss.-3).

La Demanda

El procesado -abogado- formuló acción de revisión bajo el amparo de la causal sexta del artículo 232 del nuevo Código de Procedimiento Penal, "en razón de que estimó que la Corte cambió favorablemente el criterio jurídico que sirvió de base para sustentar la sentencia condenatoria" (folio 33 Cuaderno de la Corte).

Expresa el accionante que en dicha sentencia se dijo "que no era necesario que el agente se propusiera ninguna finalidad específica, sino que bastaba el simple hecho de alterar la estructura psíquica, el equilibrio o tranquilidad personal, "aspecto que hace parte -según el fallo censurado- del bien jurídico tutelado, cual es la autonomía personal" (folio 34).

Alega que, posteriormente, en fallo de 30 de octubre de 1991, con ponencia del doctor Dídimo Páez Velandia, la Sala recogió este criterio, al señalar que sí se requiere en el delito de tortura que haya "un propósito específico" por parte del autor de la misma.

Dice que la ausencia de ese fin específico había sido sostenido por la Sala Plena de la Corte, al resolver la demanda de inexequibilidad contra el artículo 279 del Código Penal y precisa:

"En mi caso particular se me acusó de haber hecho unas llamadas vulgares, injuriosas, pero sin que se afirme que actué con ánimo de intimidar, de coaccionar, de efectuar alguna exigencia, es decir, de alterar la facultad de autodeterminación o dirección de los supuestos ofendidos, que es lo que tutela la norma sobre tortura, de cuya infracción se me acusó.

"En consecuencia, según el fallo condenatorio no se requiere para la tipificación de la tortura ninguna finalidad particular en el agente, si en mi ella estuvo ausente, según

lo reconoce la mentada sentencia, y la honorable Corte Suprema de Justicia cambió la doctrina sustentada por la Sala en su fallo de 31 de enero de 1991 (Sala Plena), al afirmar en octubre 30 del mismo año, que se requiere *el fin de intimidar o coaccionar*, estimo que el criterio jurídico que sirvió para sustentar la condena fue variado favorablemente por esa honorable Corporación, razón por la cual ésta debe ser revisada" (folio 35, cursivas del original).

Pide así el accionante que se revise el fallo y en su lugar se absuelva del cargo.

Pruebas

Abierto el asunto a pruebas, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicitó que se aportara fotocopia fiel de la providencia de esta Sala, de fecha 30 de octubre de 1991, lo mismo que posteriores pronunciamientos, si los había habido, y de los fallos constitucionales al respecto.

El accionante aportó copias de la mencionada providencia de esta Sala y de la referente a la Sala Plena (folios 54 y ss.). Al resolver pertinente, la Corporación ordenó autenticar las providencias aportadas por el accionante, negando lo que atañe a las decisiones de índole constitucional. "No encuentra en cambio la Sala -dijo- que la prueba relacionada en el literal c) sea conducente, pues el criterio jurídico que sobre el delito de tortura pueda tener la Corte Constitucional no cuenta para la decisión de la acción promovida. La causal invocada ha de entenderse referida exclusivamente a pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia" (folio 81).

Por otro lado, se accedió a allegar a los nuevos pronunciamientos hechos por la Sala sobre ese punto de la tortura, incorporándose la sentencia de casación de 29 de julio de 1992 (Magistrado Ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda), que trata del delito de secuestro agravado por la tortura (artículo 270-2) C. P., caso en el cual la demanda se rechazó por falta de interés, concretamente porque a través de la impugnación se pretendía hacer más gravosa la situación de los procesados (folios 57 y ss.).

Alegatos

En su alegato, el accionante vuelve sobre los puntos de la demanda de revisión. Luego dedica parte de su escrito a "algunos aspectos que no son de esta acción de revisión" (folio 115), punto en el cual reflexiona sobre el actuar humano, haciendo comentarios acerca de la "constatación de la inimputabilidad", dando a entender que únicamente un ser desequilibrado amenaza sin pronunciarse algo concreto. Insiste en que la tortura debe tener "un dolo o propósito específico" (folio 122).

Reitera, pues, la solicitud de absolución.

Se considera:

El argumento del accionante, como se vio, es el de que en el fallo condenatorio se dice que él, como procesado, no tuvo intención ni propósito específico cuando llamó por teléfono a la doctora Irma Patiño Angarita y, también, al esposo de ésta, Alberto Zúñiga Serrano. Esa falta de propósito concreto, dice, es la que precisamente hace que su conducta no sea delictuosa, según lo admitió la Sala de Casación Penal en sentencia de 30 de octubre de 1991. Ahí ve el actor, pues, un cambio jurisprudencial que lo favorece.

Pues bien, en el fallo de primer grado expresamente se afirma que el procesado, en las llamadas telefónicas que hacía a la doctora Patiño Angarita, le decía que "'la iba a matar', entre otras frase, 'vamos a la cama hijueputa', etc., amenazas éstas que trascendieron a su esposo e hijos...".

"Considera este despacho -dijo el Juzgado- que con esta clase de amenazas, de llamadas telefónicas realizadas en forma permanente durante varios meses, se consideran como una verdadera tortura moral, psicológica; el procesado alteró la tranquilidad, torturó a los esposos Zúñiga Patiño, situación ésta que ataca la estructura psíquica, anímica, aspecto que hace parte del bien jurídico tutelado cual es la autonomía personal" (folio 494).

Por su parte, el Tribunal argumentó al respecto:

"En estas condiciones, considera la Sala que en el presente caso se tipifica el delito de tortura moral, porque se encuentran comprobados los elementos o aspectos que, a tenor de lo establecido en el artículo 279 del C. P., lo definen:

a) El sometimiento mediante el sufrimiento moral; y

b) Que esta sujeción implique una restricción a la libertad individual, entendida como autonomía personal para determinar su propio comportamiento como persona.

"La Constitución Nacional y la ley penal garantizan esa libertad personal y tutelan que toda persona se encuentre en la posibilidad real de actuar conforme a su propia voluntad, sin interferencias ajenas indebidas.

"Es incuestionable que el procesado Héctor de Jesús Rodríguez Cruz desplegó, con los comportamientos reseñados en precedencia, una actividad perturbadora, de verdadero tormento psicológico, obligando a las víctimas, contra su voluntad, a solicitar el cambio, en dos ocasiones, del número telefónico de su residencia y que éste fuera privado, las sometió a procesos disciplinarios en las dependencias donde laboraban, al temor del asedio mortificante que los llevó a asumir conductas de evasión y angustia personales, con ostensible cambio de su conducta que significó la restricción de su autonomía personal. Tales cambios demuestran el sometimiento producido por la mortificación psicológica, de modo tal que las víctimas estuvieron sujetas a dichos cambios por la acción del torturador.

"Si la libertad personal implica la ausencia de coerciones, de presiones de terceros, es evidente que en este caso las víctimas se vieron obligadas a cambiar en muchos aspectos su vida personal y familiar, por la abusiva presión del autor.

"A estos aspectos son los que se refieren la jurisprudencia y la doctrina para que se tipifique el delito de tortura consagrado en el artículo 279 del C. P., pues debe recordarse que este tipo penal es de carácter subsidiario y *no exige finalidad alguna* o que el fin del victimario sea el de 'deleitarse o complacerse con los padecimientos de otra persona'" (se destaca).

No es cierto que esta Sala, en el mencionado proveído de 30 de octubre de 1991, haya dicho -como afirma el accionante- que para que se tipifique el delito de tortura (C. P., artículo 279) es imprescindible que el sujeto activo del mismo se proponga un fin específico, y *mucho menos que haga saber éste a la víctima.*

No debe pasarse por alto que en esa oportunidad la Sala encaró un delito de secuestro extorsivo, en el cual el autor exigía que el padre del secuestrado le pagara una deuda. La tortura en sí, se estimó como agravante, según el artículo 270-2 del Código Penal. Así, la Sala, luego de transcribir el concepto que sobre tortura trae la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles (incorporada a nuestro derecho interno mediante Ley 70 de 1986), dijo:

"De este concepto se desprende la clasificación conocida como física, cuando el sufrimiento infligido es corporal, y moral o psíquico cuando se produce dolor internamente *así sea para infundir miedo* o simplemente así sea para hacerle sentir una expiación más grave que el despojo de la libertad. Este tipo de tortura, no obstante tener muchas particularidades, casi siempre se consuma *con la simple advertencia de un mal con probabilidad de ocurrencia, pues lo que cuenta es que la amenaza logre un estado de desazón interior que afecte la normalidad psicológica de la víctima*, como lo reconocen la mayoría de doctrinantes (se destaca).

Se percibe entonces claro que en esa ocasión la Sala dijo todo lo contrario a lo que afirma el accionante como base de su pedimento. Además, ningún "dolo específico" (mejor llamado elemento subjetivo del tipo) nutre el artículo 279 del Código Penal, que define la tortura y en el cual el sentenciador ancló de manera definitiva (es decir, con firmeza o ejecutoria) la conducta del procesado Rodríguez Cruz. Para la tipificación de este delito basta con realizarlo consciente y voluntariamente, así se desconozca el motivo o fin específico que busca el autor de la tortura.

Vuélvese a decir que en esa oportunidad de 30 de octubre de 1991, la Sala tuvo enfrente fue un delito de secuestro, *en el cual* (no en la tortura, estimada como agravante), el claro propósito era de privar de la libertad para obtener un pago. Este fin -de un delito distinto, se reitera- no puede jamás confundirse con el fin de la tortura, es decir con el fin que se tenga al torturar a alguien, fin que en últimas se vincula al fin del delito (el secuestro), que en el caso traído a cuento, era amenazar para tratar de obtener el pago.

En suma, como, frente a la sentencia impugnada, la jurisprudencia no ha cambiado en un ápice, se negará la revisión impetrada.

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

RESUELVE:

Negar la revisión pedida por el sentenciado Héctor Jesús Rodríguez Cruz, quien como abogado actúa en su propio nombre.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dúlimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario

ACUMULACION

La acumulación no procede cuando en uno de los diligenciamientos ya se ha dictado sentencia de primera o única instancia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7281.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 072.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de agosto de 1993.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de Casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado Faunier Chavarro contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, en la cual le impuso al acusado diecinueve (19) años dos (2) meses de prisión, como autor responsable de dos homicidios, hurto calificado y agravado, encubrimiento y porte ilegal de armas.

1. Hechos y Actuación Procesal

El ex policía Faunier Chavarro fue vinculado a tres procesos, por delitos cometidos en lugares y circunstancias diferentes, cuyos hechos no son objeto de cuestionamiento por el impugnante, por lo tanto pueden resumirse muy brevemente así:

1. El 5 de octubre de 1987, en la casa ubicada en la carrera 24 número 14-61 de Manizales, el policía Mario Domínguez Jiménez le causó la muerte a la mujer María Teresa de Jesús Pulgarín, en momentos en que tomaban licor en compañía de Faunier Chavarro a quien sindicaron y condenaron por el punible de encubrimiento al establecerse que ayudó a entorpecer la investigación.

2. En la madrugada del 23 de diciembre de 1988, en la población de Samaná (Caldas), el agente Faunier Chavarro le causó la muerte al también policía Gentil Mosquera, alegando inicialmente que habían sido atacados por otras personas, para

después aceptar ser el autor de la muerte, dando como explicación que la víctima lo había sometido a algunas prácticas homosexuales, en desarrollo de las cuales intentó defenderse y se produjo el disparo. El instructor lo llamó a juicio por homicidio agravado (numeral 2° artículo 324 C. P.), pero el Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto contra ese proveído determinó que se trataba de homicidio simple.

3. En la tarde del 6 de julio de 1989, en la carretera que de Manizales conduce a Puerto Boyacá, vereda La Selva, sector Malhería, Faunier Chavarro y Aurelio de Jesús Isaza Gómez, en compañía de otras personas que no fueron individualizadas, usando uniformes de la Policía montaron un retén y asaltaron al conductor de un camión de nombre Wilson Alberto García, a quien le causaron la muerte y lo despojaron del automotor, el cual se recuperó kilómetros más adelante gracias a la información suministrada oportunamente por otro conductor que viajaba encaravanado con la víctima.

En el momento de la captura Chavarro portaba un revólver calibre 32 largo y 6 vainillas recién disparadas.

Estos hechos fueron calificados como homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de defensa personal.

Las resoluciones de acusación dictadas contra Faunier Chavarro por los delitos cometidos quedaron ejecutoriadas en orden cronológico así: por el encubrimiento el 2 de noviembre de 1988 y la causa correspondió al Juzgado Primero Superior; por el homicidio del agente de la Policía Gentil Mosquera el 30 de agosto de 1989; y, por el homicidio de Luis Alberto García, hurto y porte ilegal de armas, el 23 de octubre de 1989, correspondiendo la tramitación de este juicio al Juzgado Cuarto Superior.

El Juzgado Primero Superior, mediante auto de noviembre 7 de 1989, ordenó la acumulación en su Despacho de las dos causas que se adelantaban en el Juzgado Cuarto Superior y continuó con el trámite unificado de los tres procesos.

En memorial allegado al expediente el 20 de marzo de 1990, el implicado Faunier Chavarro solicitó al juez la suspensión del proceso hasta tanto el Tribunal Superior resolviera el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación dictada en su contra por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal de La Dorada por el homicidio de José Jair Cardona Murillo y porte ilegal de armas, la cual le fue negada y luego confirmada por el *ad quem* en mayo 11 siguiente, con la advertencia de que la petición no procedía, porque este cuarto proceso aún estaba en la etapa del sumario.

En oficio de septiembre 25 de 1990 dirigido al Juez Primero Superior, el Juzgado Primero de Orden Público de Manizales le informa que en el proceso seguido allí contra Faunier Chavarro por homicidio y porte ilegal de armas, fue confirmado el auto de detención proferido por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal y que en ese momento se ordenó correr el traslado previsto en el artículo 3º del Decreto 344 de 1989, al considerar perfeccionada la investigación.

En escritos recibidos en el Juzgado Superior el 2, el 4 y el 12 de octubre de 1990, el acriminado Chavarro solicitó la acumulación del proceso seguido en su contra por el Juzgado de Orden Público, petición que fue resuelta con abstención por considerar que la competencia para hacerlo era del Juez de Orden Público, a quien se le dirigió una comunicación impetrando que procediera a declarar la acumulación.

El 21 de noviembre siguiente, Faunier Chavarro solicitó que se fijara fecha para audiencia, en virtud de que el Juzgado de Orden Público le negó su petición de acumulación, decisión contra la cual interpuso el recurso de apelación.

Estando ya señalada la fecha para la audiencia, el defensor del procesado solicitó aplazamiento arguyendo que en el Tribunal Superior de Orden Público estaba por resolver la petición de acumulación, la cual, de ser aceptada beneficiaría a su cliente, planteamiento que encontró válido el Juzgado para acceder a la no realización de la audiencia hasta nueva orden.

Después de un nuevo aplazamiento por enfermedad de uno de los defensores, previa otra solicitud del acusado, al fin se realizó la audiencia pública el 11 de junio de 1991, y dos días después, el mismo procesado Faunier Chavarro pidió al juez que se abstuviera de dictar sentencia hasta tanto la jurisdicción de Orden Público resolviera sobre la acumulación, ante lo cual el Despacho envió un telegrama el 12 de junio al Juzgado de Orden Público solicitando respuesta a la petición de acumulación, y lo repitió el 26 del mismo mes, suspendiendo la actuación hasta el 9 de agosto del mismo año 1990, fecha en la cual pronunció la sentencia condenatoria en la que impuso a Mario Domínguez Jiménez diez (10) años de prisión por el homicidio de María Teresa de Jesús Pulgarín; a Aurelio de Jesús Isaza Gómez diecisiete (17) años de prisión por hurto calificado y agravado, y homicidio agravado de Wilson Alberto García Hoyos; y, a Faunier Chavarro diecinueve (19) años dos (2) meses, por los dos homicidios, el hurto calificado y agravado, el porte ilegal de armas y el encubrimiento. A todos les señaló pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal.

La providencia fue recurrida por los defensores de los tres condenados pero el Tribunal Superior le impartió confirmación integral, dejando constancia de su inconformidad por la benigna dosificación punitiva inmodificable en virtud del artículo 31 de la Constitución Nacional. El recurso de casación lo sustentó únicamente el defensor de Faunier Chavarro.

II. La Demanda

Al amparo de la causal tercera de casación, el libelista presenta tres cargos, al considerar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, como consecuencia de no haberse decretado la acumulación de las causas seguidas en el Juzgado Superior y en el de orden público.

El primer cargo apunta a la demostración de la incompetencia del juez (artículo 304 numeral 1° del C. de P. P.) en la medida en que se cumplían todos los requisitos procesales para decretar la acumulación y sin embargo, eso no ocurrió.

Estima que los proveídos del Juzgado Primero de Orden Público en los que se negó la acumulación son abiertamente ilegales, y que el Juzgado Primero Superior de Manizales no era competente para decretar la acumulación, pero tampoco para decidir el proceso puesto a su conocimiento, por cuanto al concurrir los requisitos para acumular, el competente era el juez donde se adelantaba el otro trámite procesal. Esta afirmación la apoya en el artículo 23 del Procedimiento Penal.

La nulidad alegada deviene, por cuanto se profieren dos sentencias en lugar de una que era lo que correspondía, con evidente perjuicio para los intereses del procesado, quien se ha visto avocado a soportar dos condenas y dos elevadas penas. Esta irregularidad vulneró el principio de favorabilidad consagrado en la Constitución y en la ley, ya que no hubo aplicación del artículo 26 del Código Penal.

La petición es que se case la sentencia y se decrete la nulidad del proceso a partir de la sentencia de primera instancia inclusive, "...para que se reabra la posibilidad de la acumulación de los referidos procesos, sobre la base de que también se case, por similares o idénticas razones la sentencia de segunda instancia que profirió el honorable Tribunal de Orden Público en el otro proceso ya mencionado, recurso de casación que ya se interpuso y que debe ser resuelto en el mismo sentido de éste".

El segundo cargo se refiere a la misma presunta irregularidad, con la diferencia de que en este capítulo la presentó como generadora de violación del debido proceso, y la sustenta con una argumentación en la cual repite lo ya dicho al tratar la primera censura.

La conclusión consiste en que "se violaron las formas propias del juicio y del debido proceso, pues no es dable asumir la legalidad de dos procesos y de dos sentencias cuando lo que correspondía era, a partir de que se cumplieron los requisitos de la acumulación, adelantar un solo proceso y proferir una sola sentencia".

La petición es igual a la formulada en el primer reproche.

El tercer cargo obedece a la misma razón de los anteriores, y es presentado con similar sustentación pero aduciendo violación del derecho a la defensa, punto sobre el cual expresa el libelista:

"Si bien el procesado y la defensa tuvieron oportunidades procesales para hacer peticiones en tal sentido (de la acumulación), y efectivamente las aprovecharon, no por ello es dable pensar que no se conculcó el derecho de defensa en este caso, ya que lo mismo da, que tales oportunidades no se hubieran brindado que el hecho de que las respectivas peticiones ninguna importancia real le hubieran merecido al despacho.

Y que se presentó una ostensible vulneración del derecho de defenso, emerge diáfanamente de la circunstancia de que precisamente hubiera sido la aspiración a dicha acumulación la estrategia básica de la defensa, pues el desenvolvimiento de ambos procesos así lo hacía aconsejable. No es lo mismo una pena de veinte años de prisión que dos penas de ese mismo rigor (40 años).

Obviamente dicha violación del derecho de defensa se volvió a reiterar con el proferimiento de la sentencia condenatoria de segunda instancia, en la cual restó toda trascendencia a la aludida acumulación con el argumento de la poca gravedad de la correspondiente irregularidad procesal, para afirmar, lo cual se partió, sin embargo, de una base completamente falsa pues, se dijo en la sentencia: "Consta en autos que iniciada la fase del juzgamiento se pidieron informes para intentar la acumulación que extraña el señor defensor, pero no se pudo decretar porque el proceso apenas estaba

en la fase de investigación, como observa a folios 1.092 y 1.094" (confr. folio 1331). Nada más incorrecto que lo así expuesto por el honorable Tribunal, pues, no sólo los folios del expediente que cita resultan impertinentes para ese caso, sino que además, y tal como ya se demostró, en ambos procesos concurrían los requisitos necesarios para que se decretara la acumulación (destacado en el texto).

Impetra que se decrete la nulidad en los mismos términos expuestos en las otras censuras.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia recurrida, con apoyo en las siguientes razones:

a) El primer reproche lo considera curioso y desenfocado, pues no hay ninguna norma que establezca qué posibilidad de acumulación entre un proceso de la jurisdicción ordinaria con otro de jurisdicción especial, pierda competencia el funcionario que no está facultado para decretar dicha acumulación.

Lo que el artículo 93 inciso 2º indica es que si algún procesado está sometido a una jurisdicción especial, ésta conocerá exclusivamente con respecto a la acumulación, pero no significa que antes de decretarse el juez pierda competencia, de manera que en el caso que nos ocupa, tanto el Juez Primero Superior de Manizales como el Juez de Orden Público, podían válidamente adelantar el proceso que cada uno tenía ante su Despacho, lo que impone colegir que no existe la nulidad propuesta por el censor;

b) La acumulación es un derecho del procesado que debe hacerse efectivo cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente para que proceda, pero la simple falta de acumulación no tiene la entidad suficiente para generar una nulidad por violación del debido proceso, aunque sí puede acarrearle una consecuencia disciplinaria al funcionario que, enterado de la posibilidad de adelantar procesos, no realice las diligencias necesarias para lograr ese objetivo.

Y agrega el delegado: "...no sobra advertir que el Nuevo Código de Procedimiento Penal consagra una alternativa de solución para este tipo de irregularidades; lo cual contribuye a evitar nulidades como la que pretende el recurrente. Es así como el artículo 505 de dicho estatuto normativo, señala que cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos, la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer".

c) La presunta violación del derecho de defensa carece de soporte, por cuanto el juez accedió a suspender en varias oportunidades la audiencia y adelantó varias diligencias tendientes a lograr la acumulación de los procesos. El juzgador no podía suspender indefinidamente la celebración de la audiencia, máxime existiendo la posibilidad de la acumulación de penas, aún después de proferida la sentencia de primera instancia.

El Tribunal no omitió pronunciarse sobre la petición de nulidad, lo que ocurre es que lo hizo de una manera poco explícita, pero por ello tampoco se puede decir que haya violado el derecho a la defensa..

IV. Consideraciones de la Sala

1. Los reproches formulados por el libelista pueden ser respondidos desde dos ópticas: Una es la que adoptó el Ministerio Público, en la cual demuestra que con la no acumulación de los procesos seguidos contra Lanier Chavarro no se generó nulidad por la falta de competencia, ni por violación del debido proceso, ni mucho menos por desconocimiento del derecho a la defensa, en todo lo cual tiene razón.

Otra forma es abstenerse de entrar en detalles, que como se verá resultan innecesarios, y en su lugar demostrar que la demanda persigue un objetivo irrealizable desde el punto de vista jurídico, de modo tal que no tiene ningún sentido ocuparse de los planteamientos que le sirven de fundamento, veamos:

Según la manifestación que hace el demandante, el proceso de Orden Público culminó con sentencia de Segunda Instancia, la cual también está impugnada en casación. Esto significa, que si la irregularidad en la cual se basa para pedir la nulidad es la no acumulación de las causas, en el evento de que prosperara la invalidación el proceso se debía retrotraer hasta la etapa del juicio para que se subsanara esa falla, pero esto ya no sería posible porque la acumulación procede cuando en uno de los diligenciamientos ya se ha dictado sentencia de primera o única instancia, y como sabemos, el de orden público ya superó esa etapa.

El defensor es consciente de ese problema, y por eso sugiere como solución una fórmula que no sólo es curiosa sino absurda, la cual consiste en que se declare la nulidad a partir de la sentencia de primera instancia, inclusive, para que se realice la posibilidad de la acumulación, pero todo esto sobre la base de que también se case la sentencia del Tribunal de Orden Público, condición que obviamente no puede operar en este fallo.

En términos más concretos y de modo hipotético, acoger la petición del libelista implicaría casar esta sentencia, con la condición de que opere si también se casa la de Orden Público, pues si no se condiciona, al regresar este proceso a la etapa del juicio y el otro, hacer tránsito a cosa juzgada, quedaría paralizado, porque ante la absoluta imposibilidad de subsanar el presente error, tampoco se podría incurrir de nuevo en él, so pena de que se generara nuevamente la nulidad y así seguiría en un círculo vicioso.

No existe en materia de casación penal, la figura de la sentencia condicionada, luego la propuesta del actor es inaceptable.

De otra parte, la sentencia que se dicte en este asunto no puede invalidar el fallo de segunda instancia proferida en otro proceso, ni definir la cuestión que en él se debate, de manera que desde ese punto de vista también la demanda persigue un objetivo que desborda todas las posibilidades procesales.

2. Otro punto suficiente para concluir en la improsperidad del recurso, consiste en que la esencia del reclamo del defensor radica en la estimación de que su cliente resultó afectado al recaer sobre él dos sentencias en lugar de una, la cual habría llevado a una dosificación punitiva más favorable.

En realidad el impugnante no demuestra que en esas diligencias se hubiera incurrido en violación del debido proceso, o del derecho a la defensa, todo lo contrario,

reconoce que el juez realizó las gestiones que le correspondían para lograr la acumulación y esperó todo el tiempo que fue necesario para que en la jurisdicción de Orden Público tomaran una determinación que como se sabe fue adversa a esa pretensión.

En estas condiciones, y con la vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal que incluyó en su normatividad la acumulación jurídica de penas, disposición aplicable retroactivamente por favorabilidad, la inconformidad del casacionista ya no sólo no tiene fundamento jurídico atendible, sino que resulta innecesario pretender quebrar la legalidad de la sentencia para lograr un objetivo cuya petición se puede formular al juez de instancia competente aún después de ejecutoriados los fallos.

Como la sentencia impuso pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad, y en los casos de Aurelio de Jesús Isaza y Faunier Chavarro ese término es superior a diez años, máximo permitido por el artículo 44 del Código Penal para la sanción accesoria, esa determinación resulta violatoria del principio de legalidad, en consecuencia la Corte de oficio casará la sentencia en forma parcial para corregir ese yerro, aplicando las facultades que le otorgan los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

Primero. Casar parcialmente la sentencia recurrida.

Segundo. Señalar que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas para los procesados Aurelio de Jesús Isaza y Faunier Chavarro es de diez (10) años.

Tercero. En todo lo demás se mantiene el fallo recurrido.

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, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario

REBELION.

Las finalidades políticas requeridas para el perfeccionamiento del delito de rebelión deben entenderse demostradas por el solo hecho de pertenecer al grupo armado; porque a nivel individual los miembros de la organización se identifican con los fines buscados por el grupo rebelde y es precisamente por ello que son miembros del mismo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7504.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 71.

Santafé de Bogotá D.C., 12 de agosto de 1993.

Vistos

Por sentencia del 8 de octubre de 1990 el Juzgado Primero de Orden Público de Arauca condenó a Hilario Antonio Ramírez Molina (a. El Flaco) como responsable del delito de rebelión, absolviéndolo del delito de homicidio con fines terroristas. Así mismo, condenó a José Orlando Patiño Ariza por el delito de rebelión, y absolvió a Holman Morales Uribe y a María Edelmira Contreras por los delitos de homicidio y rebelión.

En decisión del 5 de marzo de 1991 el Tribunal de Orden Público revocó la sentencia absolutoria dictada en favor de María Edelmira Contreras y la condenó por el delito de rebelión.

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

Presentada la demanda fue declarada admisible por reunir las exigencias legales y se escuchó el criterio del Procurador Primero Delegado quien solicitó no casar el fallo impugnado.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos

El 12 de enero de 1990 en la plaza de mercado de Saravena fue ultimado el agente de la Policía Isidro León García de varios impactos de arma de fuego; el insuceso dio lugar a la captura de Hilario Antonio Ramírez Molina, José Orlando Patiño Ariza y Holman Morales Uribe como presuntos autores del homicidio, quienes al parecer hacían parte del Comando de Ajusticiamiento del ELN en esa ciudad.

Actuación Procesal

Por auto del 20 de enero de 1990 se abrió proceso penal.

El 26 de enero de ese año se indagó a Hilario Antonio Ramírez Molina y a José Orlando Patino Ariza. La injurada de Holman Morales Uribe se recibió el primero de febrero siguiente.

Oportunamente, en el mismo mes, se decretó la detención de los dos primeros indagados y se ordenó la libertad del tercero.

María Edelmira Contreras fue indagada el 26 de febrero de 1990 y en auto del 12 de marzo se dispuso no decretar su detención; sin embargo, el 17 de mayo se adoptó tal medida de aseguramiento contra la citada implicada.

La sentencia de primera instancia se profirió el 8 de octubre de 1990 y la de segunda el 5 de marzo de 1991.

Los Argumentos de la Demanda

Al amparo de la causal primera de casación el impugnante formula dos cargos contra la sentencia impugnada; el primero por violación indirecta de la ley sustancial por la supuesta existencia de errores de hecho en la apreciación probatoria, y el segundo por violación directa de la ley sustancial

El recurrente hace consistir el primer reproche en la suposición de la prueba para demostrar la existencia del delito de rebelión y que se concreta "al colegir, como lo hace el fallador que por el hecho de que se afirme que una persona simpatiza, colabora o pertenece a un grupo guerrillero, se pueda inferir que se encuentra responsable de pretender mediante el empleo de armas derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir el régimen constitucional o legal vigente", y aduce que afirmaciones como "es encargada de organizar paros" "ella tiene a su cargo los informes para el comando ELN", etc. no pueden constituir prueba para la demostración de la rebelión.

El impugnante manifiesta que de las declaraciones de Hilario Antonio Ramírez, Eberto Moreras, Numael Moreras, Yorly Quintero, Eligio Antonio Martínez, sólo se desprende que la procesada Contreras "simpatiza, colabora o es activista del ELN, pero no se demostró para la realización de este tipo penal tal como claramente lo describe el artículo 125 del Código Penal, el que por ejemplo a través del paro que se dice ocurrió para 1982, Edelmira, pretendió derrocar al Gobierno, además Hs. Magistrados porque los hechos relatados en versiones sueltas por los declarantes precitados no tuvieron o fueron objeto de investigación y consecuencialmente de real comprobación. Tampoco

se entiende cómo a través del paro supuestamente efectuado en una vereda de Arauca se pretenda derrocar al Gobierno Nacional o suprimir el régimen legal vigente, mucho menos cuando ni siquiera lo mismo fue objeto de investigación; por ello la prueba fue supuesta por el juzgador".

El actor cita al profesor Arenas para enfatizar que el delito requiere de actos ejecutivos y que no basta la participación en el movimiento armado, sino que es necesario que dicho comportamiento tenga por finalidad derrocar a Gobierno Nacional y que las armas utilizadas por el movimiento rebelde guarden relación con las del Gobierno al que tratan de derrocar. Y de esta cita el libelista deduce que dichos elementos del delito fueron supuestos por el juzgador.

De la misma manera asegura que no existe prueba demostrativa de que la procesada consumara el delito de rebelión y que en tales condiciones se debe casar la sentencia y, en su lugar, dictar fallo absolutorio de reemplazo.

El segundo cargo se formula por la presunta violación directa de la ley sustancial por la existencia de "manifiesto error de derecho derivado de la falta de aplicación de normas sustanciales".

Argumenta el casacionista que por favorabilidad se ha debido aplicar el artículo 125 del C. P. que trae una pena inferior a la prevista en el Decreto 1857 de 1989. Por ello, en su criterio se vulneraron "las normas sustanciales que expresan la aplicación del principio universal conocido como favorabilidad, y que hacen aplicable al procesado la ley más favorable, concretamente los artículos 29 inciso 3° de la C. N., artículo 10 del C. de P. P., artículo 6° del C. P. Debió aplicarse el Decreto-ley número 100 de 1980. Esta petición subsidiaria la hacemos con fundamento en lo preceptuado en el último inciso del artículo 225 del C. de P. P".

El Criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Para solicitar que no se case el fallo, el Delegado comienza por anotar deficiencias técnicas de la demanda, afirmando que a pesar de que se formula la censura por un falso juicio de existencia por suposición de pruebas, en el desarrollo de la misma la argumentación corresponde a un falso juicio de convicción por valoración de prueba "que es el que en el fondo pretende demostrar al atacar la prueba testimonial desde una visión divergente con las apreciaciones hechas por el Tribunal. Alegación que en principio lleva a discutir un error sobre la valoración probatoria (que sería error de derecho, en caso de existir una norma legal que prevalorará, que como es sabido, resulta improcedente en nuestro sistema de pruebas como quiera que no están sujetas a tarifa legal, ya que impera la libre y racional apreciación del acervo probatorio por parte de los juzgadores".

Analizando las afirmaciones del censor cuando sostiene que de las declaraciones de ciertos testigos no surge la demostración del delito de rebelión dice: "Nótese que por manera alguna el libelista discute la legalidad en la aducción de las pruebas y/o cualquiera yerro de procedimiento que pudiera llevar a tomarlas como inexistentes o nulas, sino que se discrepa de lo que "colige" el sentenciador; es decir, del razonamiento de valor sobre la prueba y sus relaciones".

"Por consiguiente, se repite, su inconformidad en verdad estriba en la aceptación por parte del *ad quem* de tales testimonios como creíbles y suficientes para condenar a

su defendida por el punible de Rebelión, sólo al colegir "...que por el hecho de que se afirme que una persona simpatiza, colabora o pertenece a un grupo guerrillero, se pueda inferir que se encuentra responsable de pretender mediante el empleo de armas, derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir el régimen constitucional o legal vigente...".

Reflexionando sobre la prueba existente el Procurador manifestó que estaba probado que la procesada "era miembro activo del movimiento subversivo denominado Ejército de Liberación Nacional (ELN) en calidad de coordinadora de la célula guerrillera en Saravena, partícipe en actividades de promoción y organización de reuniones en el municipio de Saravena con militantes y simpatizantes en la lucha contra el Estado, tareas a las cuales se refiere el señor Yorly Quintero Contreras miembro activo igualmente del grupo rebelde, precisando que en el año de 1982, ella (Eidelmira Contreras) fue la principal propulsora del segundo paro cívico realizado en Saravena; que fijaba y determinaba y recaudaba dineros provenientes de impuestos cobrados a los comerciantes del municipio en mención; así como de determinar quién o quiénes debían ser 'ajusticiados', hasta el punto de planear la muerte del agente de policía Isidro León García, ocurrida como se sabe el 12 de enero de 1990 al decir del declarante Eulogio Martínez Herrera, como así mismo del homicidio de Juan de Dios Melano Barbosa dueño de la Droguería San Juan, el asesinato de personal integrante de las Fuerzas Armadas y otros tantos actos terroristas, actividades que planearon el 21 de abril de 1990. Según Yorly Quintero Contreras, en los años de 1984 a 1985 recibió instrucción en campamentos del ELN y era la encargada de la correspondencia entre la Dirección y los organismos, permaneciendo en permanente contacto con la 'Comisión Ernesto Che Guevara'. Esta realidad nos lleva a concluir que debe dársele el tratamiento de rebelde, en el sentido jurídico de la expresión; vale decir, integrante de una organización guerrillera que propende por la modificación del régimen constitucional, contando para ello con la fuerza de las armas, movilización de obreros y campesinos, comisión de delitos de diversa índole tendientes a demostrar su poderío militar, captar la simpatía de la ciudadanía mediante 'golpes de opinión', apoderarse de bienes y dineros de las personas o del Estado para fortalecerse económicamente, en orden a lograr una transformación en las estructuras sociales y económicas y políticas tendientes a mejorar las condiciones socioeconómicas del pueblo".

Expresa el agente del Ministerio Público que si al ELN se la ha dado tratamiento de grupo rebelde, sus miembros y entre ellas la procesada "deben ser procesados por el delito de rebelión y los conexos en que puedan incurrir, cuando obran con sujeción a las normas internas que los rigen..., pues su actuación en tal evento no es individual ni persigue fines particulares, sino en cumplimiento de las finalidades del grupo armado, y para obtener sus propósitos tal y como lo sostiene la doctrina".

Para la Delegada el error del censor radica en aceptar que la procesada integra el grupo rebelde, pero que ello no implica que la procesada haya utilizado las armas, ni que tenga como finalidad derrocar al Gobierno Nacional porque "es evidente que si pertenece a la organización alzada en armas, el propósito de ésta es el mismo de cada uno de sus integrantes o miembros. De la misma manera, aun cuando la mujer no utilice armas, es miembro de la agrupación rebelde, que sí las emplea, con lo que ciertamente la característica del movimiento al que se pertenece es el de emplear las armas para forzar la transformación político-social ,por vías de hecho no permitidas en el Estado de

Derecho. Y ello lleva a la afirmación incontrovertible de que 'mediante el empleo de las armas' la señora sentenciada pretendía derrocar al Gobierno Nacional, o modificar el régimen constitucional o legal del país, visto que el grupo del cual hace parte usa armas (es un movimiento armado el ELN), es evidente que tiene tales propósitos finales de su actividad subversiva del orden institucional. De manera que sí hay empleo de armas: las que utiliza el grupo".

Partiendo del hecho de haberse imputado a la procesada la organización del paro en 1982, el recurrente consideró que se le ha debido imponer la penalidad prevista en el C. P., para el delito de rebelión y no la prevista en el artículo 1º del Decreto 1857 de 1989, con base en el principio de legalidad. A ese respecto estima la Delegada que el proceso se inicia como consecuencia de los hechos sucedidos el 12 de enero de 1990 y dentro de la investigación es mencionada la procesada como jefe de la célula guerrillera en Saravena, que las imputaciones que surgen contra ella misma no se circunscriben a los hechos de 1982 sino que, entre 1984 y 1985 se la señala recibiendo instrucción con el ELN y se le atribuye el cobro de los impuestos que debían pagar los comerciantes a la guerrilla; que se afirma que era ella la que planeaba atentados contra los miembros de las Fuerzas Armadas y es así como Yorly Quintero la ubica en una reunión de la guerrilla por el año de 1989. Por su parte Martínez Herrera dijo que el 21 de abril de 1990 en la escuela primaria del Barrio Galán se acordó llevar a cabo, entre otras actividades el asesinato de un particular y miembros de las FFAA.

Por lo demás, el Delegado estima que el Decreto 1857 de 1989 suspendió transitoriamente el artículo 125 del C. P., y por consiguiente no es dable pensar en su aplicación favorable.

Finalmente, el Ministerio Público recuerda que la rebelión es un delito de conducta permanente, por lo que es incorrecto tomar una de las conductas realizadas por la procesada en su calidad de rebelde para determinar el momento consumativo, cuando bien se sabe que la rebelión continúa y permanece mientras persevere la voluntad subversiva.

Así termina solicitando no se case la sentencia.

Las Consideraciones de la Sala

Con apoyo en un doctrinante nacional, el censor concluye que para el perfeccionamiento del delito de rebelión se requiere que se trate de un grupo armado que tenga como finalidad específica el derrocar el Gobierno o suprimir o modificar el régimen constitucional y legal vigente y que exista una relación entre las armas usadas por los rebeldes y el Gobierno que se pretende derrocar.

De las anteriores premisas teóricas concluye que la calidad de rebelde de la procesada no está debidamente demostrada, porque considera que tal como lo hizo la primera instancia para absolver a la procesada, igualmente el Tribunal ha debido rechazar o no dar credibilidad al testimonio del también rebelde Yorly Quintero, pues es ambiguo; y no por el hecho de ser líder social, se ha de concluir que pertenece a un grupo rebelde.

En este punto se debe destacar el antitecnicismo de la censura, porque el actor orienta el reproche por la presencia de un error de hecho por suposición de la prueba, que, en realidad, no demuestra, sino que se limita a discrepar de la credibilidad que el

sentenciador de segunda instancia le dio al mencionado testimonio, considerando que se ha debido analizar de la misma forma en que lo hizo el juez *a quo*, que como llegó a conclusiones absolutorias, es obviamente el que le interesa a la defensa pero, en definitiva, lo que hace el censor es postular una muy personal interpretación probatoria, que pretende es la acertada y que por tanto debe reconocerse y predominar sobre las consideraciones probatorias planteadas por el sentenciador de segunda instancia.

En más de una ocasión ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación que tal tipo de impugnación es inaceptable en este extraordinario recurso.

Con posterioridad, con base en lo afirmado por varios testigos, el censor termina aceptando que la procesada "simpatiza, colabora o es activista del ELN, pero no se demostró" que se hubieran dado los elementos típicos exigidos para este delito en el artículo 125 del C. P., y

Indudablemente yerra el censor al argumentar que no se encuentra demostrado que la procesada haya tenido como finalidad derrocar al Gobierno o modificar la estructura constitucional y legal vigente, porque si se comprobó que la acusada es miembro del ELN; es obvio que lo es, porque comparte las finalidades políticas del grupo subversivo al que pertenece, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una educadora y que por tanto, por su formación tiene la plena capacidad para comprender las finalidades políticas de un grupo subversivo que no pueden ser otras que la obtención del poder por medio del uso ilegal de las armas; igualmente porque existen constancias de que en el pasado recibió cursos de formación al interior del ELN y bien se sabe que en estos grupos de adiestramiento no sólo se da instrucción militar, sino política, para la seguridad y subsistencia del grupo, porque es impensable que se admita dentro de este tipo de organizaciones a quien no comparta la ideología del movimiento, sus métodos de acción, sus estrategias y finalidades políticas últimas.

Por ello razón le asiste a la Delegada en cuanto pregona que las finalidades políticas requeridas para el perfeccionamiento del delito de rebelión deben entenderse demostradas por el solo hecho de pertenecer al grupo armado; porque a nivel individual los miembros de la organización se identifican con los fines buscados por el grupo rebelde y es precisamente por ello que son miembros del mismo.

Igualmente se equivoca el recurrente al pretender que necesariamente todos los rebeldes deben hacer uso de las armas, porque si bien es cierto que estos instrumentos de destrucción y muerte deben ser utilizados por los rebeldes para que el delito pueda entenderse perfeccionado, al igual que sucede con los ejércitos regulares, no todos los que hacen parte de estas organizaciones armadas, deben ser combatientes; por el contrario, la logística de los mismos indica que son muchos los que están encargados de realizar actividades ajenas por completo con el uso de las armas y no por ello puede deducirse que los que en un ejército o en una organización subversiva están encargados de las comunicaciones, de los economatos, de las labores de inteligencia o del adoctrinamiento e instrucción, por citar sólo algunas, no hacen parte del ejército o de la organización subversiva, porque bien se sabe que para que pueda haber combatientes es indispensable que otras personas de la misma organización realicen esas actividades de logística, sin las cuales la existencia de un ejército o de un grupo guerrillero sería imposible.

Es entonces evidente que si no hay armas de por medio no se puede pensar jamás en la existencia de un delito de rebelión, pero lo anterior no quiere decir que todos los miembros de un grupo guerrillero tengan que ser combatientes para que se los pueda considerar rebeldes; basta con que se pertenezca al grupo subversivo y por dicha razón le sean encomendadas labores de cualquier naturaleza, tales como de financiamiento, ideológicas, planeación, reclutamiento, publicidad, relaciones internacionales, instrucción, adoctrinamiento, comunicaciones, inteligencia, infiltración o cualquier otra actividad que nada tenga que ver con el uso de las armas, pero que sea un instrumento idóneo para el mantenimiento, fortalecimiento, o funcionamiento del grupo subversivo para que se entienda que se puede dar el calificativo de rebelde a quien tales actividades realiza, porque la exigencia típica de las armas se da, con las que utiliza el grupo rebelde al que se pertenece.

No son entonces aceptables las postulaciones del actor y tal como lo solicita la Delegada debe rechazarse el cargo.

Tampoco le asiste la razón al impugnante cuando divide los comportamientos que se le imputan a la sindicada como miembro del ELN y toma únicamente el de organizadora de un paro en la población de Saravena en 1982, para acudir al principio de favorabilidad y pedir que se le aplique la norma vigente en ese momento, esto es el C. P. en su artículo 125 que tiene una penalidad inferior a la norma que se le aplicó (artículo 1° del Decreto 1857 de 1989).

Varios factores llevan al impugnante a tal equívoco, porque en primer lugar no es esa la única actividad que se le imputa a la procesada para demostrar su pertenencia al grupo rebelde, sino que igualmente se dice que estuvo en cursos de adoctrinamiento en 1984 y 1985 y se la cita como presente en una reunión de varios miembros del grupo guerrillero para planear las acciones a desarrollar en 1990 y los testigos que la señalan como miembro de la organización rebelde indican que era la jefe de la célula en Saravena y quien planeaba las acciones y cobraba a los comerciantes el dinero que debían de pagar a la organización rebelde.

En las condiciones anteriores se encuentra demostrado que la procesada realizó actividades como miembro del ELN en vigencia del C. P. de 1980 y las continuó realizando en vigencia del Decreto 1857 de 1989 y en tales condiciones ha de concluirse que le son aplicables las disposiciones de la última norma citada, sin que por ello pueda llegar a predicarse que se vulnera el principio de legalidad, ni tampoco que se desconoce el constitucional principio de favorabilidad.

Lo anterior, porque como muy bien lo precisó la Delegada se está en presencia de un delito de conducta permanente, porque por su propia naturaleza y por las actividades que debe realizar una organización subversiva, quienes la fundan y quienes posteriormente se afilian a la misma, lo hacen con propósitos de permanencia, puesto que es bien sabido que la lucha para la obtención del poder político por la vía de las armas, no es una meta que pueda ser conseguida en un día, sino que por el contrario requiere de una actividad que en muchas ocasiones, las más de las veces, se prolonga por muchos años, sin que las finalidades políticas últimas se puedan llegar a conseguir.

En realidad quien se alista en un movimiento rebelde no lo puede hacer con pretensiones temporales, sino que por el contrario ese ánimo de integrarse o asociarse

a la organización, es con finalidades a largo plazo y en tales condiciones, mientras la persona pertenezca al grupo rebelde le será imputable el delito que se analiza y mientras no se demuestre que abandonó el grupo subversivo -y se sabe cuán difícil es que se pueda dejar de pertenecer a una de estas organizaciones- seguirá cometiendo el delito de rebelión de manera indefinida en el tiempo.

Como en el caso presente no se ha demostrado que la procesada hubiera desertado de la organización guerrillera antes de que entrase en vigencia el Decreto 1857 de 1989, no se puede pretender que se le aplique la normatividad que estaba vigente con anterioridad; por el contrario, bien se sabe, siguió perteneciendo al grupo rebelde después de haberse expedido el tantas veces citado decreto, y por tanto no es de recibo la argumentación que hace el censor, porque no se está en presencia de un tránsito legislativo que hiciera factible acudir a la aplicación retroactiva o ultractiva de la ley penal por efectos de la favorabilidad.

En las condiciones precedentes ha de rechazarse el cargo tal como lo solicita el Procurador Delegado.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José Manuel Torres Fresneda (no firmó), *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

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

1. Es necesario incluir expresamente dentro de la demanda de casación la causal que se aduce para pedir la infirmación del fallo, con el deber de indicar de manera clara y precisa sus fundamentos y las disposiciones sustanciales que se estiman infringidas. "La conclusión de sus premisas", y el respeto por la prohibición de confundir dentro del único cargo la sustentación de diferentes causales o cargos excluyentes.

2. Es notorio el antagonismo que existe entre la vía de la violación directa y la indirecta de la ley sustancial. Cuando la directa parte del presupuesto de una acertada presentación de los hechos y de las pruebas por parte del juzgador quien incurre en un error netamente jurídico al aplicar una disposición que no corresponde, desestimar aquella que realmente corresponda al caso, u otorgarle al precepto que escoge un alcance que le es ajeno. En la violación indirecta, ataque y debate están centrados en la prueba porque su aducción al proceso no se ciñó a la legalidad o porque el juez se apartó de las reglas que señalaban la tarifa de valoración preestablecida -cuando ella existe- o groseramente se marginó de las que encausan la sana crítica (errores de derecho por falso juicio de legalidad o convicción); bien porque dejó de apreciar una prueba legalmente allegada o supuso una inexistente, cuando no deformó objetivamente el contenido de otros medios (errores de hecho por falsos juicios de existencia o de identidad).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8594.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 972.

Santafé de Bogotá, D. C., 12 de agosto de 1993.

Vistos

Analiza la Corte si la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Víctor Alonso Giraldo Fajardo en contra de la sentencia condenatoria de segunda instancia proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Nacional por el delito de concierto para delinquir, cumple con los requisitos de forma que la ley exige para su admisibilidad.

Antecedentes

1. El 19 de septiembre de 1989 fueron capturados en la residencia de la carrera 17C número 43-30 de la ciudad de Cali, José Gildardo Sastre Espinosa, Elman de Jesús Aristizábal y Norberto Aristizábal Aguirre, sindicados del punible de concierto para delinquir. El mismo día y en lugar diferente pero relacionados con los mismos hechos fueron aprehendidos además Víctor Alonso Giraldo Fajardo y Sandra Liliana Garzón Restrepo, iniciándose la actuación procesal por el Juzgado Quinto de Orden Público con sede en Cali que formalizó las vinculaciones procesales y definió la situación jurídica provisional de los inculpados.

Avanzado el proceso y rituada la causa profirió el Juzgado la sentencia condenatoria de mayo 3 de 1990 que impuso a los acusados Sastre Espinosa, Giraldo Fajardo y Elman de Jesús Aristizábal Toro, las penas de diez años de prisión, y trece para el coacusado Rodríguez Castillo, adicionándoles las penas accesorias de ley por el término de 10 años.

1. Inconforme con esta providencia interpuso el acusado Giraldo Fajardo el recurso de apelación que despachó el Tribunal de Orden Público (hoy Nacional) el 19 de septiembre de 1990 respaldando lo resuelto en primer grado, providencia a su vez impugnada por los acusados José Gildardo Sastre y Víctor Alonso Giraldo al anotar en su notificación que apelaban "la resolución ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia".

2. El 31 de agosto de 1992 el defensor del acusado Víctor Alonso Giraldo Fajardo, interpuso la acción de revisión. Al impulsar su trámite, halló la Corte que el recurso extraordinario intentado contra el fallo de segunda instancia no había merecido pronunciamiento del *ad quem*, razón por la cual dispuso mediante providencia del 18 de noviembre de 1992 la devolución del expediente al Tribunal Nacional, para que subsanara la irregularidad.

Esta es la razón para que dentro del término legal y a nombre del acusado Giraldo Fajardo se hubiese presentado la demanda de casación cuya calificación formal compete.

La Demanda

1. Inicia el casacionista su escrito con la identificación de las partes del fallo, los hechos y la actuación, anunciando lacónicamente que la causal invocada es el "artículo 220, numeral 1", refiriéndose a continuación al contenido de algunas de las pruebas, para pasar en el capítulo de la "Sustentación Jurídica" a recordar la doctrina de la Corte relacionada con la naturaleza y estructura del delito de concierto para delinquir cotejándola con el contenido del artículo 44 del Decreto 180 de 1988 entrando a afirmar

que esos elementos no se dieron en los hechos imputados a los acusados que se dijeron constitutivos de la sola actividad de colocar bombas en distintos sitios de la ciudad.

Aceptando a continuación que los enjuiciados fueron sorprendidos cuando se hallaban "en compañía", añade que en realidad esa es la única prueba que aparece, más no alguna que los relaciones con la tenencia de elementos de vinculación con actividades terroristas al punto que inexistiendo el concierto para delinquir, debe derrumbarse toda la apreciación relacionada con la comunicabilidad de circunstancias, insistiendo en que no se demostró ni la permanencia del grupo, ni su propósito de cometer delitos, teniéndose como única la versión del procesado José Gildardo Sastre quien le atribuyó a Guillermo Rodríguez la propuesta de participar en actos terroristas, demostración sospechosa e insuficiente para dar por probado el hecho materia de la acusación. Sugiere por último que la conducta de Rodríguez en cuyo poder se hallaron una granada, documentos y fotografías que le incriminaban, no puede extenderse para analizar la responsabilidad de los otros procesados a quienes se sorprendió en lugar diferente y sin tenencia de elementos que les incriminaran.

La solicitud con la cual remata este alegato se concreta en que la Corte case "la injusta condena" y en su lugar ordene su inmediata libertad.

Consideraciones de la Corte

Es notorio en la demanda que se examina el distanciamiento del censor con las exigencias formales que le obligaba a cumplir el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha en que se profirió el fallo que ataca (hoy artículo 225), particularmente en cuanto se refiere a la necesidad de incluir expresamente dentro de la demanda de casación la causal que se aduce para pedir la infirmación del fallo, con el deber de indicar de manera clara y precisa sus fundamentos y las disposiciones sustanciales que se estiman infringidas, "la conclusión de sus premisas", y el respeto por la prohibición de confundir dentro de único cargo la sustentación de diferentes causales o cargos excluyentes.

Como primera medida se observa que la única alusión contenida a las causales de casación se limita a señalar la invocación de la primera del artículo 220, sin identificar a qué ordenamiento se refiere, pues así se pudiese presumir que la remisión se hace al Código de Procedimiento Penal, no cae en cuenta el impugnante que la sentencia se dictó en vigencia del Decreto 050 de 1987 cuyo artículo 220 se refería a la cuantía para recurrir, y que si su alusión se interpretase con benignidad al Decreto 2700 que hoy rige, además de la inconsistencia que constituye atenerse a una disposición que no regía a la época del juzgamiento, mucho menos atiende que en ella se consagran dos formas bién definidas y distintas de violación de la ley sustancial, dentro de las cuales jamás se ocupa el libelista de ubicar sus reparos ni sus pretensiones.

Es así como aun en el evento de dar con amplitud por aceptado que el impugnando se acogió de manera genérica a la causal primera de casación, porque el sentenciador incurrió en violación de la ley sustancial, en ningún aparte de su demanda precisó cuál o cuáles fueron en concreto las disposiciones que se consideraron vulneradas, pues indiferentemente se hace cita del artículo 186 del Código Penal y del artículo 44 del Decreto 180 de 1988, también se mencionan en otro aparte los artículos 30 y 32 del Código Civil y nuevamente del Código Penal los artículos 23 y 24, dificultad que se

incrementa cuando indiferentemente se aduce que no se demostraron las actividades terroristas, que tampoco se acreditó el concierto y que en realidad a uno de los acusados se le halló en tenencia de una granada y documentos que lo incriminaban, sólo que el problema debía entonces concretarse a la prueba de la participación, alegaciones encontradas que dejan sin poder establecer si por lo menos el censor llegó a tener claridad sobre los planteamientos que esbozaba, y si ellos lo llevaban a inferir la atipicidad del concierto para actividades terroristas, la eventualidad de una errónea calificación, o simplemente la inocencia de algunos de los acusados frente a los cargos que suscitaron la investigación.

A estas informalidades y confusión se suma el hecho protuberante de refundir en una sola alegación razones atinentes con la violación directa y la indirecta de la ley sustancial que de haber querido aducir el censor dentro de la misma demanda exigían cuando menos su proposición en capítulos aparte, pues es notorio el antagonismo que existe entre estas dos vías de desconocimiento de la ley sustancial, cuando la directa parte del presupuesto de una acertada presentación de los hechos y de las pruebas por parte del juzgador quien incurre en un error netamente jurídico al aplicar una disposición que no corresponde, desestimar aquella que realmente correspondía al caso, u otorgarle al precepto que escoge un alcance que le es ajeno. En la violación indirecta, ataque y debate están centrados en la prueba porque su aducción al proceso no se ciñó a la legalidad o porque el juez se apartó de las reglas que señalaban la tarifa de valoración preestablecida -cuando ella existe- o groseramente se marginó de las que encausan la sana crítica (errores de derecho por falso juicio de legalidad o convicción); bien porque dejó de apreciar una prueba legalmente allegada o supuso una inexistente, cuando no deformó objetivamente el contenido de otros medios (errores de hecho por falsos juicios de existencia o de identidad), ninguno de los cuales identificó el escrito de demanda para su enunciación, pero mucho menos desarrolló dentro de la presentación argumentativa, pues indiferentemente prefirió referirse con superficialidad a unas y otras alternativas sin llegar a concretarse ni fijar el alcance de una sola.

Por eso se comprende que el *petitum* no sea la conclusión de las premisas, porque al demandar apenas y de manera genérica la casación del fallo tampoco planteó el censor cuál debería ser la decisión sustitutiva, que no se suple con la sola referencia a la libertad en cuanto ésta bien puede ser la consecuencia genérica de las diferentes y contradictorias alternativas que quedaron apenas insinuadas.

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

RESUELVE:

Rechazar in limine la demanda de casación presentada por el defensor del acusado Víctor Alfonso Giraldo Fajardo, declarando en consecuencia la deserción del recurso extraordinario interpuesto.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen 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 Cortés Garnica, Secretario

FRAUDE PROCESAL

1. La circunstancia de la cancelación de un gravamen hipotecario así como puede invocarse para acreditar un título en el inmueble, puede corresponder más bien a un interés por crear engañosos aspectos de favor en el pretendido dominio.

2. La posesión efectiva de la herencia nace como consecuencia inmediata de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, entrando en posesión de esa herencia sus herederos por ministerio de la ley, declarándolo así el juez del conocimiento a petición de los interesados -artículos 757 y 1013 del Código Civil en concordancia con el 607 del Código de Procedimiento Civil-. La posesión como derecho real, surge como la tenencia de una determinada cosa con ánimo de señor y dueño, bien que se haga en forma directa o por interpuesta persona -artículo 762 del C. C.-".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7606.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado Acta número 71.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de agosto de 1993.

Vistos

Se ocupa ahora la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, fechada el veintiocho de febrero de 1992, mediante la cual, por el delito de fraude procesal, impuso doce (12) meses de prisión a los coautores Edgar Hernando Penaloza y María Carlina Hernández Nova.

Hechos

Dijo de éstos el Tribunal:

"Según registros procesales, se tiene establecido documental y testimonialmente que el inmueble en cuestión es de propiedad de Pedro León Bonilla Ramírez (habiéndolo

adquirido mediante escritura pública 5918 del 7 de noviembre de 1950), persona ésta que por espacio de muchos años hizo vida marital con María Carlina Hernández Nova, de cuya unión, entre otros hijos, nació Roldán Bonilla legalmente reconocido. El 3 de noviembre de 1967 dejó de existir Pedro León (folio 16), habiendo iniciado Roldán el respectivo juicio de sucesión, un año después, ante el Juzgado 8º Civil del Circuito; forma allí parte del inventario de bienes el inmueble de la Avenida 6ª (hoy Avenida 3ª) número 21-43 (folio 7), que conforme se dijo le pertenecía exclusivamente al de *cujus*, sin que hasta entonces se alegara mejor derecho o posesión por tercero alguno.

"Fallecido Pedro León Bonilla, surge la unión de hecho entre Roldán y María Cecilia Anzola (aquí denunciante), quienes resuelven conformar su hogar en la misma casa dejada por el primero de los nombrados; de esta relación se procrean dos hijos, a saber, Indira y Booth. El padre muere el 9 de mayo de 1979 (folio 2 anexo sucesión).

"Luego de este último insuceso es cuando comienza María Carlina Hernández Nova a mostrar interés en el aludido inmueble, más exactamente, en que se le reconozca judicialmente como la única persona con derechos sobre el mismo, y es así como procede, el 29 de octubre de 1981 a promover, mediante apoderado, juicio ordinario de Pertenencia, alegando en el libelo de demanda que "desde el año de 1958 Pedro León Bonilla abandonó a su concubina, señora María Carlina Hernández Nova y desde ese momento hasta la fecha no se ha tenido noticia de su paradero" (ver C. anexo respectivo). El asunto le correspondió en reparto al Juzgado 9º Civil del Circuito y hasta donde se sabe aún no se ha producido fallo.

"Hacia el año de 1982 se instaura el juicio de sucesión -intestado- de Roldán Bonilla ante el Juzgado 28 Civil del Circuito y allí se le reconoce interés a su hijo extramatrimonial reconocido, Booth Bonilla Anzola. Por auto del 13 de enero de 1983 se decreta el secuestro provisional del inmueble referenciado, diligencia que se verifica el 28 de marzo siguiente (ver piezas procesales C. anexo respectivo).

"Como respuesta a la indicada medida cautelar, la señora María Carlina Hernández, mostrando una vez más su interés en el bien raíz afectado, confiere poder al abogado Edgar Hernando Peñaloza Zarate, quien en cumplimiento de la gestión encomendada propone ante el citado Juzgado 28 incidente de levantamiento del secuestro, solicitando así mismo rebaja del monto de la caución impuesta; empero, no habiéndola prestado en su oportunidad, el Despacho declaró *desierto* el incidente. No obstante, el Juez 28 Civil del Circuito, de oficio, procedió a levantar la medida cautelar aludida, tras advertir que en la matrícula inmobiliaria el inmueble no figura de propiedad del causante Roldán Bonilla sino de su padre Pedro León Bonilla. Se dispuso que las cosas volvieran a su estado original (folio 57 vto. C. respectivo).

"Siguiendo este orden cronológico, se tiene que hacia el mes de agosto de 1986 -en clara evidencia de lograr los aquí procesados sacar avante el plan preconcebido, conforme se verá posteriormente- el abogado Peñaloza Zárate aparece elevando demanda ejecutiva ante el Juzgado 20 Civil del Circuito contra su cliente María Carlina Hernández Nova, persiguiendo el pago de la cantidad de $500.000.00 representada en una letra de cambio librada por ésta con fecha 'mayo 9 de 1986' y en su favor. El 28 de octubre del mismo año se dicta mandamiento de pago y con posterioridad se le notifica personalmente este proveído a la demandada, quien, como era de esperarse, no se opuso

a la pretensión y por ende ni siquiera designó procurador judicial. Dicha notificación se surtió el 20 de febrero de 1987 y el 1° de marzo siguiente Peñaloza y Hernández presentaron un escrito a través del cual hacen saber que "hemos llegado al siguiente acuerdo ...La demandada María Carlina Hernández Nova, transfiere a título de enajenación perpetua y definitiva y en dación en pago, en favor del doctor Edgar Hernando Peñaloza Zárate, el derecho de posesión y las mejoras que tiene sobre... "el inmueble de la Avenida 6ª (hoy Avenida 3ª) número 21-37/39-43 de esta capital... Que la dación en pago que se realiza por medio del presente documento se hace por la totalidad del valor de la deuda cobrada en el proceso ejecutivo de la referencia y que, en consecuencia, en el auto que apruebe la presente dación, se servirá el señor juez dar por terminado el proceso... Que la señora María Carlina Hernández Nova ha poseído el inmueble dado en pago, desde hace más de treinta (30) años... y que el proceso de pertenencia cursa en el juzgado 9º Civil de este Circuito, donde el doctor Edgar Peñaloza Zárate se hará parte para su terminación...".

"Importa destacar que en auto de octubre 28 de 1986 se había accedido a decretar 'el secuestro de la posesión y mejoras plantadas por la demandada en el inmueble ubicado en la Avenida 3ª números 21-37/39/43 de Bogotá...'. La correspondiente diligencia en cumplimiento de tal proveído se llevó a cabo el 7 de enero de 1987, esto es, un mes y medio antes de que la demandada Carlina Hernández se notificara personalmente del libelo respectivo, y dejando entrever que estaba al tanto de lo que se venía fraguando, manifestó, según consta en el acta correspondiente: yo entregué esto sellado (sic), todo que ahí está mi representante posiblemente le entregue a la persona que se va hacer (sic) cargo, porque yo ya no". No habiendo hecho entonces oposición alguna, conforme a no dudarlo se tenía previsto, el secuestro se consolidó.

"Continuando con el recuento procesal, se tiene que en respuesta al escrito presentado conjuntamente por demandante y demandada sobre la supuesta 'dación en pago', el Juzgado 20 Civil del Circuito mediante auto del 25 de marzo de 1987 dio por terminado el proceso y ordenó 'el desembargo de los bienes materia de cautelares".

"El 22 de abril de 1987 Edgar Hernando Peñaloza Zárate eleva memorial impetrando se disponga que el secuestre 'proceda a hacer entrega al suscrito demandante del inmueble trabado en la *litis*, de acuerdo a la diligencia de secuestro y al documento de dación en pago que obra al proceso (sic)'. El juzgado accede a lo peticionado, librando el oficio de rigor al secuestre designado. Posteriormente, el mismo abogado Peñaloza presenta otro escrito haciendo saber al Despacho que no le resultó posible localizar al secuestre para que le hiciera entrega de la casa, solicitando, por tanto, se comisionara a un Inspector de Policía para que dicha entrega se llevara a efecto. Este pedimento se despachó también favorablemente, habiendo sido así como la diligencia se realizó en dos sesiones (noviembre 13 y noviembre 23 de 1987)".

Trámite

Sobre esta particular anotó la Delegada Segunda en lo Penal:

"Inició la investigación el Juzgado Setenta y Cinco de Instrucción Criminal de Bogotá, y a ella fueron vinculados mediante indagatoria Peñaloza Zárate y Hernández Nova, recayendo en principio medida de aseguramiento de detención preventiva únicamente contra el primero por el delito de fraude procesal.

"Perfeccionada la instructiva con pruebas de diversa índole y después de algunas incidencias procesales (nulidad por parte del Tribunal ante la desacertada e injurídica 'calificación' que en un primer momento emitiera el instructor), se calificó en legalidad el sumario pero ordenándose la reapertura de la investigación al considerarse insatisfechos los requisitos para formular acusación por los delitos de fraude procesal y falsedad.

"Apelada esta determinación por el abogado representante de la parte civil, el Tribunal nuevamente llamó la atención al Juzgado de Primera Instancia, censurándole 'el pobre contenido de las consideraciones' calificatorias de reapertura y reprochándole la falta de estudio del proceso para una mejor comprensión de los hechos materia de investigación y de la desacertada decisión en cuanto a que los indagados no estructuraron el punible de fraude procesal en el juzgado donde cursa uno de los juicios de sucesión.

"Para el Tribunal resultó evidente que en este proceso penal, 'antes se ha afirmado la existencia de delito alguno con ocasión de los procesos de sucesión los causantes Pedro León Bonilla Ramírez y Roldán Bonilla Monroy, sobre los cuales se centraron las escasas consideraciones del cuestionado calificatorio, o inadvirtiendo el instructor que las maniobras defraudatorias procesales imputadas a los inculpados tuvieron plena existencia en lo acontecido con ocasión del juicio ejecutivo instaurado por el abogado Peñaloza Zárate contra la señora Hernández Nova, en uno de los referidos sucesorios.

"Sentadas estas previas consideraciones se adentró la Colegiatura *ad quem* en la demostración de cómo si en efecto, el acopio probatorio hasta ahora recaudado permitía colegir cumplidas las exigencias para formular acusación por el citado delito, profiriéndola en consecuencia, al quedar constatado ciertamente el actuar doloso y de mala fe de los procesados tanto en la creación del título valor como en el desenvolvimiento mismo en el proceso que él generó y se adelantó en el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá.

"Ejecutoriada la resolución acusatoria por el delito de fraude procesal, correspondió continuar adelantando el proceso al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá Despacho que una vez evacuada la etapa probatoria de la causa y cumplido el debate oral de audiencia pública, puso término a la primera instancia con sentencia condenatoria acorde con los pedimentos del Ministerio Público y la parte civil, imponiendo a los procesados las penas principal y accesorias de rigor, reconociéndoles el subrogado de la condena de ejecución condicional.

"Inconforme con esta decisión el defensor, la apeló ante el Tribunal recibiendo respuesta adversa a sus pretensiones de absolución pues, como anotáramos en precedencia la sentencia del juez *a quo* se conformó en su integridad produciéndose el fallo demandado ahora en casación por el mismo profesional del derecho".

Demanda

Este es el único cargo que se presenta: violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida. "Los errores de hecho se concretan en que el Tribunal incurrió en falta de apreciación de varios medios probatorios, que de haber sido analizados, la sentencia hubiera sido favorable a las pretensiones de la defensa... Mediante esta violación del sistema probatorio y procedimental, llegó a la aplicación indebida del artículo 183 del C. P.".

Critícase al Tribunal por presumir la falta de demostración de la causa de valor del título con el cual se activó el proceso ejecutivo y de ahí su errada conclusión de estimar éste como actividad judicial simulada "ya que el abogado Peñaloza Zárate no desplegó la suficiente actividad profesional, para haberse hecho acreedor a estos honorarios". También se dijo, en apreciación desacertada, que la orden de entrega impartida por el Juzgado 20 Civil del Circuito "no se encuentra autorizada por la ley".

Sobre la negativa judicial a decretar, en favor de María Cecilia Anzola sobre el cuestionado inmueble, la posesión efectiva de la herencia, deduce "que el predio materia del debate, no pertenecía a la masa sucesoral del causante Roldán Bonilla Monroy, que la posesión en favor de María Cecilia Anzola había sido negada y que, en consecuencia, ésta no podía alegar este derecho y, por tanto, no se le podía conculcar lo que no tenía". Aquí, para el censor, se exterioriza nítidamente la ausencia valorativa de esta probanza.

De otro lado, la prueba testimonial (Bercelio Pinto Varela y Roberto Rojas Rondón, en la audiencia, e Ismael Montaña Castro) terminaron por aseverar que María Cecilia Anzola no poseía ese bien, ya que quien ejercía señorío y dominio sobre el mismo era María Carlina Hernández Nova.

Otra omisión probatoria la radica el recurrente en el contenido y alcance de la escritura pública número 1751, que evidencia el pago (marzo 16/75), por parte de María Carlina Hernández, de la hipoteca contraída por Pedro León Bonilla y que pesaba sobre el mencionado inmueble.

Y se añade la promoción de una acción judicial (Juzgado 9 Civil del Circuito) de Hernández Nova, dirigida a obtener el reconocimiento de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

El escrito de impugnación recuerda la gestión forense de Peñaloza Zárate (14 memoriales), la cual logró la cancelación de la medida cautelar de secuestro, en el proceso sucesorio de Roldán Bonilla, en razones de que "estos bienes no son del causante o no aparecen en cabeza suya".

De ahí el pleno recibo y la realidad del proceso ejecutivo para obtener la satisfacción de los honorarios, causados en una diligente y exitosa actuación profesional, aspecto que también corrobora el abogado Víctor Manuel Medina Sánchez, testificación omitida en su valoración por el Tribunal.

Se recuerda, así mismo, que cuando se efectuó el secuestro del inmueble "éste se encontraba en poder de la demanda María Carlina Hernández Nova, quien lo detentaba directamente y por interpuestas personas que lo tenían a su nombre, como arrendatarias de la misma, según contratos válidamente celebrados como en el caso del señor Ismael Montaña Castro". Y el punto lo resalta anotando que cuando se canceló el secuestro y "se dispuso que las cosas volvieran al estado en que se encontraban al momento de practicar la misma, y, en el acta de esta diligencia se dejó expresa constancia que en el inmueble se encontraba el señor Británico de Jesús Hernández, quien lo ostentaba a nombre de su señora madre María Carlina Hernández y había otras personas como inquilinas de esta última, según contratos de arrendamiento que fueron incorporados al incidente de desembargo y que no merecieron del Tribunal el más mínimo análisis; es

decir, que al ordenarse la cancelación de la medida de secuestro por parte del Juzgado 28 Civil del Circuito, las cosas debían volver al estado en que se encontraban, a posesión de doña María Carlina Hernández y nunca de María Cecilia Anzola, ya que en la susodicha diligencia, no se dejó constancia de que la mencionada última persona tuviera algún derecho sobre el inmueble".

Respecto de la dación en pago, comenta: "el fallador de Segunda Instancia distorsionó su contenido, pues, en su apreciación señala que la encartada María Carlina Hernández dispuso del derecho de posesión sobre la totalidad del inmueble, que, con tanto empeño había defendido, traspasándola a su abogado Peñaloza Zárate, afirmación que no es cierta ya que si el Tribunal hubiese apreciado las pruebas en conjunto, conforme lo dispone el artículo 253 del Estatuto de Procedimental punitivo, hubiera observado que en el expediente está el documento de contrato de promesa de compraventa, suscrito entre las partes y el señor Guillermo Montes Cardona, en el que claramente se señala que el doctor Peñaloza Zárate es poseedor de una parte del inmueble, por dación en pago que se le hizo en el Juzgado 20 Civil del Circuito, y, que la otra parte es poseída por la señora María Carlina Hernández Nova. A su vez, dentro de la etapa de instrucción se arrimó un plano informal de las partes que correspondió a cada uno de los encartados, en el acuerdo de voluntades presentado en el Juzgado 20 Civil del Circuito.

"Al no haberse analizado en conjunto estas pruebas (documentación de dación en pago, promesa de contrato de compraventa y plano informal del predio), se llegó a una conclusión falsa y errada, cual fue la afirmada por el Tribunal había traspasado la posesión a su abogado, sobre la totalidad del inmueble. -Transcripción textual-.

"El error más grave en cuanto a la ignorancia y no apreciación de medios probatorios allegados al expediente, radica en la no observancia en la manifestación de Booth Bonilla Anzola (heredero de Roldán Bonilla Monroy supuesto beneficiario del derecho sobre el bien controvertido) ante el Juzgado que conoció la sucesión, en memorial presentado en abril de 1988 y que en copia auténtica aparece en el informativo, donde en forma clara y precisa reconoce que la única poseedora del bien es su abuela paterna María Carlina Hernández Nova, quien siempre veló por la conservación del inmueble, pagó los servicios e impuestos, lo dio en arrendamiento, evitó que se lo apropiaran otras personas que intentaron hacerlo y que por tanto no tiene ningún derecho el mencionado Booth Bonilla Anzola sobre el mismo.

"Esta afirmación fue debidamente considerada por el Juzgado 28 Civil del Circuito y hasta la fecha de producirse sentencia condenatoria, no había sido desvirtuada por ninguna de las partes ni desconocida por su autor Booth Bonilla Anzola, cuyos derechos dijo estar defendiendo la denunciante María Cecilia Anzola.

Manifestaciones de la Parte Civil

Para oponerse a la pretensión del demandante, le basta con destacar "la secuencia del proceso civil para llegar a esa afirmación, el sentenciado suscribe una obligación representada en una letra de cambio con María Carlina Hernández Nova, so pretexto de ser la garantía de unos honorarios, al ver que no fueron admitidos en el proceso de sucesión de Roldán Bonilla, y ante el pronunciamiento adverso de la nulidad propuesta en la sucesión de Pedro León Bonilla ante el Juzgado 28 Civil del Circuito.

"Una vez presentada la demanda ejecutiva que correspondió ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de esa ciudad, y después de librarse el mandamiento ejecutivo, acuden demandante y demandada a la Secretaría del citado Despacho y éste se notifica de la orden de pago.

"Ocurrido lo anterior, la ejecutada deja transcurrir el término legal sin hacer uso del derecho de defensa que en este caso es el de proponer excepciones. Vencido dicho término comparece con su ejecutante y aportan un escrito donde hacen una transacción, consistente, precisamente, en que la ejecutada cede a su ejecutante la 'posesión' del predio objeto de litigio, pidiendo la suspensión del proceso ejecutivo por el lapso de dos meses.

"Sin dejar vencer el plazo pactado en el escrito que pidió la suspensión del proceso, la cual dicho sea de paso fue admitida por el Juzgado Civil, acuden las dos partes y solicitan al funcionario judicial que la ejecutada ha acordado entregar como dación en pago la posesión del predio conocido en autos, por el crédito base de la acción ejecutiva, que es la suma de $500.000.00, mientras el predio cuya posesión es dada en pago sobrepasa para ese momento los de $124.000.000.00.

"La petición comentada anteriormente, extrañamente es despachada favorablemente por el Juzgado 20 Civil del Circuito, ordenando al mismo tiempo la entrega del bien inmueble, comisionando a una autoridad policiva para que se cumpla dicha entrega, en la que estuvo presente María Cecilia Anzola, sus dos hijos, cuyo padre era el señor Roldán Bonilla Monroy, quien heredó el derecho a poseer ese predio de su padre Pedro León Bonilla, quien figuraba en el folio de matrícula inmobiliaria de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá. En la misma diligencia, la citada señora se opuso infructuosamente a ser despojada de la posesión adquirida en las circunstancias ya anotadas, en ese momento Peñaloza Zárate y Hernández Nova consuman el despojo de dicho bien en cabeza de María Cecilia Anzola, utilizando para ello la justicia".

Y, por último, para afirmar el derecho de María Cecilia Anzola y de sus hijos Booth e Indira, sobre dicho predio, precisa que "Roldán Bonilla Monroy era el heredero único de Pedro León Bonilla cuyo nombre figura inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del mencionado predio, si bien su compañero murió cuando se encontraba en trámite la sucesión de su progenitor, la citada señora estaba en posesión de dicho predio, del cual fue despojada en las circunstancias ampliamente conocidas".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

La demanda como lo plantea el colaborador fiscal, incurre en el lamentable y esencial anticientificismo de no precisar si el error alegado se causa en un falso juicio de existencia o en uno de identidad, lo cual, en su desarrollo, no se despeja, así se haga referencia a la omisión de algunos medios de prueba y la apreciación errónea de otros, pues se termina enfatizando como vicio del análisis en su falta de integración y el abandono de las reglas de la sana crítica. Esto destaca, entonces, una indescifrable antinomia pues mal puede darse una apreciación errónea con relación a elemento probatorio excluido del análisis.

Por igual acierta la Delegada cuando centra el motivo del disentimiento en la labor valorativa del Tribunal, aspecto que da paso, simplemente, a un error de derecho por falso juicio de convicción, censura a todas luces improcedente si se repara en que el juzgador ni le otorgó un vedado mérito a una probanza ni menos pudo desconocer una determinada tasación de valor, ya que éste no es el sistema del Código de Procedimiento Penal, como tampoco se vislumbra un sensible y censurable apartamiento de las reglas de la sana crítica. En síntesis, el recurrente pretende imponer su particular modo de ver y estimar las probanzas con desdén y alejamiento de las reflexiones consignadas por el fallador. Este, en dicho punto, no se muestra inclinado, por capricho, a recoger sólo las circunstancias de compromiso, ni se entrega a una meditación ilógica, incoherente o segmentada. Por el contrario, los pasajes que toma como de compromiso, traducen esa entidad y logra una visión incriminadora de conjunto, exteriorizándose de este modo un proceso imparcial de evaluación, con el cual necesariamente debe coincidirse.

Pero a más de esto conviene no perder de vista lo que fue fundamental enfoque en el fallo. La maniobra fraudulenta aparece destacada y demostrada cuando se observa el abandono, por parte de la Hernández y su apoderado, de los estadios propios y de clara lealtad en que pudieron controvertir la insólita y postrera pretensión de aquélla, constituidos por los procesos de pertenencia y el sucesorio de Roldán Bonilla, para tomar el camino oculto, sorpresivo e inicuamente ventajoso del juicio ejecutivo, que aparentaba el cobro de unos honorarios, tesis judicial mediante la cual se dejó a la sucesión del citado Roldán Bonilla (en la cual aparecía como heredero único su reconocido hijo Booth) sin bien alguno.

Vana pretensión la del recurrente al tratar de refutar al Tribunal en la estimación que hiciera de la letra de cambio por valor de $500.000.00, o sea, mirar la misma como un medio eficaz y dirigido únicamente a despojar a sus legítimos dueños del inmueble objeto de la maniobra falaz. Lo que al respecto se dice, sólo puede convencer al autor de la argumentación, pero a nadie más. En efecto, la intensidad de la gestión profesional que se atribuye al abogado Penaloza y condensable en la suscripción de catorce memoriales, no resulta tal cuando se observa que o bien tal producción se distancia notablemente del monto de la retribución, o que tal actividad lejos de destinarse a la promoción y efectividad de los derechos de la poderdante se evidencia como el medio para obtener la satisfacción del propio y desmedido interés del mencionado profesional. Pero, además, resulta insólito el que se incoara una ejecución antes de finalizarse la actuación que se dice cumulaba esos honorarios, y no es menos inexplicable la singular mansedumbre de la ejecutada ante este proceso y la repentina dación en pago, aviso judicial que permitió la inmediata venta del inmueble, con lo cual el sentenciado consiguió cinco o más veces la cuantía de sus fementidos honorarios.

De otro lado, así se trate de entender cuestión distinta, la verdad procesal estaba de lado del derecho reclamado por la familia Bonilla-Anzola y no de las postizas alegaciones de María Carlina Hernández. Que dos testigos, a última hora, en la sesión de audiencia, trastocaran el contenido de su dicho para favorecer forzadamente a esta sentenciada, no se erige en decisivo elemento probatorio que contrarreste y supere lo abundantemente establecido y atendido por el Tribunal, respecto a que María Carlina Hernández, madre de Roldán Bonilla, suegra de María Cecilia Anzola y abuela de Booth e Indira Bonilla, apenas si se le daba esporádica acogida en una pieza de la casa, puesto que vivía era en

propiedad suya, situada en el barrio El Carmen, fuera de que el inmueble de la Avenida 6ª (hoy 3ª) número 21-43, lo habitó Roldán Bonilla, a la muerte de su padre Pedro León (noviembre 3/67), como único dueño, con su compañera y sus hijos y aquélla y éstos continuaron (a partir de mayo 9/79) con el mismo status hasta que fueron despojados en virtud de la punible conducta de la Hernández y Peñaloza.

Constituye evidencia interpretable en la única forma como podía serlo, el que el referido proceso ejecutivo sólo buscó sustraer del sucesorio de Bonilla el inmueble que constituía toda la masa hereditaria, para luego, librado de toda atadura y control, disponer su venta, de manera omnímoda, para distribuirse el producido entre los dos procesados.

Así mismo, representa escaso significado, en este ámbito probatorio, lo relacionado con la cancelación del gravamen hipotecario, pues la circunstancia así como puede invocarse para acreditar un título en el inmueble, puede corresponder, más bien, a un interés por crear engañosos aspectos de favor en el pretendido dominio. Tan oscura circunstancia, máxime cuando cualquiera puede pagar por otro, no lleva a la conclusión unívoca que quiere el recurrente. El tema se presta a múltiples interpretaciones y la demanda no ahondó lo debido en el asunto, como para pretender que el mismo contrapese el grave compromiso que es dable señalar para los sentenciados.

Es pertinente recordar con la Delegada, que "el casacionista, arbitrariamente pretende confundir el significado y alcance de lo que en derecho civil constituyen los institutos de la posesión efectiva de la herencia y la posesión entendida propiamente como derecho real. Y se equivoca, pues la primera nace como consecuencia inmediata de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, entrando en posesión de esa herencia sus herederos por ministerio de la ley, declarándole así el juez del conocimiento a petición de los interesados (artículos 757 y 1013 del Código Civil- en concordancia con el 607 del Código de Procedimiento Civil. La segunda, surge como la tenencia de una determinada cosa con ánimo de señor y dueño, bien que se haga en forma directa o por interpuesta persona, artículo 762 del C. C.".

Estos aspectos probatorios y su interpretación, fundan, sobradamente, un fallo como el expedido y que ahora se recurre en demanda que no consigue su propósito.

El cargo se rechaza.

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 mencionada ya en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José Manuel Torres F. (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario

ESTADO DE NECESIDAD

De la definición que de estado de necesidad se ha transcrito se debe destacar lo que constituye su nota primordial, esto es, la inexcusabilidad de remedio, la inevitabilidad del mal, lo cual constriñe, obliga al sujeto a la actuación lesiva de los bienes ajenos. No existe otro modo de evitar el peligro que se cierne si no es atacando, vulnerando, destruyendo el derecho ajeno.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8523.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobada: Acta No. 71 agosto 11/93

Santafé de Bogotá, D. C., agosto diecisiete de mil novecientos noventa y tres

Vistas

Obrando con poder especial otorgado por Guido Rodríguez Carmona, el abogado Luis Gerardo López R., instaura *acción de revisión* sobre el proceso que se adelanta contra su protegido por el Juzgado Octavo Superior de Cali y que culminará condenándolo en julio 31 de 1987, por los delitos de "Homicidio Agravado" y "Tentativa de Homicidio" en las personas de Gerardo Ortiz Ruiz y Beatriz Eugenia Tobón Camacho, a la pena principal de diecisiete (17) años de *prisión*, sentencia que encontró integral confirmación en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la señalada ciudad capital en octubre 2/87.

Hechos

El 31 de diciembre de 1984, a eso de las 6 y 30 p.m., varios amigos que habían asistido a la corrida de toros que se cumplió en esa tarde, se desplazaban en dos vehículos, uno conducido por Hugo Charry Montealegre y, el otro, por José Durán García, por la avenida sexta entre las calles 41 y 44 de la ciudad de Cali, cuando fueron sorprendidos por varios disparos que se les hacían desde un carro Fiat 147, color negro, de placas 2248, resultante así muerto Gerardo Ortiz y Ruiz y lesionada Beatriz Eugenia Tobón Camacho, ocupantes de los automotores primeramente indicados. Como autor de

los disparos se identificó desde un principio a Guido Rodríguez Carmona, propietario del vehículo desde el cual aquéllos se hicieron y quien fuera reconocido desde el instante mismo del insuceso.

De la Demanda

1. La causal de revisión que se invoca es la establecida en el artículo 232 del C. de P.P., en su numeral 3°, así: "Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan *hechos nuevos o surjan pruebas*, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad".

2. Guido Rodríguez Carmona es hijo de Ismael Agustín Rodríguez Lasso y Rubia Carmona de Rodríguez. El señor Rodríguez Lasso desde sus 44 años de edad empezó a presentar cuadro sindromático de hipertensión. Por dolor precordial fue atendido, por primera vez, en el ISS el 21 de mayo de 1972. A partir de ahí en múltiples ocasiones se le ha atendido por síntomas de enfermedad cardiovascular, presentó aún hoy cuadro sintomático de hipertenso. El 31 de diciembre de 1984, siendo las 7:20 p.m., ingresó a la sección de urgencias del ISS y presentó síntomas que revestían su estado de salud como delicado por un posible infarto.

3. Guido Rodríguez Carmona fue empleado de Tractofiat Ltda. desde octubre 1° de 1980 al 7 de febrero de 1985, y es casado con Belma Mercedes Hohmann Restrepo desde noviembre 8/81, siendo ésta hija de Jorge Hohmann Sanabria y Gabriela Restrepo

Ana Cárdenas de Guerrero celebró un contrato de arrendamiento con Gabriela Restrepo sobre un inmueble ubicado en la calle 4ª B Norte # 6C-N-42, barrio La Campiña de Cali, del 15 de noviembre de 1981 al 15 de noviembre de 1986. En ese inmueble habitaron no sólo doña Gabriela, sino también su hija Belma Mercedes y su yerno Guido Rodríguez Carmona y los dos hijos de éstos.

4. En el proceso que se le siguió a Rodríguez C., quedó plenamente demostrado que los hechos se produjeron en el sector de la avenida sexta norte entre calles 41 y 44, en dirección sur a norte. "...demostraré en esta acción que el inmueble que habitaba el señor Guido Rodríguez Carmona está localizado en el sector de la calle 44B-N, con la avenida 6C del barrio La Campiña de Cali y que para que una persona que viene del sector sur de la ciudad pueda llegar a la calle 44B N con 6C N, necesariamente tiene que transitar por la avenida 6N con 41 que es lo que comúnmente se llama Puente de Chipichape y buscar intersectar la 44N, toda vez que el sector comprendido entre la 41 y 44N de la avenida 6N que da frente con el muro de los talleres de los Ferrocarriles nacionales, conocidos como Chipichape de la 41A a 44N, tiene 3 carriles, uno que corresponde a la vía norte-sur y otros 2 que van de sur-norte, entre estos dos últimos carriles está la calzada principal que colinda con el correspondiente al sentido contrario y es mucho más amplio, como quien dice tiene espacio suficiente para 3 automotores en dirección simultánea. Por ese carril venían los vehículos conducidos por los señores Hugo Charry Montealegre y José Rómulo Durán García. El señor Héctor Humberto Ortiz Ruiz manifestó al folio 7 del expediente que el 31 de diciembre de 1984, había estado en una corrida de toros en la Plaza Monumental de Cañaveralejo. Que una vez salieron del espectáculo decidieron Héctor Humberto Ortiz Ruiz, Beatriz Eugenia Tobón Camacho, José Rómulo Durán García, Hugo Charry Montealegre, Olga Patricia López, Gerardo Ortiz Ruiz (q.e.p.d) y Wilfred Burck Hardt Bejarano, rematar corrida en el estadero Las

Vallas, es un establecimiento ubicado en el sector norte de la ciudad y que como bien lo dijeron los testigos en el proceso para poder llegar a dicho lugar tuvieron que coger la calle 5ª para luego desembocar a la avenida 6, sector que se convierte en uno de los epicentros viales de mayor concurrencia turística, para luego cruzar el popular puente denominado Chipichape y continuar por el carril central, que como ya lo dije tiene capacidad para 3 vehículos simultáneos. Esa es la única vía que tiene el estadero Las Vallas para una persona que viene del sur hacia el norte...

5. Guido Rodríguez C., se encontraba el 31 de diciembre de 1984, a eso de las 6:30 p.m., trabajando en la empresa de su padre Tracto-Fiat Ltda., cuando Luz Elena Moreno Lasprilla, empleada de la misma, recibió una llamada telefónica donde se solicitaba que Guido Rodríguez C., se movilizara rápidamente a su casa ya que allí su señor padre, Agustín Rodríguez había sufrido al parecer un infarto y que a pesar de haberse buscado insistentemente un vehículo de servicio público para que lo transportara al ISS, "no se había podido por el bullicio, congestión vehicular y hora inoportuna de un 31 de diciembre. ...Fue así como Guido Rodríguez Carmona abordó su vehículo de placas MD 2248 y se dirigió hacia su residencia. Salió por la calle 23 a intersectar la carrera 3ª, descendió por ese lugar hasta la calle 25 y siguió esta vía hasta el sector del Club del Deportivo Cali, para doblar hacia la derecha y cruzar el puente de Chipichape, cogiendo por el carril central de sur a norte cuando encontró que 2 vehículos, los que posteriormente se supo eran conducidos por José Rómulo Durán García y Hugo Charry Montealegre. Estos dos vehículos iban a una velocidad demasiado mínima, como bien lo aseguran los propios conductores y los pasajeros. Es un carril para tres vehículos en dirección simultánea. No obstante este espacio, los señores José Rómulo Durán García y Hugo Charry Montealegre se ubicaron en una posición que restaba en libre espacio para que un tercer vehículo pudiera sobrepasarlos. ...El señor Guido Rodríguez Carmona encendía las luces de su vehículo altas y bajas, pitaba en forma desesperada para que le dieran vía. Los conductores de dichos vehículos lo miraban por el retrovisor y se reían. Los ocupantes-pasajeros disfrutaban del evento. ...También es un hecho evidente en el proceso que los conductores de los automotores se convirtieron en obstáculo premeditado para impedir el libre tránsito del automotor conducido por Guido Rodríguez C., se encontraban en ingesta alcohólica desde las primeras horas de la tarde de ese día y el estado físico no podía ser normal. ...No se pretende justificar el comportamiento de Guido Rodríguez Carmona frente a un acto de provocación propiciado por los señores José Rómulo Durán García y Hugo Charry Montealegre. Ellos iban contentos y fue tanta la alegría que quisieron contagiar a los otros conductores de vehículos, tratándose de un último día de año... La sentencia que es objeto de la acción de revisión consideró que la actitud de Guido Rodríguez era dolosa porque conociendo que un arma de fuego accionada frente a un ser humano lo puede matar, sabiendo su resultado que no es otra cosa que violar el derecho a la vida, lo quiso así y así lo ejecutó. Además, no hay razón que justifique que una persona porque no le dan la vía mate a otra, por eso le dedujeron circunstancias de agravación punitiva.

"El señor Guido Rodríguez Carmona, hijo de Ismael Agustín Rodríguez Lasso debió padecer una impactación emocional que nunca podrá ser equivalente a la ira, lo que comúnmente denomina la gente 'rabia'. Esa impactación emocional tiene que estar íntimamente relacionada con la mortificación, zozobra y en fin, un desespero incontenible que se alimenta cada vez más con el sólo hecho de saber que su padre, hipertenso de

tiempo atrás, porque no era la primera vez, había sufrido un desmayo, estaba sudoroso y además pálido, descripción que le hizo su esposa cuando le dio la fatal noticia. Sabía el señor Guido Rodríguez Carmona que de su llegada pronta a su casa dependía el traslado de su padre al seguro social. También sabía que para poder llegar a ese lugar tenía que recorrer una distancia de tiempo. Esta fue la situación que rodeó a este joven profesional y que como un buen hijo no escatimó esfuerzo alguno por poder llegar a su casa y transportar a Ismael Segundo Agustín Lasso al Seguro Social, de urgencias.

"Cuando el señor Guido Rodríguez Carmona cruzó el puente de Chipichape, llegando a la calle 41N por el carril central, de sur a norte, ya próximo a llegar a su casa se encontró con 2 vehículos que no le permitían el paso, usó el pito, realizó intermitencia de luces altas y bajas y acercó en lo mínimo su carro a los 2 automotores que iban delante de él a una velocidad muy mínima aun así no le dejaron pasar, alcanzó a rodar el vehículo en esas condiciones desde la 41N hasta la 44 N y no le daban paso. No es posible, y en esa forma se entra a cuestionar la presunción de la sentencia que es objeto de esta acción, que el señor Guido Rodríguez Carmona haya sentido ira, ofuscamiento, mal genio y rabia porque no le daban la vía siendo que su desespero y afán no era otros que llegar a su casa pronto para poder transportar a su señor padre al seguro social de urgencias. Lo que estaba sintiendo Guido Rodríguez Carmona era una depresión emocional, que no podía ser otra que la baja tensión arterial y disminución de fuerzas por el dolor que causa el saber que ya depende de él la vida de su señor padre. ...Quiero ser claro en el sentido de que Guido Rodríguez Carmona no se abre paso estrellando el vehículo contra el de Hugo Charry Montealegre por rabia o disgusto al no dársele la vía. Tampoco hizo el disparo o disparos porque haya tenido la intención de matar. Su comportamiento giró en el *estado de necesidad* de llegar pronto a su residencia para conducir a su señor padre al seguro social y evitar que muriera del infarto que habían dicho padeció Ismael Rodríguez Lasso. No pretende el accionante causal diferente al estado de necesidad porque la impactación que Guido Rodríguez C. padeció durante el trayecto de la oficina a su residencia fue incontrolable. Inundada en el dolor de saber que su papá se moría y que por tratarse de un día y hora de fin de año el tráfico de vehículos de servicio público era demasiado escaso.

"Considero, honorable Magistrado, que la actitud de los conductores José Rómulo Durán García y Hugo Charry Montealegre no fue la más justa cuando invadieron el espacio que le corresponde al tercer vehículo en el tránsito simultáneo del carril central comprendido entre la calle 41N y 44 N de sur a norte.

Desde luego que por no dar la vía a una persona tampoco se justifica matar a otro. Pero cuando el obstáculo se vuelve persistente y transcurre el tiempo que aumenta en la persona el desespero, creado por la *inminencia de muerte* de un ser querido ante la imposibilidad de llegar rápido para conducirlo a un centro de salud, no puede mirarse simplemente como un acto de reacción innoble o fútil sino mas bien como un estado de necesidad. ...".

Petición Previa a la Admisión de la Demanda

Un abogado anterior al que ahora adelanta la acción de revisión, presentó un escrito ante el Juzgado Octavo Superior de Cali, solicitando la declaratoria de *nulidad* a partir de la notificación de la sentencia a los sujetos procesales que no le habían sido personalmente, por irregularidades en la misma, lo que hacía improcedente la consulta

de la sentencia. "El *a quo* despachó en forma desfavorable la petición por considerar, no obstante reconocer que el edicto adolecía de falencias que menguaban su condición de tal, para sus consecuencias jurídicas, que la consulta que cumplió la mencionada sentencia ante el Tribunal Superior de Cali, sanó los vicios del edicto. ..."No era entonces consultable la sentencia, y si tal trámite procesal se realizó en nada puede variar la forma irregular como fue confeccionado el edicto que se ha creído cumplió la publicidad que inspira esta modalidad de notificación. Dejo entonces a buen criterio de la honorable Sala de Casación Penal para que, si encuentra razones de índole jurídica en esta petición previa a la admisión de la demanda de acción de revisión *estime si ese cartel, que omitió los requisitos fundamentales de publicidad, pudo ser equivalente a un edicto*, máxime si en su encabezamiento dice que el Secretario 'procede a compulsar copia auténtica de los fallos condenatorios de primera instancia' y luego procede a transcribir algunos apartes pertinentes de la sentencia, llegando en su transcripción a omitir las expresiones rituales de 'Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley'. "Esta petición la he formulado, como ya lo advertí, con el propósito de que se dé cumplimiento a la verificación, aunque el *a quo* certifique que está ejecutoriada la sentencia, si en realidad de verdad resultan irrelevantes las falencias que presenta el Aviso porque hasta se omitió el título de 'Edicto', para que se generen consecuencias jurídicas de *Cosa Juzgada*.

Breves Consideraciones de la Sala

A. *Con respecto a la petición previa*. Lo primero, no es cierto que el Juzgado Octavo Superior de Cali hubiera limitado lo suyo a lo que señala el accionante No. En determinación de febrero 20 de 1992, precisó:

"...Para esta oficina es un hecho que si bien el escrito que hace los veces de edicto no reúne las calidades en cuanto a su forma, la verdad es que sí lo hace en cuanto respecta al aspecto sustancial, pues que se fijó para ese expreso fin; se narra la sentencia dictada contra el señor Rodríguez Cardona y se finaliza diciendo que es precisamente para notificarle al ausente para lo que se fijó el escrito; es decir, que en cuanto a su formalismo puede estar errado pero no en lo que se refiere a su contenido, pues exceptuando la omisión de la palabra edicto y el encabezamiento del mismo, los demás pasos han sido correctamente anotados.

"Ahora bien, es un hecho que el HTS, debió conocer en segunda instancia de la sentencia; que la misma fue notificada en forma personal a la defensora oficiosa del encartado y que ni el Tribunal ni la señora defensora tacharon en ningún momento de nulo el edicto; antes por el contrario el HTS, desató la consulta y al confirmar en su totalidad lo actuado procedió a notificar por edicto a quienes no lo hicieron en forma personal, cumpliendo esta segunda notificación todos los mandatos legales.

"Ahora bien, para esta oficina es un hecho que la providencia ha hecho tránsito a cosa juzgada y que en tal virtud la sentencia debe ser cumplida pues se cumplió su ejecutoria formal y material sin que nadie la objetara.

"...Concluimos ratificando nuestro concepto, que la sentencia está en firme, que no hay forma de retrotraerla y que así el edicto no cumpliera los requisitos formales, sí

lo hacía en el aspecto sustancial, en su esencia y que en tal virtud como el de segunda instancia sí los cumplía en su totalidad, con él se subsana la irregularidad, no nulidad del cartel que hiciera las veces de edicto en la primera instancia".

Sobre el asunto, le concedió la razón al Juzgado Octavo Superior, precisando, entre otras cosas, que el respectivo proceso penal ya había hecho tránsito a cosa juzgada y que el impugnante sólo quería reabrir un debate ya finiquitado mediante sentencia.

Pues bien, ahora el mandante insiste sobre el particular y quiere llevar a la Corte, dentro del trámite de la extraordinaria *acción de revisión* a que se controvierta y reanalice un asunto que ya sufrió su correspondiente discusión en su estadio y momento propio, las instancias. Ya el punto fue definido de manera absoluta y mal haría la Corporación en colocarse en este instante en disputas sobre si el edicto de marras satisfacía o no en un todo con los requerimientos legales en orden a cumplir su total cometido. Los juzgadores, en cabal uso de atribución legal, ya decidieron lo pertinente y a ello se está la Corporación, la que no tolera que se le quiera convertir en medio para lograr efectos que no se obtuvieron en su momento procesal oportuno;

B. Conocido autor extranjero define, con carácter general, *el estado de necesidad* como "una situación de peligro actual para intereses protegidos por el derecho, *en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses jurídicamente protegido de otro*".

Y, tratadista de similar o mayor notoriedad, al referirse a la bien extensa gama de hechos que comprende esta causa de exclusión de la antijuridicidad, los presenta así.

"...los náufragos que se disputan la Tabula Unius Capax: la lucha por ganar la salida del teatro incendiado, en que el espectador se ahoga por el humo y abrasado por las llamas pisotea el cuerpo de otro caído en el suelo; el hacer abortar a la mujer cuya vida peligra; operar a una persona en inminente riesgo de muerte aunque se oponga el padre del enfermo; apoderarse de un medicamento secreto, aún no puesto en circulación por un empleado que salva así la vida de su hija; entrar en domicilio ajeno para prestar auxilio o servir a la justicia; hurtar un panecillo para no morir de hambre, o un vestido para reemplazar al del bañista a quien le fueron sustraídos los suyos; matar a un animal que nos embiste; ejercer ilegalmente la medicina en situación de apuro; embarazar la vía pública para refaccionar la casa que amenaza ruina.... etc.".

Pues bien, no requiere la Corte entrar a analizar la solidez de la prueba que, con respecto a la existencia de un posible infarto padecido por el señor padre del condenado Guido Rodríguez Carmona el 31 de diciembre de 1984, a eso de las 6:30 p.m., presentó el demandante; tampoco es del caso entrar a hacer precisiones sobre lo cierto o no de la llamada telefónica que recibiera una empleada de la empresa Tracto Fiat Ltda., donde se daba cuenta del malestar padecido por don Ismael Agustín Rodríguez Lasso, para la indicada hora; y no se considera del caso que se dé curso a discusiones sobre lo verdadero o no de que la única vía que conducía a la casa de Rodríguez C., donde en ese momento se encontraba su señor padre, era precisamente la que obstaculizaban Hugo Charry Montealegre y José Rómulo Durán García; ni es imprescindible analizar la fuerza demostrativa de las probanzas presentadas en el sentido de que el señor Rodríguez Lasso sí fue conducido a la sección de urgencias del ISS el señalado día a eso de las 7:20 p.m. con diagnóstico de dolor precordial. Y no se demanda de ese específico análisis ni la

Corte debe entrar a realizarlo porque aun aceptado que todo ello fuera cierto en su plenitud, empero no sería el más importante de los elementos integrados de la figura jurídica del estado de necesidad, cual es la inevitabilidad del *acto necesitado*.

De la definición que de estado de necesidad se ha transcrito se debe destacar lo que constituye su nota primordial, esto es, la *inexcusabilidad del remedio*, la inevitabilidad del mal, la cual constriñe, obliga al sujeto a la actuación lesiva de los bienes ajenos. No existe otro modo de evitar el peligro que se cierne si no es atacando, vulnerando, destruyendo el derecho ajeno.

Se refiere, entonces, que es de la nuez jurídica del estado de necesidad la inevitabilidad de la conducta o ineludibilidad del mal o lesión del bien jurídico causado (acto necesitado).

La doctrina se ha encargado de precisar que el acto necesitado será tal si el mal que se ocasiona es inevitable. Quiere decir ello que el mal que amenaza sobrevendrá si no se acude y que no existe medio inocuo de soslayarle, pues si éste se diera (así fuera la huida) debería emplearse; incluso, debe elegirse el medio menos dañoso de evitar el mal. Ese acto necesitado también debe ser proporcionado, esto es que el mal ocasionado no sea mayor que el que se trata de evitar.

Pues bien, lo que obra en estas diligencias permite asegurar que, para salvar el obstáculo que le presentaban Hugo Charry Montealegre y Durán García para llegar a su casa de habitación y auxiliar a su señor padre, el hoy condenado Rodríguez C., inevitablemente no tenía porqué disparar sobre la humanidad de quienes se transportaban en los vehículos conducidos por aquéllos. Un pensar diferente equivaldría a concederle licencia para matar a quien, civilizadamente, (*verbi gratia*, explicándoles a quienes le cerraban la vía y que, por cierto, conducían sus automotores bien despacio, la urgencia en que se encontraba de llegar rápidamente a su casa; convenciendo a los transeúntes y a otros conductores de que le colaboran en sus peticiones ante aquéllos), ha podido lograr franquear la barrera que se le oponía en su camino. Inclusive, bien podía haber disparado al aire o sobre las llantas de los automóviles; pero a lo que no estaba autorizado era a disparar sobre las personas, con riesgo no sólo de matar una, lo que efectivamente ocurrió y lesionar otra como así fue, sino que las víctimas han podido perfectamente ser más, como quiera que su acto violento e injustificado no cesó sino cuando agotó la carga de su revólver Smith & Wesson. Impera, pues, colegir que el acto que se cumplió sobre las personas que iban en los multicitados automotores no puede nunca, jurídicamente, recibir el calificativo de necesitado. Y no se olvide que, al mismo demandante, en su discurso se le escapa la expresión que debe gobernar en un todo el evento *sub examine*, cual es la de que "no hay razón que justifique que una persona porque no le dan vía mate a otra".

Otra cosa: bien sabido es que la no exigibilidad de otra conducta es, en el fondo, la esencia de todas las causas de justificación. Pues bien, aquí lo único que aparece diáfano es que otro debió ser el comportamiento del hoy condenado Guido Rodríguez Carmona.

Es también importante señalar que el mal causado es inevitable cuando, causando el amenazado cualquier otro, el mal que se trata de evitar, igualmente se hubiera

producido. Entonces, no dejar de preguntarse la Corte si no constituye una temeridad, a tiempo que extremo desacierto, asegurar que si el condenado hubiera optado por explicarles a quienes iban en los vehículos que entorpecían la marcha que su padre se encontraba gravemente enfermo, para que así le dieran vía, o por disparar al aire o a las llantas, fatalmente habría condenado a muerte a su progenitor;

C. Como comentario relativo al margen, no deja la Corporación de extrañar que una familia que todo indica contaba con recursos económicos hubiera obrado como si careciera de ellos, pues ni siquiera se les ocurrió solicitar los servicios de una ambulancia para el traslado urgente del señor Rodríguez Lasso a los Seguros Sociales. Tampoco convence a la Corporación, pese a la demostrada insolidaridad de nuestras gentes que, al menos, los vecinos (demostrado está que la familia hacía un buen tiempo habitaba en el barrio La Campiña de Cali) no hubieran socorrido al gravemente enfermo, trasladándolo de alguna forma a aquel centro asistencial. Todo esto para señalar que no es nada claro aquello de que el único que podía conducirlo allí era su hijo el ahora condenado.

Sorprendente también que si, como mejor que nadie tenía que saberlo el hoy condenado, los disparos los hizo sólo por la necesidad de abrirse camino y así salvar la vida de su progenitor, no se hubiera presentado a darle la cara a la justicia, sino que hubiera optado por la huida inexplicable, conocedor de que se le adelantaba un proceso en su contra. A su turno, su padre, se presentó sí a reclamar el carro desde el cual se hicieron los mortales disparos, mas no a dar a conocer a la autoridad los indicados supuestos hechos.

Finalmente, bien criticable que es la conducta asumida por la abogada defensora de Guido Rodríguez Carmona, doctora Gladys Arroyave de Polanco, pues que, en la audiencia pública, aseguró que había sostenido una conversación con aquél en la cual le había comentado que la razón por la que disparó contra los ocupantes de los vehículos de marras, había sido porque temió que pudiera ser víctima de un secuestro o de un hurto y, ahora, en declaración ante notario, rendida bajo la gravedad del juramento y que obra al folio 42 del expediente, sostiene que "en realidad nunca hablé con el señor Rodríguez Carmona. Este comportamiento deja mucho que desear, ya que la circunstancia de ser defensor no comporta autorización para mentir y, así, la única verdad que emerge es que en una de las dos actuaciones fue desleal con la justicia, la que también está obligada a servir. Entonces, por la Secretaría de la Sala, se hará llegar copia del presente pronunciamiento y de la indicada declaración a la autoridad competente, para los efectos disciplinarios y penales a que haya lugar.

De lo expuesto, impera colegir que la demanda debe ser rechazada. Y es que si bien aquí no se trata de disponer o no la prosperidad de la misma, ante lo irrebatible del hecho de que lo allí planteado a nada puede conducir en orden a la revisión, sería extravagante imprimirle el correspondiente trámite.

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

RESUELVE:

Rechazar in limine la demanda de revisión presentada por el abogado Luis Gerardo López R., en representación del condenado Guido Rodríguez Carmona y sobre la sentencia ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Por la Secretaría de la Sala, hágase llegar copia del presente proveído y de la declaración ante notario rendida por la doctora Gladys Arroyave de Polanco a la autoridad competente, para los fines disciplinarios y penales a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda (no firmó), *Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.*

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ APELACION/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

La sentencia proferida por el juzgado del circuito fue el resultado de la aprobación del acuerdo celebrado entre el condenado y el fiscal, para terminar el proceso anticipadamente. El fallo, en tales circunstancias proferido, y por disposición del propio artículo 37 del C. de P.P., sólo podía ser recurrido por el Ministerio Público y como ello no sucedió, quedó ejecutoriado y en firme. Ahora bien, dicha sentencia de primer grado incluyó decisiones diferentes a la aprobación del acuerdo entre el fiscal y el condenado, como aquella de permitir a la parte civil, su retiro de la acción penal para ir a reclamar sus derechos por la jurisdicción civil, por ello resultó viable la apelación que sobre esa específica determinación interpuso la defensa; pues el recurso hubiera sido improcedente si la impugnación hubiera recaído sobre los aspectos convenidos en la audiencia especial. En esas condiciones, esto es, sin mediar la impugnación del Ministerio Público, el Tribunal sólo podía resolver la apelación interpuesta en el punto de inconformidad de la defensa, sin revisar de fondo la sentencia de primera instancia porque ésta ya se encontraba en firme, lo que convirtió su decisión en un auto interlocutorio pues no podía ser de otra manera, en la medida en que el juez plural estaba limitado por los efectos de la aceptación del acuerdo concertado entre fiscalía e implicado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8623.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta No. 69.

Santafé de Bogotá D. C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Decide la Corte el Recurso de Hecho interpuesto por el defensor de José Alberto Duarte, condenado como autor del delito de homicidio culposo, contra la providencia del 2 de julio de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá se negó a conceder el recurso extraordinario de casación.

Antecedentes

En el proceso en referencia se investigó el delito de homicidio del cual fue víctima Ligia Gutiérrez Cortés, quien falleció el 24 de noviembre de 1992 al caer de una buseta que acababa de abordar, conducida por José Alberto Duarte.

El 12 de abril del año en curso, después de realizada la audiencia especial de terminación anticipada del proceso, la Juez Trece Penal del Circuito de esta ciudad dictó la sentencia correspondiente a esa instancia, condenando a José Alberto Duarte, como autor del delito de homicidio Culposo, a la pena principal de veinte meses de prisión, multa de cinco mil pesos y suspensión del ejercicio del oficio de conductor por un año; a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal; también le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

En el ordinal cuarto de la parte resolutiva del mismo proveído el Juzgado decidió "Aceptar el desistimiento de la acción civil adelantada dentro del presente proceso", que el apoderado de la parte civil había expresado antes de verificarse la audiencia especial, anunciando que sería instaurada por separado ante la jurisdicción civil. En consecuencia el *a quo* se abstuvo de condenar al pago de los daños y perjuicios causados con la infracción.

La defensa apeló dicha sentencia para que se revocara el numeral cuarto de su parte resolutiva, por cuanto el desistimiento presentado por la parte civil es condicionado y contrario a los intereses del sentenciado, de terceros y al sentido de la ley y la justicia. En su opinión, se desnaturalizó la audiencia anticipada por cuanto ésta se realiza sobre bases ciertas y conocidas dentro del proceso como era la presencia de la parte civil.

Al decidir la impugnación el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá aclaró que "...la Corporación sólo se ocupará del punto concreto de inconformidad materia de apelación, como quiera que bien pudo y debió resolverse independientemente del fallo de primera instancia, esto es, en providencia separada".

En cuanto a la decisión adoptada por el juez de conocimiento, cuya revocatoria pretendía el defensor, el *ad quem*, en pronunciamiento del 14 de mayo pasado, la confirmó argumentando que siendo la acción civil distinta de la penal, el titular de aquélla podía ejercerla dentro o fuera del proceso penal, a su arbitrio; que tampoco existe norma que de forma definitiva vincule al titular de la acción civil al procedimiento penal, con la salvedad que contempla el artículo 57 del estatuto procesal.

Así mismo adujo que no hubo desnaturalización del acuerdo entre la Fiscalía y el procesado, porque solamente ellos se ocupan de él, en presencia del juez y el defensor, hasta el punto que el inciso 2º del artículo 37 del C.P.P. establece que el acuerdo es inoponible a la parte civil, cuyo representante ni siquiera puede recurrir el auto que lo apruebe.

Finalmente, el *ad quem* dijo que el desistimiento presentado no requería la aceptación del sindicado por cuanto se refería al ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal y no a la renuncia a la titularidad de la primera.

El 2 de junio siguiente, el defensor presentó a la secretaría del Tribunal un escrito manifestando que interponga el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

El 2 de julio del presente año, el Tribunal decidió no conceder el recurso de casación, por cuanto el apelante había manifestado que impugnaba la decisión contenida en el ordinal cuarto de la parte resolutiva sin que hubiera expresado inconformidad alguna con la sentencia condenatoria proferida contra su cliente, motivo por el cual la segunda instancia solamente revisó el punto señalado por el apelante, mas no la sentencia condenatoria, que había hecho tránsito a cosa juzgada material en la primera instancia, dando lugar a que la inconformidad se hubiera resuelto a través de auto interlocutorio que quedó en firme el día en que se suscribió.

De lo anterior, el Tribunal concluyó que aquella decisión del 14 de mayo pasado, no ha debido notificarse por edicto, porque no correspondía a la entidad jurídica de la determinación adoptada; edicto que, por ende, carecía de efecto legal alguno.

En consecuencia, la Corporación de segunda instancia, considerando que la providencia que había proferido en la fecha indicada no era una sentencia, se negó a conceder el recurso extraordinario.

Interpuesto oportunamente el recurso de hecho contra la última decisión comentada, se enviaron a esta sala las copias pertinentes de la actuación SUSTENTACION para el recurrente es claro que se impugnó la sentencia de primera instancia, aun cuando hubiera concretado la inconformidad al punto cuarto de la parte resolutiva, como lo revelan las afirmaciones que constan al comienzo y al final de la decisión, cuando el Tribunal expresa: "Por vía de apelación revisa la Corporación lo resuelto por el Juzgado Trece Penal del Circuito de esta ciudad, en sentencia calendada a doce de abril del presente año...". "En virtud de (sic) anteriormente expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley. *Confirma la decisión proferida por el juzgado de instancia que fuera apelada por el defensor del condenado*"

Prosigue el impugnante argumentando que el hecho de que no se ataque la totalidad de la sentencia no quiere decir que no se haya presentando inconformidad contra ella; y apoyándose en el artículo 218 del C.P.P., se reafirma en que interpuso el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

De otra parte, el defensor cita la facultad discrecional que en materia de casación le concede el inciso tercero del artículo 218 del C. de P.P. a la Corte Suprema de Justicia, para manifestar a la Sala que ésta es una oportunidad de sentar jurisprudencia que no existe con respecto al tema de la aceptación de un desistimiento condicionado de la acción civil, dentro del proceso penal, cuando la ley (art. 342 inc. 6º del C. de P. C.) establece que el desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes.

Así mismo, el apoderado asegura que la parte civil desistió condicionadamente de la acción y en forma ilegal, para acudir a la jurisdicción civil y allí dirigirse contra terceros distintos al condenado, como el propietario del vehículo y la empresa a la cual está afiliado el automotor.

El mandatario judicial manifiesta su extrañeza de que se aceptara un desistimiento ilegal, porque se condicionó sin existir acuerdo entre las partes, sobre la base de que se carecía de tiempo para pedir pruebas en razón de la terminación anticipada del proceso, siendo que en la demanda de Constitución de parte civil se habían presentado "unos valores".

Por último, la defensa sostiene que la acción civil ya se ejerció dentro del proceso penal, y que siendo independientes, eso es muy diferente a que aquélla se ejerza primero dentro del proceso penal y luego ante la jurisdicción civil.

La Sala Considera

Para la Sala es inobjetable que la decisión que profirió el Tribunal como juez de segunda instancia no es una sentencia, y en consecuencia, carece del recurso de casación, por lo que razón tenía al denegar el recurso extraordinario de casación.

Veamos por qué.

La sentencia proferida por el Juzgado Trece Penal del Circuito de esta ciudad fue el resultado de la aprobación del acuerdo celebrado entre el condenado y el fiscal, para terminar el proceso anticipadamente. El fallo, en tales circunstancias proferido, y por disposición del propio artículo 37 del C. de P.P., sólo podrá ser recurrido por el Ministerio Público y como ello no sucedió, quedó ejecutoriado y en firme.

Ahora bien, dicha sentencia de primer grado incluyó decisiones diferentes a la aprobación del acuerdo entre el fiscal y el condenado, como aquélla de permitirle a la parte civil su retiro de la acción penal para acudir a reclamar sus derechos por la jurisdicción civil, por ello resultó viable la apelación que sobre esa específica determinación interpuso la defensa; pues el recurso hubiera sido improcedente si la impugnación hubiera recaído sobre los aspectos convenidos en la audiencia especial.

En esas condiciones, esto es, sin mediar la impugnación del Ministerio Público, el Tribunal sólo podrá resolver la apelación interpuesta en el punto de inconformidad de la defensa, sin revisar de fondo la sentencia de primera instancia porque ésta ya se encontraba en firme, lo que convirtió su decisión en un auto interlocutorio, pues no podía ser de otra manera, en la medida en que el juez plural estaba limitado por los efectos de la aceptación del acuerdo concertado entre Fiscalía e implicado.

Así las cosas, e independientemente del estudio del interior para recurrir en casación, es forzoso concluir que ese recurso extraordinario no procede contra el proveído interlocutorio que el Tribunal Superior de Bogotá emitió el 14 de mayo del año en curso, en el asunto de la referencia. En consecuencia, el recurso de hecho no prospera.

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

RESUELVE:

Denegar el recurso de hecho interpuesto contra el auto de 2 de julio pasado, por medio del cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá decidió no conceder el recurso

extraordinario de casación en el proceso adelantado contra José Alberto Duarte, condenado como autor de un delito de domicilio culposo.

Remítase esta actuación al despacho en que se halla el proceso, para que se anexe al respectivo expediente.

Cópiese. Notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Gárnica, Secretario.

DOLO/IRA E INTENSO DOLOR

Que el dolo de ímpetu se dé a veces en la ira, no autoriza al casacionista en que bastaba el reconocimiento en esta clase de dolo, para, que con sólo ello, reconocer la atenuante al procesado, pues perfectamente puede haber dolo de ímpetu sin que concurra la atenuante en comento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7985.

Magistrado Ponente: Doctor: *Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta No. 73.

Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 24 de julio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a Ramón Octavio Díaz Cervantes a la pena principal de 16 años de prisión, por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. En Santafé de Bogotá, en la noche del 29 de diciembre de 1990, Ramón Octavio Díaz Cervantes -conductor del Ministerio de Salud- y su esposa Luz Esperanza Zambrano Fernández, amanecieron en una fiesta. Hacia las 9 de la mañana del día siguiente (30) se dirigieron en la camioneta que él manejaba, a la casa de Pedro Pablo Suárez Beltrán, ubicada en la calle 30A sur No. 12-62 de esta ciudad. Iban acompañados de sus dos hijos y de otros familiares, con el propósito de devolverle a Suárez Beltrán un equipo de sonido que les había prestado para la reunión de la noche anterior.

En esa residencia, Suárez Beltrán les ofreció unos vinos. Al poco tiempo, los esposos Díaz Zambrano discutieron acerca de sus hijos. Finalmente, Luz Esperanza salió corriendo con éstos, siendo alcanzada por su esposo que la golpeó duramente, botándola al suelo y llevándose los niños en la camioneta, no sin antes amenazarla con matarla, para lo cual echó de menos el revólver de dotación.

Luz Esperanza regresó y se refugió en la habitación de los esposos Suárez Beltrán, a donde llegó como a los 10 minutos Ramón Octavio, pidiendo permiso para entrar a dicho cuarto y hablar con su esposa. Una vez adentro, le reclamó a ella por los niños y

de inmediato sacó el revólver haciéndole un disparo a la altura de la boca y otro sobre el pecho, causándole la muerte allí mismo y abandonando el lugar.

Ramón Octavio se dirigió a la casa de su amigo Elmer Augusto Aldana Cortés, diciéndole que "la había embarrado". Elmer llamó entonces a la policía y el homicida se entregó, quedando capturado.

Al momento de los hechos estaban en la mencionada habitación José Javier Zambrano Fernández (hermano de la víctima) y las menores Angela y María Jenny Suárez Beltrán. Los esposos Díaz Zambrano llevaban para entonces 6 años de casados.

2. El Juzgado 110 de Instrucción Criminal abrió investigación y escuchó en indagatoria a Ramón Octavio Díaz Cervantes, quien dijo no recordar nada de lo sucedido. Dice que especialmente no había tenido problemas con su esposa, aunque ambos -el y ella- eran celosos. Expresa, además, que se separaron por un lapso aproximado de 2 meses y que Luz Esperanza tuvo un amante llamado Alirio Bernal. Agrega que sus hijos tienen 6 y 4 años de edad.

Se recibieron varias declaraciones que dan cuenta de que el procesado Ramón Octavio "le daba mala vida" a Luz Esperanza, a quien golpeaba con frecuencia, hasta el punto que ella se vio precisada a formular denuncia por el delito de lesiones personales (fls. 152 y 153). Informan también esos testimonios del "buen comportamiento" de la esposa.

A petición del defensor del procesado se recibieron las declaraciones de Alexánder Fernández Cervantes y Raúl Ernesto Russi Cervantes, medio hermano y primo del procesado, respectivamente. Esos individuos dicen que antes de irse el procesado con los niños, y estando ya en la camioneta, Luz Esperanza le gritaba que tenía un amante, que se iba a ir con él. "Trató de insinuarle" tales cosas, dice el primero de esos testigos (fls. 252 y 273).

3. Se le dictó auto de detención al procesado por el delito de homicidio, agravado por el vínculo matrimonial que lo unía con la víctima (fls. 172 y ss). El registro civil respectivo obra a folio 158.

Un perito le concluyó que Ramón Octavio es imputable (fls. 343 y ss.).

Cerrada la investigación, se la calificó con resolución acusatoria por el mencionado delito agravado (auto de abril 17/91 -fls. 357 y ss.-), pasando el proceso al Juzgado 18 Superior de Santafé de Bogotá, donde tomó posesión como defensor del acusado, quien es hoy el casacionista.

Ampliada la indagatoria del procesado (fls. 405 y ss.), éste manifestó que realmente sí recuerda todo, que en la primera oportunidad dijo que no porque estaba "nervioso" por razón de sus abogados. Así, dice que entró a la pieza. Le pidió perdón a su esposa por haberle pegado, que entonces ella lo insultó y le dijo que tenía amantes, procediendo a coger el revólver que él portaba, y, en el "forcejeo" con el mismo, éste se disparó, causando el homicidio. Insiste en que no quiso disparar ni hacerle daño a su esposa. No obstante, hace el procesado esta petición: "Quiero si es posible se me envíe a Medicina Legal para que así se me de mayor garantía, para probar mi inocencia y que Medicina Legal pueda dictaminar que fue por ira e intenso dolor" (fl. 410).

Se celebró audiencia pública y se dictó sentencia de 20 de febrero de 1992, por medio de la cual, en armonía con la acusación, el procesado fue condenado a la pena principal de 16 años de prisión, a las accesorias de pérdida del empleo oficial e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 5 años. También se le condenó al pago de los daños y perjuicios y le fue negada la condena de ejecución condicional (fls. 600 y ss.).

Al ser apelada esa sentencia por el defensor del procesado, el Tribunal, mediante la suya que aquél recurrió en casación, la confirmó (fls. 38 y ss.), modificándola en cuanto a la duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, la cual fijó en 16 años. Consideró que esa pena accesoria "no es optativa del juzgador (sic) sino obligatoria, es decir, no tiene posibilidad de dosificación alguna, por consiguiente se modificaría en tal sentido, esto es, que dicha accesoria tendrá la misma duración de la pena principal. Vale resaltar que esta modificación, en el criterio de la Sala, no implica violación del artículo 31 de la Constitución Nacional, sino el debido cumplimiento de la ley, que no permite diferencia en la duración de la pena principal de prisión frente a la accesoria en cita" (fl. 45-2).

La Demanda

Invocando los artículos 226 y 220 de los Códigos de Procedimiento Penal anterior y actual, dice el casacionista: "Acuso la sentencia recurrida por ser violatoria indirectamente de la ley sustancial, a causa de error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal: deformó el hecho juzgado cuando valoró erróneamente la prueba o pruebas que inexorablemente llevaban a la convicción inequívoca de que la atenuante de la ira (art. 60 C. P.) sí era de recibo. El sentenciador *ad quem* incurrió en violación indirecta de la ley sustancial (art. 60 C. P.), derivada ostensiblemente de errores de hecho (falsos juicios de identidad y falsos juicios de existencia) en la apreciación de los distintos medios probatorios, pero especialmente en la apreciación de la prueba testimonial" (fl. 81).

Cita en seguida jurisprudencia sobre esta clase de error que propone (fls. 81 y 82), y precisa que mientras en la resolución acusatoria se "exaltaron" los testimonios de los familiares de la víctima, el sentenciador "se dedica a restarle alcance a los testimonios de la familia del detenido, quien al parecer está condenado a no ser oído en relación al anhelado estado de ira" (fl. 85). Más adelante agrega el censor:

"Por interpretar caprichosamente el sentido del artículo 60 del Código Penal se llegó hasta el extremo de decir que Ramón Octavio Díaz, en estado de embriaguez, había actuado *Intensional* o *Dolosamente* contra su propia esposa, quien como dulce paloma dizque apenas se limitaba a padecer los malos tratos de su esposo. Jamás se quiso hablar del dolo de ímpetu propio de las riñas de familia, que de todos modos se había desenvuelto en un marco enamorado de hombre y mujer. Jamás se le quiso decir al detenido por qué no había dolo de ímpetu..." (resaltado del original).

Luego el casacionista hace algunas referencias doctrinales sobre la ira, y afirma que aquí existe la gravedad de la provocación por parte de la víctima.

Dice: "Así se han expresado tanto doctrinantes nacionales como extranjeros y a su contenido y alcance nos acogemos por cobrar vigencia y actualidad indiscutibles por

cuanto Luz Esperanza conocedora del amor que su esposo le profesaba, utilizó la mejor época para intentar nuevamente quitarle los niños: en plena navidad o en festividades de año nuevo, la víctima, provocativa, trató a mi cliente de huevón y malparido, así la sentencia de condena defienda a Luz Esperanza a capa y espada" (fl. 86), renglones después dice:

"El comportamiento grave e injusto debe ser un concepto relativo, debe mirarse o estudiarse dentro del contexto general de la conducta provocativa frente a los sentimientos del provocado. La palabra h.p., proveniente de un amigo no produce el mismo efecto que el madrazo proveniente de la esposa que se ama y quien pretende irse con otro para *renovar* la corrida o postura de cuernos inicialmente ya medidos. La palabra malparido es provocación grave e injusta para el esposo legítimo quien *Jamás* abandonó el seno del hogar como sí lo hizo Luz Esperanza, inexplicablemente exaltada por la sentencia de condena" (fl. cit., resaltado del original).

Insistiendo en lo relativo de esa provocación, dice que el fallador olvidó el "choque afectivo, que es uno de los generadores de la ira" (fl. 89), agregando más adelante: "La sentencia recurrida tergiversó y distorsionó (falsos juicios de identidad) el alcance del testimonio del hijo de mi poderdante Walter Octavio Díaz Zambrano (fl. 197). Observen los honorables Magistrados cómo la sentencia recurrida juega con las palabras escogidas del niño, cuando como consta en el expediente también se refería a otros aspectos..." (fl. 92).

Igual ataque de tergiversación le hace al fallo en lo que toca con las declaraciones de Alexánder Fernández y Manuel Russi Fernández, hermano y primo del procesado, respectivamente. Dice que el Tribunal erró al encontrar "serias contradicciones" en esos testimonios y que no "las evaluó en su verdadero alcance" (fl. 94), manifiesta que todo ello se hizo a fin de negarle al procesado el dolo de ímpetu y "abrirle paso al dolo intencional o de propósito". Se pregunta el censor si "Fernández Cervantes o el propio Russi Fernández quisieron declarar así como lo dice el proveído recurrido" (fl. 95), y si "¿la conducta de Luz Esperanza no fue factor desencadenante generando a la vez el *Proceloso Turbión Emocional* que lo llevó inexorablemente a disparar contra su propia esposa..? ¿Atrincherado o a mansalva le disparó mi cliente a su esposa? ¿dónde y en qué página del expediente está la alevosía..?

Insiste el censor en la amenaza de "los hermosos cuernos" (fl. cit.) y en la "perturbación" del procesado cuando disparó a su esposa. Igualmente, afirma que se desfiguró la versión del procesado, a la cual el fallador le dio "un alcance jamás soñado por el mismo procesado" (fl. 96).

Transcribe a continuación apartes de las declaraciones de Graciela Cervantes de Fernández (madre del acusado), Jenny Marcela Suárez y José Javier Zambrano; anotando que "a pesar de haberse comprobado el contenido de tales testimonios, se le da el alcance siguiente a la indagatoria..." (fl. 98)

Se pregunta el casacionista si "¿con las amenazas de un nuevo varón, este campesino de Boyacá no tenía derecho a sentirse herido?" (fl. 100). A continuación manifiesta que a esto deben agregarse las "condiciones personales" del procesado y los "improperios proferidos por su esposa delante de los niños".

Concluye, pues, que el fallador "subestimó" unos testimonios y "exaltó" otros, haciendo énfasis en que sólo después de "la ofensa" el acusado mató, usando el revólver de dotación que, entre otras cosas, jamás había esgrimido contra su esposa (fl. 101 infra).

Critica que se haya escrito en el fallo que el procesado mató "consciente y voluntariamente" y pide que se case, ya que la sentencia "desconoce la diminuente o degradante de responsabilidad" (fl. 109). Cita el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal (fallo de sustitución) y advierte: "Se impone la sentencia de absolución y no de condena por las razones antes aducidas" (fl. 109 infra).

Concepto de la Delegada

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se refiere a la impugnación como un "extenso, desordenado, inconsistente y confuso escrito" (fl. 7), señalando que por ello "está llamado a fracasar" (fl. 9).

Dice que este recurso extraordinario "implica la presentación ante la Sala de Casación no de cualquier deshilvanada e incoherente alegación, sino a *contrario sensu*, de una demanda que en su estructura lógica guarde las mínimas exigencias del científico raciocinio fundamentado para estos casos en las premisas fáctica y legales imperantes para la censura que se pretende formular" (fl. 9).

Así, observa que el actor en este caso no demuestra por parte alguna el error que arguye, y que no se le puede pedir a la Corte, como hace el censor en el presente caso, que reexamine todo el acervo testimonial obrante en autos y de ahí deduzca la verdad del cargo pues ello "equivale a impetrarle a la Corte que supla la función del censor, lo que además de ilegal, resulta realmente extraño a esta clase de recurso" (fl. et. infra). Añade el Procurador Delegado a folio 10:

"En este caso, el censor inicia con extensas elucubraciones sobre la crítica testimonial a la manera de un presunto error de derecho por errónea valoración probatoria, entremezclando esta argumentación con errores de hecho por haber fallado el tribunal creando prueba, llegando hasta insinuar falta de motivación de la sentencia y hasta errónea interpretación del artículo 60 del C.P.

"Esa amalgama de argumentaciones, así aparezca como una especie de estudio previo, integran la demanda y la llevan al traste, pues desconoce la exigencia de claridad y precisión imprescindibles en la demanda de casación, pues de otra parte, quedan como un conjunto de enunciados sin demostración alguna y dejan inconsistentes los cargos que se expresan posteriormente como formales censuras".

Anota que no obstante invocar errores de hecho, el actor argumenta por la vía del error de derecho, "desconociendo además, que en punto a la prueba testimonial y a la indagatoria no ha señalado la ley procesal tarifa alguna para su valoración y, por tanto, también es inane el ataque en estas condiciones" (fl. 11).

Hace ver el Procurador Delegado "el interminable listado de interrogantes" que el actor le hace a la Sala, acotando que es justamente a éste "a quien le corresponde proponer concretas censuras y viables soluciones para que la Sala de Casación las admita o no".

Sostiene que la demanda de casación no es sino una súplica para que reconozca la ira, y que también es improcedente pedir en este caso un fallo de absolución, si lo que se alega es la disminuente.

Sugiere, pues, no casar el fallo.

Se Considera

1. Para fundamentar el error de hecho que propone, el casacionista reitera que la prueba concretamente unas declaraciones y la indagatoria del procesado, fue tergiversada.

Empero, al desarrollar esa premisa en modo alguno demuestra, pero ni siquiera dice, de qué modo esa prueba fue desfigurada por el Tribunal. Para dicho efecto, tendría que haber hecho constatar que al declarante (o al procesado) se le puso en la sentencia a decir lo que no dijo, cosa que omite enteramente el censor y que la Sala no verifica tampoco.

En lugar de seguir ese procedimiento, que es el correcto, el casacionista se dedica a *disentir* del "alcance" (es el término que usa a menudo) que el Tribunal otorgó a dicha prueba. Como dijo la Delegada, desarrolla el actor un ataque por error de derecho proveniente de un falso juicio de convicción, no permitido en la actualidad ante la ausencia de prueba tasada o de tarifa legal para la valoración de la prueba, salvo el caso, raro por cierto, de que el juzgador le dé a una prueba una determinada valoración, aduciendo erróneamente que ese es el valor que la ley le otorgó, cuando en verdad el legislador no le determinó ninguna valoración a dicho medio probatorio.

Por el contrario, el casacionista no desmiente a ninguno de los testigos, acepta lo que ellos declararon, pero discrepa del valor que el fallador les dio a las declaraciones, cosa no permitida, como ya se expresó.

Recuérdese, por ejemplo, que Doralba Beltrán Cortés y el menor Walter Octavio Díaz Zambrano (de 5 años de edad), hijo del procesado y de la víctima, declararon haber escuchado que aquél amenazaba de muerte a ésta y que apenas se quejaba de no tener consigo el revólver (fls. 197 y 244). Entonces no erró el Tribunal al tener en cuenta esa amenaza ocurrida minutos antes del homicidio.

En cuanto a lo dicho por los *parientes del procesado*, Alexánder Fernández Cervantes y Raúl Ernesto Russi Cervantes, afirmó a que la víctima Luz Esperanza provocó injustamente al procesado, gritándole que tenía otro hombre y que se iría con él, el fallador desechó tal afirmación, luego del análisis correspondiente de esos testimonios que obran a folios 252 y 273.

Dijo el Tribunal al respecto:

"En cuanto a la disminuente de responsabilidad solicitada, como bien lo consideró el juzgado de conocimiento, tampoco está llamada a prosperar, pues si bien es cierto que durante la vida matrimonial existieron algunas controversias a tal punto que Luz Esperanza tuvo que abandonar el hogar para refugiarse con sus hijos donde su progenitora, todo por causa de los malos tratamientos recibidos de su esposo, que dicho sea de paso fue denunciado en dos ocasiones por lesiones personales (fls. 151 y 152),

las cuales finalizaron por desistimiento de la denunciante cuando sobrevino la reconciliación de la pareja, también lo es que estos inconvenientes superados no pueden servir de soporte para invocar 'la reacción iracunda retardada' y con ello el estado de ira e intenso dolor (sic); en cambio si evidencian el temperamento violento y agresivo del inculpado.

"Igualmente se pretende que la causa de la muerte ocurrió por comportamiento grave e injusto de la víctima al gritarle a su esposo que se iría con su amantes cuestión que ocasionó 'el llanto' de Ramón Octavio, según lo expresan Alexánder Fernández y Manuel Russi Fernández (fls. 252 y 273), pero estas versiones no son lo suficientemente sólidas para demostrar que efectivamente el procesado actuó en tal estado emocional, máxime cuando los mismos incurren en serias contradicciones, explicables por el interés que los asiste en las resultas del proceso. Es así como Alexánder Fernández Cervantes, hermano del acusado, refiere que en la casa de Pedro Pablo Suárez, Luz Esperanza empezó a decirle que se iba con los niños para donde la mamá y Ramón Octavio como también los quería llevar con la suya, comenzaron a disgustar y al resbalarse (sic) sobre el andén su hermano subió a los niños a la camioneta y entonces Luz Esperanza le grita que se fuera para donde quisiera, que ella tenía un amante para dónde irse; por su parte Manuel Ernesto Russi Cervantes dice que Luz Esperanza se acercó a la camioneta y por la ventanilla del conductor dijo a Ramón, que si el ya tenía otra mujer que no se preocupara que ella tenía otro varón que la hacía mas feliz.

"De estas dos versiones se extrae que Luz Esperanza en modo alguno expresó frases que alteraran a tal extremo el estado emocional de Ramón Octavio, pues de una parte no pudo acercarse a la ventanilla del conductor a ofenderlo como lo dice Russi Fernández porque que encontraba (sic) en el piso, en la esquina de abajo, cuando su cónyuge abandonó el lugar y además, ninguno de los presenciales corroboran estas versiones; es más, Luz Esperanza quiso evitar la discusión y por eso salió corriendo siendo alcanzada por Ramón Octavio quien la agredió de hecho y al notar la ausencia de su arma de fuego fue en su busca para regresar al poco tiempo a cumplir su objetivo, como en efecto lo cumplió. En suma no se dan los requisitos exigidos por el artículo 60 del C.P., para reconocer en favor del procesado la disminuente en cuestión reclamada por el defensor del recurrente y la agencia fiscal de la Corporación".

Además, téngase en cuenta que es el mismo procesado quien sostiene (ampliación de indagatoria) que los disparos se dieron *sin él querer*, como un hecho fortuito producto de un forcejeo. Esta excusa, rechazada prolijamente por el fallador, camina en contravía de la ira que propone el casacionista, en la cual es presupuesto que el hecho *se quiere* -incluso con renacidad- pero se actúa en estado de emoción violenta por ira o por dolor intenso.

Además de lo anotado, agréguese que gran parte de la demanda está aplicada a una interpretación del artículo 60 del Código Penal (el actor tilda de caprichosa la interpretación que de esta norma se hace en la sentencia), cosa que con razón le hace decir a la Delegada que se trata de una violación *directa* de la ley, cuando lo alegado -y también desarrollado- fue una violación *indirecta*.

Que el dolo de ímpeto (en el cual tanto insiste el casacionista) se dé a veces en la ira, no autoriza al casacionista a insistir en que bastaba el reconocimiento de esa clase

de dolo, para, con sólo ello, reconocer la atenuante al procesado, pues perfectamente puede haber dolo de ímpetu sin que concurra la atenuante en comento. Además, el Tribunal sostuvo (correctamente; es decir, a tenor con la interpretación de la prueba que llevó a cabo) que el dolo había sido deliberado a que luego de la amenaza de muerte, el procesado fue a su casa, se armó y regresó para matar.

En fin, no prospera ese ataque del procesado, y tampoco lo dicho respecto al momento del homicidio, pues de acuerdo con las declaraciones de los testigos presenciales Jose Javier Zambrano y las hermanas Angela y María Jenny Suárez Beltrán, el procesado, apenas entró a la pieza, lanzó un reclamo a su esposa Luz Esperanza (referido a los niños) y luego disparo sobre ésta.

Por parte alguna demuestra entonces el actor que su defendido haya actuado cobijado por la atenuante del artículo 60, razón por la cual su impugnación no sale avante.

Hay que hacer notar el error en que cae el casacionista al demandar la absolución del procesado, ya que si lo que pretende es que se le reconozca la diminuente, el fallo de reemplazo consistiría en condena con pena menor.

No prospera el cargo.

2. Como se dijo inicialmente, el Tribunal condenó al procesado Díaz Cervantes a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones por un tiempo igual al de la pena principal; es decir, por 16 años.

Pero resulta que dicha pena accesoria no puede tener un máximo sino de 10 años, según el artículo 44 del Código Penal. Entonces el mandato del artículo 52 *ibidem*, de imponer esa pena "por un período igual" a la pena de prisión a la cual se condene, debe entenderse, obviamente, limitado por este tope máximo de duración.

Haciendo uso de la atribución otorgada por el artículo 228 del nuevo Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 229-1 *ibidem*, la Sala enmendara entonces, oficiosamente, dicha violación al principio de legalidad de la pena, casando parcialmente la sentencia para determinar que la condena a la interdicción de derechos y funciones públicas tendrá una duración de 10 años.

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

RESUELVE:

Casar Parcialmente la sentencia impugnada unidamente para fijar en diez (10) años la duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al procesado Ramón Octavio Díaz Cervantes. En lo demás el fallo recurrido no sufre modificación alguna.

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

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DOCUMENTO/FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO

1. El concepto de documento comprende entre otros, los escritos de persona determinada que contenga manifestaciones o declaraciones de quien suscribe el documento o de terceros y que fundamentalmente sean medios preconstituidos para servir de prueba./El bien jurídico amparado por la falsificación documentaria es el de la fe pública ante la necesidad de proteger eficazmente la veracidad de los documentos públicos y privados a los que se reconoce valor probatorio por no dudarse de su autenticidad./A esta falsedad documental se puede llegar mediante la falsificación por medios materiales del documento, como alteración, mutación, supresión u ocultación de la verdad literal, o mediante una falsificación ideológica en la cual en la redacción original del documento se finge o altera la verdad de su contenido./2. Es verdad que en el campo de la teoría del derecho se ha sostenido que la falsedad inocua, aquella que no ocasiona perjuicio y no tiene siquiera la potencialidad de causarlo y que no lesiones por tanto el bien jurídico protegido por la norma, escapa al reproche penal./ Quien al certificar en un documento oficial un hecho falso como cierto, o como verdad aquello que se sabe era una grave inexactitud, realizó una conducta no sólo encaminada a obtener para sí un provecho ilícito, sino que además con ella ocasionó perjuicio al Tesoro Nacional y a la sociedad que se vio afectada en la confianza y credibilidad que le merecen todos los documentos públicos, que se consideran veraces y auténticos en todo su contenido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8146.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta No. 073.

Santafé de Bogotá, D. C., agosto dieciocho de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Mediante sentencia del dieciocho de diciembre del año de 1992, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, condenó a la doctora Lya Zapata Pérez, ex

Juez Promiscuo Municipal de Necoclí, a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión como responsable del delito de Falsedad Ideológica en documento público y se le impuso como pena accesoria la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En la misma sentencia se absolvió a la aludida profesional, de toda responsabilidad penal en relación con el delito de Peculado por error ajeno que le fuera imputado en el pliego de cargos.

Contra esta decisión, interpuso en oportunidad el recurso de apelación el abogado defensor.

Agotado el trámite propio del recurso, la Sala resuelve previas estas consideraciones:

Episodio Procesal

Los hechos por los cuales fuera juzgada la ex Juez Zapata Pérez, vienen compendiados con acierto en la resolución de acusación, así:

"Mediante acuerdo número 31 del cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y siete, la abogada Lya Zapata Pérez fue designada por el honorable Tribunal, en provisionalidad, Juez Promiscuo Municipal del municipio de Necoclí, en la región de Urabá, en el linderamiento jurisdiccional de este departamento y tomó posesión del cargo el día primero de diciembre del acotado año ante el burgomaestre de la comuna. El día veintiséis del mismo mes, aprovechando el viaje del letrado Rubén Watchter López la funcionaria resolvió viajar a esta capital, contando según ella, con el respectivo permiso del Alcalde. En inmediaciones del municipio de Apartadó se produjo volcamiento del automotor y la doctora Zapata Pérez sufrió algunas contusiones. Luego de primeros centro de fracturas, en donde se le dictaminó una incapacidad laboral de ocho días. Con irresponsabilidad la juez no regresó al lugar de trabajo hasta finales del mes de enero, sin avisar a su respectivo Superior y no tuvo ningún reparo moral ni legal para cobrar el salario por tiempo no laborado, dando fe de haberlo hecho en la respectiva nomina entregada para el cobro por la Recaudación de Impuestos Nacionales".

El Tribunal encontró debidamente demostrado el aspecto fáctico a que se refiere la anterior reseña y dio por demostrado el delito contra la fe pública en el hecho de que la doctora Lya Zapata certificó "...en la nómina que había laborado durante el tiempo que realmente no lo hizo..." lo cual constituye una falsedad ideológica, al consignar en un documento destinado a servir de prueba afirmaciones contrarias a la realidad.

Aceptó de igual modo el Tribunal que la acusada mediante el uso del documento falso, obtuvo el pago de una suma de dinero, equivalente a un mes de salario, caudales de los cuales se apropió en su beneficio sin haber laborado y sin siquiera haber estado durante ese lapso en la sede de su Juzgado.

Sin embargo, el Tribunal, omitió en su sentencia cualquier consideración a la posible existencia de un delito de falsedad agravado por el uso (art. 222 del C.P.) o a un concurso heterogéneo de hechos punibles (falsedad documental y peculado) y se limitó con apoyo en una jurisprudencia de la Corte difícilmente aplicable al caso juzgado, a considerar

como atípica la conducta de la profesional acusada en relación con el peculado y profirió por este reato sentencia absolutoria.

Debe ante todo anotar la Corte, que como lo sostiene el abogado recurrente, la Sala no podrá ocuparse de la sentencia impugnada en materias que puedan hacer más gravosa o aflictiva la situación de la sentenciada, pues en su calidad de recurrente única está amparada por la prohibición de la *reformatio in pejus* consagrado en el artículo 31 de la Carta y reiterado en el artículo 217 del C. de P.P.

Se ocupará en consecuencia la Corte, del fallo recurrido, únicamente en lo relativo a la condena proferida en contra de la juez, por el delito de Falsedad ideológica en documento público, y que ha despertado inconformidad del abogado defensor.

Fundamentos del Apelante

En razonado y muy bien estructurado escrito, el abogado encargado de la defensa, solicita a la Corte como conclusión de sus alegaciones, la absolución de la funcionaria acusada, por ausencia de antijuridicidad (perjuicio) y dolo como forma de culpabilidad en el obrar, elementos sin los cuales no se configura el hecho punible. De manera subsidiaria reclama la modificación del fallo condenatorio en el sentido de despojar el hecho ilícito de la agravante genérica del artículo 66-11 del C. Penal y como consecuencia conceder a la acusada el subrogado de ejecución condicional.

Para respaldar su petición principal, insiste el recurrente, con citas del profesor Romero Soto Carnelutti, que no puede existir delito de falsedad, sin daño, sin injuria al derecho y agrega: "Si en algún tiempo atrás se llegó a negar la existencia de aquél en tratándose de documento público, tal es, criterio completamente superado, ya que resulta hasta cierto grado, punto de consenso en los autores de hoy. Su única diferencia estriba en que mientras para el documento privado se apremia una inmolación del bien jurídico tutelado, con evidente causación del perjuicio, para el público solamente se espera su puesta en peligro, su potencialidad efectiva y cierta de daño...".

Deduce de las anteriores consideraciones que en el caso de autos, se encuentra el juzgador ante una falsificación inocua, sin poder ofensivo que no puede atentar contra el poder probatorio de la verdad.

Sostiene que la funcionaria acusada prestaba un servicio a la justicia y tenía derecho a ser retribuida por su actividad laboral y "que la normalidad de su retribución laboral no estaba por expreso mandato de la ley, supeditada a la prestación no suspendida de su actividad laboral y que de esta suerte cualquier afirmación que se plasmara sobre la aludida nómina de pago en tal sentido, aún salida de la verdad, resulta para la protección penal, inane, intrascendental, ya que en eso consiste precisamente aquella institución laboral, en que por amparo legal, debe ser retribuida habiendo lógicamente cesado en sus funciones temporalmente...".

Deduce el memorialista en su anterior planteamiento, que "brilla por su ausencia ese elemento indispensable en la estructuración del injusto punible cual es el de la antijuridicidad material..." y por ello no puede ser punible la conducta de la ex juez "...aunque la misma no deje de tener cierto grado de nocividad llamada a alojarse en otros reproches, quizás disciplinarios, administrativos o hasta en otras infracciones penales

menores, pero en todo caso distintas de la muy grave y preocupante afectación de la fe pública por la cual ha resultado condenada...".

Alega un nuevo aspecto el recurrente para pregonar la inculpabilidad de la acusada, afirmando que la ausencia de la juez a su lugar de trabajo obedeció a una incapacidad laboral, por lesiones sufridas en un accidente de tránsito, sin que se haya determinado en el proceso de exacta manera el lapso de esa incapacidad, que la funcionaria no alegó en la forma debida ante sus superiores por "...deplorable ignorancia en cuanto a la forma de tramitar el evento que enfrentó despojada amén de toda aviesa intención...".

Como petición subsidiaria, reclama el recurrente, el desconocimiento por la Corte del agravante contemplado en el numeral 11 del artículo 66 del C. Penal vigente y que le fuera deducido a la funcionaria para incrementar el *quantum* punitivo.

Considera que con este proceder, se está sancionando doblemente la posición derivada del cargo, puesto que la calidad de funcionario oficial se integra al injusto típico y no puede apreciarse al mismo tiempo como circunstancia agravante del tipo.

Consideraciones de la Corte

El concepto de documento comprende entre otros, los escritos de persona determinada que contengan manifestaciones o declaraciones de quien suscribe e documento o de terceros y que fundamentalmente sean medios preconstituidos para servir de prueba.

El bien jurídico amparado por la falsificación documentaria es el de la fe pública ante la necesidad de proteger eficazmente la veracidad de los documentos públicos y privados a los que se reconoce valor probatorio por no dudarse de su autenticidad.

A esa falsedad documental se puede llegar mediante la falsificación por medios materiales del documento, como alteración, mutación, supresión u ocultación de la verdad literal, o mediante una falsificación ideológica en la cual, en la redacción original del documento se finge o altera la verdad de su contenido.

Esta última especie de falsedad documental es la imputada a la ex Juez Lya Zapata a quien se condenó por haber elaborado en su calidad de funcionaria oficial, la nómina de pago correspondiente a todo el mes de enero de 1988, como Juez Municipal de Necoclí, certificando en este documento oficial, haber laborado durante todo ese lapso, cosa contraria a la realidad y haber cobrado mediante el uso del mencionado escrito, el salario correspondiente.

Los hechos así narrados tuvieron cabal demostración en autos, como pasa la Sala a demostrarlo:

a) Mediante copia del acuerdo número 31 del cuatro de noviembre de 1987, la doctora Lya Zapata fue designada en propiedad, como Juez Promiscuo Municipal de Necoclí, cargo del cual tomó posesión el primero de diciembre del mismo año. Se acreditó en esta forma la calidad de empleada oficial de la procesada para la época de los hechos;

b) Integra el folio 78 del sumario la copia auténtica de la nómina presentada ante la Recaudación de Impuestos Nacionales de Turbo, correspondiente al mes de enero de 1988 y primera quincena del mes de febrero, mediante la cual se cobra el salario de los empleados del Juzgado Promiscuo Municipal de Necoclí y en ella certifica la Juez

acusada "...que los empleados que figuran en la presente nómina laboraron en ella el tiempo indicado...";

c) Se acreditó en autos, que la anterior certificación sobre el tiempo laborado no corresponde a la realidad, es una afirmación inexacta, porque la doctora Lya Zapata Pérez, no asistió a su Juzgado y estuvo ausente de Necoclí durante el mes de enero de 1988. Confirman este aserto los siguientes elementos de prueba:

La propia acusada en su declaración indagatoria relata, que se retiró de Necoclí el 27 de diciembre de 1987, con la finalidad de reunirse con su familia para las festividades de año nuevo. Que desafortunadamente el vehículo que la conducía sufrió un accidente que le ocasionó algunas lesiones que la incapacitaron para el trabajo: "...yo pienso que fueron poquitos días, no creo que hubieran pasado de ocho..." y en efecto acompañó certificación médica de origen particular, por ese tiempo de incapacidad. Expresa, que poco tiempo después se reintegró al Juzgado, aunque regresó en el mes de enero a Medellín, con el fin de gestionar su afiliación a la Caja Nacional de Previsión.

La misma acusada, pone de presente que en unas diligencias preliminares manifestó que su incapacidad había sido de veinte a treinta días.

En su declaración la señora Carmen Marmolejo Mosquera, empleada del Juzgado, dice no poder precisar el tiempo que la doctora Lya Zapata estuvo ausente del Despacho, pero agrega. "...ella sí estuvo ausente del Juzgado mucho tiempo pero no recuerdo cuántos días fueron...".

Más exacto en su información es el señor Jesús Fabián González, quien afirma bajo juramento y en su calidad de citador del Juzgado, que la doctora Lya estuvo ausente por motivo del accidente de 30 a 35 días: "De la incapacidad no sé, solamente sé que se demoró más o menos de treinta a treinta y cinco días más o menos para llegar a Necoclí...".

Una diligencia de Inspección Judicial practicada al Juzgado de Necoclí, para determinar si la doctora Lya Zapata había realizado alguna actividad durante el lapso comprendido entre el 27 de diciembre de 1987 y el 15 de febrero del año siguiente, puso en evidencia la parálisis casi total en las actividades judiciales y por ende la ausencia de la funcionaria del Juzgado a su cargo. Más de ochenta expedientes se tramitaban en el Juzgado y con excepción del proceso radicado bajo el número 2016 donde el 4 de enero se ordenó su remisión por competencia a otro despacho, el 2004 donde el 29 de enero se ordenó un emplazamiento, el 2087 en el cual se recibió el 26 de enero indagatoria a un sindicado y al día siguiente se resolvió su situación jurídica y el 2086 donde aparece que el día 4 de enero se puso a disposición del Juzgado a un capturado y sólo hasta el día 27 del mismo mes se le escuchó en indagatoria. En ningún otro de los numerosos expedientes se adelantó actuación alguna, notándose una total ausencia de actividad judicial desde el 4 al 26 de enero de 1988.

Si bien pudiera considerarse como justificada la ausencia de la funcionaria a su despacho durante los ocho días de incapacidad que por el accidente sufrido le fueron señalados a partir del 27 de diciembre de 1987, ninguna excusa o explicación valedera tiene su separación del Juzgado por casi todo el mes de enero, y menos el cobro de un salario, que se sabía no correspondía a un servicio prestado.

Ante esta realidad probatoria, vano es el meritorio esfuerzo de la defensa, cuando demanda la inexistencia de delito, sobre la base de que no está debidamente acreditada la ausencia de la acusada del lugar de trabajo. Sus afirmaciones pugnan con la realidad demostrada en el proceso como acaba de verse.

Tampoco es admisible la pretensión de la defensa, cuando pregona la inexistencia del hecho punible por no ser antijurídico el proceder de la acusada.

Es verdad, que en el campo de la teoría del derecho se ha sostenido que la falsedad inocua, aquella que no ocasiona perjuicio y no tiene siquiera la potencialidad de causarlo y que no lesiona por tanto el bien jurídico protegido por la norma, escapa al reproche penal.

Pero tal criterio no es predicable de la conducta atribuida a la doctora Zapata, quien al certificar en un documento oficial un hecho falso como cierto, o como verdad aquello que se sabía era una grave inexactitud, realizó una conducta no sólo encaminada a obtener para sí un provecho ilícito, sino que además con ella ocasionó perjuicio al Tesoro Nacional y a la Sociedad que se vio afectada en la confianza y credibilidad que le merecen todos los documentos públicos, que se consideran veraces y auténticos en todo su contenido.

Y de ningún modo es aplicable al caso en estudio como lo hizo el Tribunal y lo entienden los abogados de la defensa, la jurisprudencia de esta Corporación de fecha julio 5 de 1989, para sostener con una equivocada y recortada apreciación de su contenido, que no constituye quebranto alguno a la ley penal, el cobrar un salario sin cumplir con las obligaciones del cargo, cuando el funcionario se ha limitado a demandar un pago legal "pues el importe pagado emanó de una relación objetiva existente entre el cargo y el servicio del cual era titular...", porque dicho criterio lo expresó la Corte al juzgar un caso del todo diferente y con circunstancias fácticas y psicológicas en el agente que no guardan similitud con el que hoy es objeto de juzgamiento.

En el episodio juzgado en la aludida providencia y que la defensa rememora, se absolvió a un juez por un supuesto delito de peculado, porque al momento de suscribir la nómina, no tuvo oportunidad de prever o imaginar que por muy especiales razones con posterioridad tendría que ausentarse de su Juzgado por dos días, cobrando después la totalidad de la quincena conforme a la cuenta de cobro ya elaborada. En esa ocasión dijo la Corte:

"Corresponde destacar que en el expediente no aparece probanza alguna que demuestre o pruebe con poder vinculante que el sentenciado signó la nomina de la segunda quincena de junio, conociendo de antemano que viajaría a la ciudad de Cartagena, o lo que es igual, que su conducta no se inspiró en un especial estado anímico que de existir pondría de resalto la presencia del dolo penal. Su capacidad de obrar en pleno en ese momento no surge de la valoración y estima de la situación fáctica que se examina y por tanto, impedida se ve la Corte para reprochar subjetivamente tal comportamiento...".

Y abundando en razones, para evitar desvíos y malos entendidos, en la misma providencia con gran riqueza descriptiva se ejemplarizó sobre diversas ausencias plenamente justificadas de funcionarios a su trabajo precisamente para evitar que el criterio jurisprudencial se desnaturalizara o distorsionara en su verdadero sentido.

Allí se dijo:

"...No obstante acaece- y ordinariamente así suele suceder que por razones varias el sujeto no asiste al cumplimiento de sus deberes funcionarios parte del día o el día entero sin que por esto pueda predicarse que al recibir su salario al final del período incurra en conducta ilícita, pues se reitera, en momento alguno despliega actos típicos constitutivos de apropiación. Si se dieran otros alcances al texto legal con base en presuntos criterios rigoristas, una tal interpretación conduciría a desatinos como éstos: la involucración del funcionario -en un proceso penal por peculado- que permanece en su casa estudiando las complejidades de un asunto y que por requerir silencio, concentración, consulta inmediata de su biblioteca, etc., no asiste al lugar de trabajo por uno o dos días, o el del juez que debiendo cumplir compromisos personales deja de asistir unas cuantas horas a su despacho. En estos supuestos es evidente la ausencia física del empleado al lugar de trabajo y sin embargo, nadie se atreverá a sostener, que las acciones examinadas conducen a tipificar un delito de peculado por apropiación si el funcionario recibe su sueldo de manera integral...".

Y claramente se observa que dentro de la anterior casuística traída en la providencia traída en la providencia aludida para su mejor entendimiento y conocimiento de su exacto sentido, no puede subsumirse la conducta de la juez, que se ausenta por un mes de su Juzgado, que abandona los deberes que ha jurado cumplir y luego se presenta el último día a suscribir una nómina, certificando en ella que laboró durante ese lapso, faltando a la verdad de manera consciente y deliberada; es decir, con un comportamiento impregnado de dolo, merecedor por tanto del reproche penal.

Es indudable en consecuencia, para la Sala, que la doctora Lya Zapata, al faltar a la verdad en aspecto sustancial en la elaboración de un documento oficial y obrando dolosamente inspirada en un ánimo de lucro, subsumió su conducta dentro del tipo penal que sanciona la falsedad ideológica de empleado en documento público y su comportamiento es a todas luces antijurídico.

En relación con la petición subsidiaria de la defensa, considera la Corte que el Tribunal no incurrió en error *in judicando* al deducir a la sentenciada y para efectos de la punibilidad la circunstancia genérica contenida en el numeral 11 del artículo 66 del C.P.

Ya en diversas ocasiones ha sostenido la Corporación, que los funcionarios judiciales por razón de su cargo están en la obligación de asumir un mayor compromiso y observar una especial fidelidad en el desempeño de sus funciones, razón por la cual nada impide que su posición o cargo pueda considerarse como circunstancia de mayor punibilidad, incluso en aquellos comportamientos ilícitos que demandan un sujeto activo calificado sin que por ello se quebrante el principio del *non bis in idem*.

Tal criterio ha sido expuesto en diversas sentencias, entre ellas la del 20 de marzo de 1991 con ponencia del H. M. Guillermo Duque Ruiz, posición ratificada en sentencia del 15 de abril del presente año con ponencia del Magistrado que hoy suscribe esta decisión y en la cual se dijo:

"...Es indudable: los delitos contra la administración pública, requieren de sujeto activo cualificado. Pero, no es menos cierto, que en la inmensa variedad de empleados

oficiales, existen unos de mayor importancia y preeminencia a quienes el Estado les ha encomendado el desempeño de actividades vitales para su funcionamiento y cuya conducta delictiva causa un mayor daño a la sociedad y a la existencia misma de la administración que representan.

"Por eso dijo la Corte en sentencia del 20 de marzo de 1991, que entre los empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de responsabilidad, hay unos que por la importancia de la función y la preeminencia respecto a los demás, pueden hacerse acreedores en sus conductas punibles a un mayor rigor punitivo y entre ellos los empleados judiciales..." quienes por su propia función están obligados como los demás a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sancionan a otros. Es obvio, que el delito cometido por un juez, así sea de aquellos ilícitos de los que sólo puede ser sujeto activo el empleado oficial, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo precisamente por lo que él representa ante la sociedad...".

Naturalmente, que esta genérica circunstancia de agravación punitiva, no puede deducirse en abstracto de toda conducta delictiva, en la cual figura como sujeto activo de la acción penal un funcionario, pues sería contrario a la equidad que por ejemplo en los delitos culposos, donde en nada incide la calidad de juez en la consumación del reato, se predicara esta circunstancia peyorativa. No. El agravante sólo tiene plena vigencia en casos como el presente donde el empleado en abuso de su función realiza una conducta que lesiona la administración pública y en donde juega su calidad de juez y lo que ello representa ante la sociedad.

De ahí que el *quantum* punitivo que incrementó la pena principal en cuatro meses de prisión por la circunstancia genérica en mención deba mantenerse, aspecto que por sí solo es suficiente para negar el beneficio de la condena de ejecución condicional impetrado.

Las anteriores consideraciones, son suficientes para impartir la confirmación integral a la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley *confirma* en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, contra la ex Juez doctora Lyá Zapata Pérez por el delito de falsedad ideológica en documento público.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez (Salvamento parcial de voto), *Didimo Páez Velancia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.* (Salvo parcialmente mi voto).

Rafael Cortés Gárnica, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL
(Salvamento Parcial de Voto)

En la discusión de la sentencia se logró clarificar, en debida forma, lo relacionado con la condición del procesado (funcionario) y la intensificación de la pena, al concluirse que aquélla no se puede tener siempre como factor propio a lo segundo. Que en algunos casos puede y debe operar, es una verdad, pero no lo es el que fatalmente, de manera insoslayable, deba considerarse en tal sentido y con tal influjo. Esto permitió a los suscritos, quienes propugnamos por tan justo entendimiento, advertir en el caso examinado la posibilidad de otorgar a la sentencia el beneficio de la condena condicional, al eliminarse la posibilidad de la agravación de la pena. Esta última apreciación fue rechazada por la mayoría y de ahí la razón de ser de este disentimiento parcial, radicado en el tema en cuestión, y que encuentra como válido motivo lo siguiente: la juez condenada, por muchos años, se desempeñó como tal en regiones de difícil existencia y operancia para esta clase de funcionarios y cumplió eficazmente con sus funciones. Esto, a no dudarlo, importa ahora y trasciende en mucho al punto cuestionado. Además, sin que la circunstancia fuera a repercutir en fenómenos exculpativos o excusatorios, pero sí en cuanto a aspectos dosificadores de pena y concesión de la condena de ejecución condicional, no debe omitirse el recordar y estimar que la procesada sufrió un accidente y tuvo que afrontar problemas de salud, que en algo pudieron incentivar su conducta en la forma delictuosa como la cumplió. No es, pues, el comportamiento de quien carecía en absoluto de cualquier circunstancia paliativa de su obras, pues esta situación, aunque secundaria, sí puede insinuarse en el actuar de la sentencia y con reflujo en la determinación de la pena y del subrogado en comento.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez, Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra.*

AGRAVACION DE LA PENA

(Aclaración de Voto)

Sigo entendiendo -y así lo he dicho en pasadas ocasiones- que las circunstancias genéricas de agravación no deben deducirse en el cuerpo de la sentencia y sí, en cambio, dentro del continente de la resolución de acusación. De no procederse así se viola el derecho de defensa como lo he consignado en disidencias anteriores a cuya prédica me remito. Tal mi criterio de exacta aplicación al caso de la especie.

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*

DEMANDA DE CASACION/EXPLOTACION ILICITA DE YACIMIENTO MINERO

1. La doctrina ha sido reiterativa y pacífica no sólo en la precisión de los sentidos de la violación directa, sino en que, cuando se acude a esta vía, el recurrente acepta la apreciación que de los hechos se ha verificado en la sentencia, sin debate, sin controversia alguna sobre los medios de convicción.

2. A términos del artículo 287 del Decreto-ley 2655 de 1988, "el Ministerio está en la obligación de impedir o clausurar los trabajos de exploración subterránea y de explotación si llegare a comprobar que quien los realiza carece de título minero que lo autorice...". Y según el artículo 251 conoce de todos los asuntos administrativos que tengan relación directa y principal con la industria minera en todas sus ramas y "en cuanto no estén asignados por la ley a otra autoridad". Entonces, el artículo 303 hay que analizarlo en correspondencia con las otras disposiciones del mismo estatuto. Y así se verá que la norma busca que el Ministerio pueda cumplir a cabalidad con sus funciones. Y si en el desempeño de éstas llega a arrimar prueba que haga relación con la comisión de un evento punible "-explotación ilícita de yacimiento minero" o cualquier otro-, pues está en la obligación de llevar el hecho al conocimiento de la autoridad competente. No se trata, pues, en manera alguna de sustraerles a las autoridades penales sus legítimas competencias o sus poderes investigativos, ni colocarle cortapisas o vallas a la acción penal o de hacer de alguna manera menos pública y oficiosa y expedita y general la investigación de estos delitos contra los recursos naturales. Lejos, pues, está que el único querellante, por así decirlo, para estos ilícitos sea el Ministerio de Minas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7386.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 73, agosto 18/93.

Santafé de Bogotá, D. C., agosto diecinueve de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 16 de enero de 1992, confirmó de manera integral, la sentencia que el 4 de septiembre de 1991 había proferido el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Guamo contra Cosme Salgar Capera, por el "delito de explotación ilícita de yacimientos minero" de que trata el artículo 244 del Código Penal, condenándolo a la pena principal de dos (2) años de prisión y multa de cincuenta mil pesos ($50.000.00) a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, al pago de la suma equivalente a mil (1.000) gramos de oro, a favor de la sociedad, Explotaciones Mineras Flor Amarillo Ltda., al precio que éste tenga el día que se efectúe el pago y como monto de los perjuicios ocasionados con la infracción y al restablecimiento del derecho en pro de la misma sociedad y sobre el predio objeto de esta sentencia, bajo sanción de que le sean revocados los beneficios que se le conceden, entre los que están el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Contra la señalada determinación se interpuso recurso de casación, el que fue declarado "admisible" el 26 de marzo de 1992. La respectiva demanda se presentó oportunamente, siendo declarada "ajustada" a las prescripciones de ley el 7 de julio de 1992. Y obtenido el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y, con alegato escrito del representante de la parte civil, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo. A ello se procede.

Hechos y Actuación Procesal

La sociedad Explotaciones Mineras Flor Amarillo Ltda., según Resolución número 001628 de agosto 18 de 1972, obtuvo la Licencia número 3126, para la explotación de minerales calcáreos y afines, en extensión comprendida dentro de la finca "San Pedro" ubicada en el corregimiento de "Payandé" Municipio de San Luis, Tolima.

María Salomé Bonilla de Martínez, en su propio nombre y como mandataria especial de sus hijos Olga Inés, Jorge David y Miguel Angel Martínez Bonilla, como únicos condueños de la referida propiedad inmueble, por Escritura Pública número 074 de enero 17 de 1989, la enajenaron a la prenitada Sociedad Minera.

Obrando con autorización ministerial; (Resolución número 0021 de diciembre 20/85) la Sociedad Explotaciones Mineras Flor Amarillo, Cedió el 10% de sus derechos en la indicada Licencia a los señalados hermanos Martínez Bonilla, según contrato registrado y protocolizado en enero 6/86 en la Notaría Primera de Ibagué. Y, con posterioridad, éstos suscriben un contrato con Cosme Salgar Capera) que tiene en el encabezamiento como fecha la del 1º de junio de 1988, y al final una constancia de que "se firma en Ibagué a los tres días del mes de junio de mil novecientos ochenta y siete"), con término de duración de un "año prorrogable", de extracción de piedra caliza (rajón) en un lote de terreno situado dentro del área de la concesión 3126 y que se delimita en el contexto del convenio.

Según Resolución número 002179 de junio 26 de 1989 el Ministerio de Minas autoriza la cesión o retorno del señalado 10%, por parte de Olga Inés, Jorge David y Miguel Angel Martínez Bonilla, a la indicada sociedad Explotaciones Mineras Flor Amarillo; en julio 12 de 1989 se verifica el contrato de cesión respectivo; por Resolución

número 1490 de agosto 10 de 1989 se considera por el Ministerio perfeccionada la cesión de los indiciados hermanos a la señalada Sociedad y el 16 de agosto de 1989 se ejecutoria la Resolución número 1490.

Conviene hacer también precisión de las siguientes fechas, así: el 12 de julio de 1989, se presenta por el doctor Augusto Arbeláez Gómez, obrando como apoderado de Olga Inés Martínez Bonilla, la solicitud de amparo administrativo ante el Alcalde de San Luis, Tolima; en julio 28/89, la Dirección de Orden Público y Justicia del Departamento declara al Alcalde separado del conocimiento del asunto, por recusación que se había formulado en su contra; en agosto 14/89 se designa Alcalde *ad hoc* para el conocimiento del proceso y el 23 de agosto de 1989 se posesiona éste y ese mismo día avoca su conocimiento. La Alcaldía falló el caso el 5 de octubre de 1989 y el Ministerio de Minas, por Resolución número 000640 de marzo 14 de 1990, revocó la determinación de aquél.

Queda claro, entonces, que cuando los hermanos Martínez B., contrataron con Cosme Salgar Capera eran poseedores del multicitado 10%; que cuando lo regresaron a la Sociedad Flor Amarillo, el contrato con Cosme había vencido, tómese como fecha de terminación del mismo el 1° el 3 de junio de 1989; y que cuando se presentó la demanda de amparo posesorio los hermanos Martínez eran legalmente los poseedores del 10%.

Y como arbitrariamente Cosme Salgar Capera continuó con la extracción de minerales, contra la voluntad de los colucionados Martínez B. y de Exploraciones Mineras Flor Amarillo, por ello el doctor Augusto Arbeláez Gómez, obrando como apoderado especial de esta sociedad lo denunció por el delito de "explotación ilícita de yacimiento minero" artículo 244 del Código Penal.

Abierta en su momento -febrero 7/90- por el Juzgado Promiscuo de San Luis la correspondiente investigación, se escuchó la injurada de Cosme Salgar Capera, profiriéndose en contra suya medida de aseguramiento de detención preventiva, como presunto autor responsable del delito de "explotación ilícita de yacimiento minero, e invasión de tierras", pero otorgándosele la libertad provisional -marzo 15/90-. Contra la determinación se interpuso recurso de reposición y, subsidiariamente, de apelación, y el Juzgado la repuso en el sentido de abstenerse de dictar medida de aseguramiento - abril 4/90.

Remitido el proceso a los Juzgados de Instrucción Criminal del Guamo, Tolima, por competencia, le correspondió al Treinta, funcionario que, en su momento, declaró cerrada la investigación, calificándola con Resolución de acusación -dic. 26/90- contra Cosme Salgar Capera y por el delito de "explotación ilícita de yacimiento minero", con auto de detención, pero concediéndole el beneficio de libertad bajo caución; negado el recurso de reposición que contra la decisión se interpuso, se concedió la apelación que de manera subsidiaria se habían intercalado, y el Tribunal confirmó - auto de abril 25/91-.

Por reparto correspondió el asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito del Guamo. El 23 de mayo de 1991, se abre el juicio a pruebas y posteriormente ordena unas que le han sido solicitadas y, otras, con carácter oficioso, disponiendo su realización en la diligencia de audiencia pública. Esta se celebra el 29 de julio de 1991 y la sentencia, como ya se indicó, se profirió el 4 de septiembre del mismo año, siendo confirmada en

su integridad por el Tribunal de Ibagué el 16 de enero de 1992, sentencia ésta que es la objeto del recurso de casación.

La Demanda

Con estribo en la causal primera de casación, cuerpo primero (artículo 226 C.C.P.) se formula un cargo único contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por transgresión directa de la ley sustancial, por cuanto "*aplicó indebidamente* el contexto del artículo 224 del C.P. y normas concordantes al supuesto de hecho, sin que ello fuera posible. Dicho de otra manera, *subsumió* la situación en conflicto en disposiciones sustanciales que no coinciden; es decir, no previstas para asuntos como el que nos ocupa. Para decirlo con voces de Alta Sala de la Corporación, el fallador ha incurrido en la aplicación indebida de la ley sustancial por error de adecuación, por error de 'diagnosis jurídica' (Cfr. por ejemplo, Cas. de septiembre 26/89, M.P. Jorge Carreño Luengas)".

Los juzgadores afirman que el comportamiento de Cosme Salgar Capera es típico, antijurídico y culpable, mas la defensa sostiene que no es delictivo por carencia de tipicidad. En consecuencia se han violado directamente los artículos 2 (que exige para hablar de hecho punible que la conducta sea típica, antijurídica y culpable); 3 (una conducta es típica sólo cuando el hecho investigado coincide plenamente con la previa e inequívoca definición del hecho punible); 4 (en armonía con el 224, por cuanto para que la acción u omisión sea delictiva se requiere no sólo la realización del tipo, sino de la real causación de daño y peligro concreto, en nuestro caso, del "orden económico social" en su modalidad de afectación de los "recursos naturales", es lo denominado "principio de antijuridicidad material") y 5 (en armonía con los artículos 35, 36 y 244, porque para que la conducta típica y antijurídica sea punible debe ser realizada con culpabilidad, en nuestro supuesto con dolo) del Código Penal.

A. *La tipicidad.* El artículo 244 prevé sanciones para quien ilícitamente *explore yacimientos mineros*. Es uno de los, llamados *tipos penales en blanco* (porque para entender su precepto es imprescindible acudir a la legislación especializada en materia de minas) o, si se prefiere, un tipo con *ingrediente normativo jurídico*.

El memorialista sostiene que la acción imputada es *Atípica*.

1. Porque Cosme Salgar Capera no actuó ilícitamente. El contrato celebrado entre éste y los hermanos Martínez Bonilla "fue firmado el 3 de junio de 1987, por un año, *prorrogable*. No se dice por cuánto era la prórroga, pero debe entenderse como *indefinida* y no como se ha querido decir, prorrogable por un año. Pero admitiendo que lo fuera sólo por un año, habría "terminado" el 3 de junio de 1989. Como don Cosme Salgar prosiguió sus labores en el terreno objeto del convenio, el señor denunciante se dirigió a la Alcaldía de San Luis en solicitud de "amparo administrativo". Y esta actuación culminó con decisión del Alcalde *ad hoc* en el sentido de que Salgar Capera no es perturbador pues el contrato celebrado con los Martínez Bonilla lo legitima hasta tanto se pronuncie la justicia civil ordinaria sobre la terminación, rescisión y/o reivindicación a que alude el convenio. Cosme Salgar Capera, es, sí, ejercitante ilegal de actividades mineras y por lo tanto se le ordena la suspensión provisional de tales actos, hasta tanto el Ministerio de Minas y Energía decida definitivamente.

"Al parecer el señor apoderado de la parte actora se dirigió a la Alcaldía en búsqueda de hacer efectiva la orden de suspensión". Pero ello se le negó, "hasta tanto no se produzca el fallo definitivo" y porque no hay constancia alguna sobre ejecutoria del fallo de la alcaldía, en la parte resolutiva no se ha advertido sobre la procedencia de recursos y el expediente se encuentra en Min-Minas, precisamente en orden a la decisión.

El Ministerio de Minas y Energía se pronunció sobre el tema mediante resolución número 000640 del 14 de marzo de 1990, revocando en todas sus partes la providencia dictada por el Alcalde *ad hoc* Municipal de San Luis y negando el amparo administrativo solicitado por los Martínez Bonilla, por carencia de personería sustantiva. La decisión señala también que existe contrato entre aquéllos y Salgar Capera para la extracción de calizas y mármol en área de la Licencia 3126 y que lo referente a tal convenio *deberá ser resuelto ante la jurisdicción competente*. Por ello, además, decide: una vez resuelto lo relativo al señalado contrato privado se *deberá proceder al desalojo del señor Cosme Salgar Capera*.

De lo anterior concluye el censor que su representado no actuó ilícitamente. Luego apunta que éste no es responsable de la existencia de los artículos 273, 274, 280, inciso 2º y 282, inciso 1º del Código de Minas. Es claro que es la ley la que ordena remitir la decisión del Alcalde a Min-Minas, luego no fue obra de Cosme; "nótese, señores magistrados, que es la propia ley la que autoriza el lanzamiento que nada indica que el alcalde hubiera ordenado a Cosme suspender sus labores, pues como es nítido, ni siquiera existen constancias de ejecutoria de la decisión inicial. Estas afirmaciones se ratifican con el artículo 283 del mismo Código; "Ejecutoriada la *resolución del Ministerio*, el alcalde procederá al lanzamiento de los ocupantes". Nótese, por último, para decir algo aledaño: solamente después de ejecutoriada la decisión tomada por el Ministerio de Minas es posible empezar a pensar en la posible comisión de un delito. Por ello añade el artículo 282: "ejecutoriada ésta, se remitirá a la alcaldía para el lanzamiento respectivo y la *remisión de la actuación al Juez Penal competente, según el caso*". *Como quien dice*, sólo es viable ir a la justicia penal después de que se pronuncie el Ministerio, siempre que confirme la suspensión y/o la declaratoria de perturbación o de explotación ilegítima. Y en nuestro asunto, el Ministerio revocó aquella decisión. De modo que al día de hoy ni siquiera será posible pensar en la comisión del delito por parte de don Cosme. Y esto se corrobora aún más con el artículo 303 del propio Código de Minas, que dispone luego de enumerar en su artículo 302 los casos de exploración o explotación ilícita de recursos mineros: "Efectos penales" (y se transcribe).

2. En el plano estrictamente jurídico Cosme Salgar Capera tampoco podía ser explotador ilícito, porque si bien el artículo 11 del Código de Minas ("ejercicio ilegal de actividades mineras") coloca en tal situación al que explora y explota sin título registrado vigente, y el artículo 302 *ibidem* considera que hay exploración y explotación ilícita cuando, en general, se carece de título o éste ha perdido su vigencia o no tiene autorización, el artículo 303 del mismo estatuto exige a quien tenga conocimiento de alguna irregularidad dar noticia inmediata al Ministerio, "para que este *previa verificación de los hechos*, tome las medidas preventivas a que haya lugar y comunique, si se refiere a actividades de exploración, a las autoridades de instrucción o judiciales *para los efectos previstos en la ley penal*. Esto significa, pues, que no basta con creer u opinar que alguien explota ilícitamente, toda vez que la ley exige comunicar el hecho al

Ministerio y éste una vez estudiado el asunto, puede poner en conocimiento de la justicia penal lo conocido. Se deduce, como decíamos anteriormente, que la declaratoria de *ejercicio ilegal y de explotación y exploración ilícitas requiere de Pronunciamiento del Ministerio de Minas y Energía. ...*". Esto lo confirma, el artículo 282 porque en tema de amparo sólo es viable la remisión al Juez Penal luego de ejecutoriada la decisión definitiva tomada por el Ministerio.

"Queda claro así que *sólo es posible comenzar a hablar de explotación ilícita después del análisis hecho por el Ministerio de Minas.* Esto, naturalmente, no significa querella de parte en contra de las investigaciones oficiosas; pero sí entraña que es requisito previo de toda iniciación o avance penal el que el Ministerio se haya pronunciado. Es lo que exige la ley de minas, exigencia de la cual podría también concluirse que el sujeto activo del artículo 244 es *calificado* pues que necesita de un estudio antecedente. Y como nada de ello es referible a don Cosme, mal podría señalársele como explotador ilícito de yacimiento minero".

3. El condenado tampoco puede ser considerado como explotador ilícito porque lo protegía y protege un contrato:

a) El contrato que celebró con los hermanos Martínez B. era "...por un año, prorrogable";

b) Ese tipo de contrato no aparece regulado en el Código, pero la doctrina ha señalado, por ejemplo, que "si una parte incumple, puede la otra solicitar su terminación y, proferida la sentencia, debe hacerse la restitución y se pone fin al contrato... Obsérvese de un lado que en ninguna parte del convenio se prevé como causal de terminación la venta o cesión de un 'explotante' a otro; y, del otro, que ninguna de las razones de terminación ha sido discutida entre los 'explotantes' y Cosme, salvo claro está, aquello que se ha querido demostrar: que el contrato vencía y por tanto terminaba en junio de 1989, es decir, al año del pacto y al año siguiente de prórroga. Pero esto no es claro, primero porque no lo dice el contrato, segundo, porque Cosme ha dicho que la prórroga era indefinida y, tercero, porque hay quienes afirman que la prórroga era sólo de un año. Pero el tema probatorio no viene al caso, *lo que sí viene al caso es que esta disputa obliga a un Proceso en aras de una sentencia judicial, con la cual sí se podría poner fin al contrato...*".

Por lo anterior fue que Mio-Minas en marzo 14/90 señaló que en lo relacionado con el contrato privado entre los hermanos Martínez B. y Salgar C. era imperioso esperar a la decisión de la jurisdicción competente y de ahí que en la misma resolución decidiera proceder al desalojo de Cosme una vez resuelto lo pertinente. Así las cosas no puede predicarse la existencia de explotación ilícita, concluye el censor, y por ello la sentencia es igualmente violatoria de la ley sustancial.

4. La conducta también es *atípica* porque no ha quebrantado ni puesto en peligro el bien jurídico tutelado en el artículo 244 del C.P., que es "el orden económico social", en su modalidad de "recursos naturales". Entonces, si el interés jurídico es "social", concluyese que el sujeto pasivo es la sociedad, la colectividad, la universalidad humana y no la persona -Estado o individuo-.

Hay comportamientos que hieren dos o más bienes y de ahí lo tipos "pluriofensivos", "complejo". Y si bien la Corte es clara en ello, también lo es en cuanto a la prevalencia

del interés escogido por el creador de la norma. Así, si alguien, por caso, explota ilícitamente yacimientos mineros, ofende a la sociedad y no a una u otra persona.

La Ley 23/73, que otorgó facultades al ejecutivo para expedir el Código de Recursos Naturales, señaló que el medio ambiente es patrimonio común, igual que hizo el mismo Código (D. 2811/74). Según la doctrina es rasgo del bien jurídico que se analiza que el daño se difunde, sin radicarse particularmente en nadie. Y, el delito ecológico significa "*muerte* de la *amplia* propia casa, del ambiente natural, *destrucción* del entorno o mundo circundante natural".

Entonces, para concretar, si se habla del bien jurídico vulnerado respecto de los recursos naturales, se requiere demostrar que el auto ofende a la colectividad y que destruye o disminuye la naturaleza.

Pues bien, "es bueno tener en cuenta que, con 'título' o sin 'título' Salgar Capera Cosme no ha deteriorado los recursos naturales ni los ha puesto en peligro", "si acaso *habría* lesionado los intereses mezquinos, particulares, egoístas, exclusivamente *patrimoniales* privados del ciudadano o de la sociedad que otorgó mandato para los efectos de la denuncia y luego para efectos de la Constitución de parte civil".

B. Como la tipicidad es presupuesto de la *antijuridicidad* y está demostrado que aquélla no concurre en la acción de Cosme Salgar Capera, injurídico resulta en la sentencia predicar el segundo elemento del hecho. Así se violaron directamente los artículos 24 y 244 del C.P.;

C. *Culpabilidad*. Ante la atipicidad es imposible predicarla. Se vulneraron entonces los artículos 2, 5, 35 y 36 del C.P.

Se impone, en consecuencia, quebrar la sentencia recurrida extraordinariamente y proferir otra, de contenido absolutorio.

Breves Consideraciones de la Sala y de la Delegada

1. Con base en la causal primera de casación, cuerpo primero (artículo 226 del C.P.P.), se presentó el cargo exclusivo contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de enero 16 de 1992, por *Violación directa*, ya que "el fallador ha incurrido en aplicación indebida de la ley sustancial por error de adecuación, por error de 'diagnosis jurídica' (cfr. por ejemplo, Cas. de septiembre 26/89, M.P. doctor Jorge Carreño Luengas)".

En determinación de agosto 5 de 1992, siendo Magistrado Ponente quien aquí juega igual rol, se remembra la providencia a que alude el recurrente así:

"La doctrina se muestra pacífica en señalar que cuando se pretende un debate probatorio, no es dable invocar la *Violación directa*, ya que en esta clase de censura se respetan las valoraciones fácticas o los hechos, tales como vienen dados por el Tribunal, centrándose la controversia en los aspectos jurídicos, ya porque la norma no tiene existencia jurídica, o tiene plena vigencia jurídica, pero se la desconoce, o cuando se deja de aplicar el precepto que corresponde porque objetiva o subjetivamente se ignora, no se sabe o no se quiere saber de su existencia (aspecto de la falta de aplicación o

exclusión evidente) o porque existe equivocación en el proceso de selección de la norma aplicable al caso en examen por no ser la que lo contempla o subsume. Hay un error de 'diagnosis jurídica'. Se deja de aplicar la norma adecuada para utilizar la que no corresponde al caso juzgado, pero que tiene existencia (aplicación indebida)... En la interpretación errónea hay simplemente un error de 'sentido' de hermenéutica porque el juzgador acierta en la selección de la norma sustancial aplicable, pero le da un sentido y alcance equivocados, contrarios a la voluntad del legislador...".

Es que la doctrina ha sido reiterativa y pacífica no sólo en la precisión de los sentidos de la violación directa, sino en que, cuando se acude a esta vía, el recurrente acepta la apreciación que de los hechos se ha verificado en la sentencia, sin debate, sin controversia alguna sobre los medios de convicción. Pero aquí el recurrente realiza todo lo contrario, pues lo que por demostrado dio la sentencia de primera y de segunda no se comparte, resultando indudable que la alegación termina siendo una crítica a aquella apreciación probatoria, pretendiéndose demostrar un *error* en la misma, lo que hace que el ataque sea, verdaderamente, por violación indirecta de la ley sustancial. Y, ahí sí, en el marco probatorio que ha querido imprimirle a las cosas el impugnante, deriva y fundamenta, subjetivamente, la vulneración directa por aplicación indebida de la ley sustancial. Insistiendo en el punto, sólo colocando la prueba diciendo lo que el recurrente quiere y que es diametralmente opuesto a la valoración cumplida por el Juzgado y por el Tribunal, logra el censor sostener que existe aplicación indebida de la ley, por error de adecuación, de diagnosis jurídica. En el fondo, también, el impugnante no cumple cosa distinta a mezclar, confundir la violación directa con la indirecta, otra reconocida grave falla técnica en casación.

2. Es pertinente precisar el enfoque fáctico y jurídico que al asunto le dio el Tribunal de Ibagué, así:

"...es evidente que el señor Cosme Salgar Capera, ahora procesado, *sin ostentar título alguno,* que respalde su comportamiento, se ha dedicado a explotar ilícitamente el (10%) por ciento del yacimiento minero ubicado en el Municipio de San Luis (Tol.), corregimiento de Payandé, sector 'Bejucal', minas San Pedro, área que figura como cobertura de la Licencia número 3126, otorgada, legalmente, por el Ministerio de Minas y Energía a la Sociedad, también legal y formalmente constituida, denominada Explotaciones Mineras Flor Amarillo Ltda., para la explotación de minerales calcáreos y afines.

Más concretamente, el señor Cosme Salgar Capera, sin ser beneficiario de ninguna licencia ni exhibir calidad alguna que lo acredite como titular total o parcial de esa concesión, obtiene para su provecho personal, a partir del 1o. de junio de 1989, el (10%) por ciento de ésta, representado en el mineral caliza de mármol que allí se produce, derecho que solamente le corresponde a la empresa anteriormente mencionada como titular exclusiva de la licencia ya también relacionada.

3.2. Tal aserción se desprende espontáneamente del contexto procesal al examinar los elementos de convicción allegados entre los cuales sobresalen la Inspección Judicial con la que se demuestra la presencia del procesado en ese yacimiento minero, el contrato que obra a folio 7, con clara delimitación de las obligaciones y derechos de los contratantes, los requerimientos que aparecen en los folios 18 y 19, en donde se consigna inequívoca y reiteradamente la voluntad del cedente de dar por terminado el contrato y

prueba testimonial sobre el particular, conjunto probatorio apto para cimentar no sólo la certeza sobre la incriminación, sino la de la autoría y responsabilidad penales.

...3.4.- No obstante la claridad de las cláusulas contractuales atrás transcritas y de la diafanidad de la voluntad de la familia Martínez Bonilla para ponerle fin a ese convenio, el señor Cosme Salgar Capera, esgrimiendo interpretaciones peregrinas en torno a la prórroga, continuó explotando la mina San Pedro, abandonando, de esta manera, la condición de contraparte de buena fe para ingresar a los predios del Código Penal al adoptar una actitud abiertamente impregnada de propósitos malsanos en detrimento de los intereses de la Sociedad Explotaciones Mineras Flor Amarillo Ltda. *Unica titular en este momento*, por cesión legalmente tramitada del diez (10) por ciento a que se ha venido haciendo referencia, de la totalidad de la concesión número 3126.

3.5. Esta afrenta legal protuberante en el proceso a través de Inspección Judicial, prueba testimonial, documental y hasta confesión, obviamente que calificada, viene surtiendo sus efectos nocivos a partir del 1º de junio de 1989, fecha en la que, según el aporte probatorio, *quedó sin ningún piso jurídico* la presencia del señor Cosme Salgar Capera en el yacimiento minero ya identificado.

...3.7.- Muchas veces se piensa, desde luego que equivocadamente, que basta la aducción de una relación contractual para enervar, automáticamente, la posible existencia de cualquier hecho punible, olvidando, que aun dentro del ámbito de aquélla, puede germinar, desarrollarse y fortalecerse un comportamiento delictivo, cuando, por ejemplo, una de las partes, aprovecha, en forma tendenciosa, esos cauces legales de concertación de voluntades para romper, temeraria y groseramente, el equilibrio normal y asaltar la buena fe de su contraparte. Se pretende, en estos eventos, utilizar, legítimos senderos jurídicos para cristalizar objetivos procaces: en otras palabras, se está abusando del derecho. Y si estas reflexiones comprenden hipótesis contractuales que pueden encontrarse en ejecución con mayor razón abarcan aquella clase de situaciones, que, como la que ocupa la atención de esta investigación, buscan consolidarse jurídicamente pretextando un vínculo contractual visiblemente extinguido.

...3.8. Todos los argumentos posibles han sido esgrimidos por el procesado Cosme Salgar Capera con el fin de construirle un apoyo legal a su actividad de explotación del diez (10) por ciento de la licencia número 3126. Ninguno ha prosperado ni podía prosperar porque la claridad del texto del contrato (fol. 7) no permite ni siquiera colocar sobre la mesa de discusión la tan invocada 'prórroga indefinida'. Tampoco mereció atención por parte del Ministerio de Minas y Energía la oposición a la última Licencia No. 3126, legalmente adjudicada, con los derechos y expectativas inherentes, a la Sociedad Explotaciones Mineras Flor Amarillo Ltda. Y si la acción de 'Amparo Administrativo' (artículo 273, Decreto 2655 de 1988) no salió avante no fue porque se le estuviese asignando el sello de legalidad a la actividad del procesado, sino por el motivo de ilegitimidad de personería sustantiva, asunto bien diferente.

...3.11.- En auxilio de esa ubicación sustantiva de la conducta investigada, (artículo 244 C.P.) devienen las disposiciones del Decreto No. 2655 de 1988 (Código de Minas), entre las cuales merecen especial atención los artículos 11, 302, c) y e), 303, que establecen: 'Artículo 11. Ejercicio ilegal de actividades mineras. Está prohibida toda actividad minera de exploración, montaje y explotación sin título registrado y vigente.

Quien contravenga esta norma, incurrirá en las sanciones a que se refiere este código, el Código Penal y las demás contenidas en disposiciones especiales".

"Artículo 302. Exploración y explotación ilícitas. Para todos los efectos, se considera que hay exploración o explotación ilícita de recurso mineros: a)...b)...c) Cuando se realicen trabajos de explotación sin título minero ...d)...e) Cuando el beneficiario de un título minero que haya perdido vigencia por cualquier causa continúe los trabajos de exploración por métodos de subsuelo o continúe la exploración..." "Artículo. 303. Efectos penales. Quien de cualquier manera tenga conocimiento que se ejecutan obras y trabajos mineros en las condiciones de ilicitud de que trata el artículo anterior, deberá dar noticia inmediata al Ministerio para que éste, previa verificación de los hechos tome las medidas preventivas a que haya lugar y si se refieren a actividades de explotación, los comunique a la autoridad de instrucción o judicial para los efectos previstos en la ley penal".

Entonces, que mientras para el Tribunal probado está que el contrato venció el 1º de junio de 1989 y, en él, no puede legalmente ampararse el procesado Cosme Salgar Capera, para el censor el contrato "protegía y proteja a su cliente" esto es, conserva cabal vigencia hasta tanto una sentencia judicial le ponga fin.

Mientras, para el Tribunal, el proceso de amparo administrativo, en manera alguna prueba que, con posterioridad al 1º de junio de 1989, la actividad de explotación minera cumplida por Salgar C., en el predio de marras, fuera lícita, para el recurrente la resolución con que culminó el mismo (la número 000641 de marzo 14/90 del Ministerio de Minas y Energía) prueba que su poderdante no actuó ilícitamente.

Obran otros apuntamientos del casacionista, encontrados desde luego con la opinión del Tribunal, a los que la Corte se quiere referir así:

Se sostiene que "solamente después de ejecutoriada la decisión tomada por el Ministerio de Minas, es posible empezar a pensar en la posible comisión de un delito", o, " sólo es viable ir a la justicia penal después de que se pronuncie el Ministerio".

Pues no, lo que dice el artículo 283 del Código de Minas es cosa bien distinta, cual es que "ejecutoriada la resolución del Ministerio, el alcalde procederá al lanzamiento de los ocupantes...". Y, el artículo 282-1, norma también citada por el recurrente como fundamento de sus asertos (no menciona el numeral 2º, que insiste sobre la importancia del título minero vigente), trata de la "decisión, notificación y recursos" dentro del proceso de amparo administrativo. Y, es apenas obvio que si éste terminó con la declaración de "perturbador" u "ocupante ilegal", el Ministerio de Minas, remita el expediente a la respectiva alcaldía para el lanzamiento y "la actuación al juzgado penal competente". Es que aquí sólo se está *reiterando* el que hoy por hoy es mandato del artículo 25 del C.P.P. y antes lo fue del 19 *ibidem*, sobre el deber del servidor público e investigar o llevar a conocimiento de la autoridad competente los hechos presuntamente punibles que advierta por cualquier medio y más si la prueba es seriamente comprometedora.

Y de ello no es dable inferir que así el legislador está condicionando la oportunidad para que el juez penal pueda tener acceso a la *noticia criminis*, a la manera de un requisito previo de procedibilidad.

Dispone el artículo 303 del Código de Minas, norma que también le sirve de estribo al recurrente para sus afirmaciones:

"*Efectos penales*. Quien de cualquier manera tenga conocimiento que se ejecuten obras y trabajos mineros en las condiciones de ilicitud de que trata el artículo anterior, deberá dar noticia inmediata al Ministerio para que éste, previa verificación de los hechos tome las medidas preventivas a que haya lugar y si se refieren a actividades de explotación, los comunique a la autoridad de instrucción o judicial para los efectos previstos en la ley penal...".

A términos del artículo 287 del Decreto-ley 2655 de 1988, "el Ministerio está en la obligación de impedir o clausurar los trabajos de exploración subterránea y de explotación si llegare a comprobar que quien los realiza carece de título minero que lo autorice...". Y, según el artículo 251, conoce de todos los asuntos administrativos que tengan relación directa y principal con la industria minera en todas sus ramas y, "en cuanto no estén asignados por la ley a otra autoridad". Entonces, el artículo 303 hay que analizarlo en correspondencia con la otras disposiciones del mismo estatuto. Y, así se verá que la norma busca que el Ministerio pueda cumplir a cabalidad con sus funciones. Y, si en el desempeño de éstas, llega a arrimar prueba que diga relación con la comisión de un evento punible -"explotación ilícita de yacimiento minero", o cualquier otro-, pues está en la obligación de llevar el hecho al conocimiento de la autoridad competente. No se trata, pues, en manera alguna de sustraerles a las autoridades penales sus legítimas competencias o sus poderes investigativos, ni de colocarle cortapisas o vallas a la acción penal o de hacer de alguna manera menos pública y oficiosa y expedita y general la investigación de estos delitos contra los recursos naturales. Lejos, pues, está que el único querellante, por así decirlo, para estos ilícitos, sea el Ministerio de Minas.

3. La Delegada realiza un estudio sobre por qué la Resolución número 000640 de marzo 14 de 1990, del Ministerio de Minas, que negó el amparo administrativo solicitado por Olga Inés Martínez Bonilla, por carecer de personería sustantiva para actuar, es determinación fruto de disposiciones incoherentes y contradictorias emanadas de la propia administración, que la Corte comparte en su integridad.

Efectivamente, para llegar a la anterior conclusión se parte del aserto de que, mediante Resolución 002179 de junio 26 de 1989, el Ministerio autorizó la *cesión* de derechos a favor de la Sociedad Explotaciones Mineras Flor Amarillo, la cual quedó perfeccionada el 12 de julio del mismo año. Y que, si bien es cierto obra el oficio número 3224 de septiembre 19 de 1989, emanado de esa misma División Legal del Ministerio (allí se señaló que para el "12 de julio de 1989 los señores Olga Inés, Jorge David, Miguel Angel Martínez Bonilla eran poseedores del 10% de los derechos en la Licencia número 3126, ya que si bien el traspaso se había autorizado, éste sólo quedó perfeccionado el día 16 de agosto de 1989, una vez ejecutoriada la providencia número 1490 del 10 de agosto de 1989"), lo que en él se consigna constituye un *error*, razón por la cual se debe proceder a su revocatoria.

Al Ministerio, pues, en su Resolución número 000640 de marzo 14/90, para nada importó que ya en anterior oportunidad esa misma División Legal hubiera conceptuado que la *Cesión* de los hermanos Martínez Bonilla a la señalada sociedad de explotaciones

mineras, sólo había quedado cumplida el 16 de agosto de 1989, fecha en la que ciertamente se habían verificado todos los pasos legales en orden a la firmeza del contrato de cesión, sino que ahora resuelve afirmar que el convenio quedó perfeccionado el mismo día de su confección y firma, sin ningún trámite más, o sea el 12 de julio de 1989. Así es como edifica, entonces -y deleznablemente-, su decisión en el sentido de que los indicados hermanos, para cuando mediante apoderado instauraron la demanda de amparo administrativo (que lo fue también en julio 12/89), carecían de legitimación en la causa. Se violaron así disposiciones del Código de Minas (Decreto 2655 de 1988), tales como el artículo 6º., numeral 2º.; el 16, inciso 1º; el 17, inciso 1º y 22, 56, 289, 290 y 293), pues la cesión requería legalmente la autorización o permiso previo del Min-Minas y su anotación en el registro minero, sin lo cual no se podía tener por probado el acto de la cesión y el mismo no era oponible a terceros. No se presentó, pues, ningún error en el Oficio número 3224, el que en manera alguna ha debido ser revocado, pues fuera de que consignaba la verdad sobre que el acto de la cesión había quedado perfeccionado el 16 de agosto de 1989, en su revocatoria se dejaba vigente la resolución al que el mismo obedecía, o sea que en el evento de que hubiera sido pertinente su abrogación, la misma no ha debido cumplirse en él, sino en el acto administrativo que le dio vida.

La vulneración de las disposiciones señaladas, para poder así dar piso a la determinación de carencia de personería en Olga Inés Martínez Bonilla y, consecuentemente, a la revocatoria de la decisión del Alcalde *ad hoc* de San Luis y a la negativa del amparo administrativo pretendido por la misma, fundamentan la petición de la Delegada en el sentido de que se expidan copias de las piezas pertinentes y se hagan llegar a las correspondientes autoridades, en orden a las investigaciones penales y disciplinarias a que haya lugar.

También por lo siguiente: el Alcalde Municipal, en la Resolución que se revocaba con la número 000640 del Ministerio de Minas, había de todas maneras declarado a Cosme Salgar Cápera como ejercitante ilegal de actividades mineras al no satisfacer lo mandado por el artículo 281 en el sentido de que "no admitirá a los presuntos perturbadores prueba diferente a la certificación expedida por el registro minero" y por ello se ordenó la suspensión provisional de los actos considerados como perturbadores, hasta tanto el Ministerio decidiera de manera definitiva.

El Min-Minas, en la multicitada resolución, al tiempo que revoca la del Alcalde *ad hoc*, dispuso que una vez resuelto lo relativo al contrato privado celebrado entre los Martínez y Salgar por la jurisdicción competente, y de acuerdo con lo manifestado en su informe por los funcionarios de la Sección Regional Minera de Ibagué, se debía proceder al desalojo de Cosme Salgar Cápera. El informe al que aquí se alude se limitaba a establecer que los frentes de explotación de mármol que cumplía Salgar C. estaban comprendidos en el área de la Licencia 3126. Y concluye entonces la Delegada:

"Dos situaciones surgen de esto. Primero, que no obstante haber negado el amparo administrativo por considerar que los querellantes carecían de personería sustantiva -en las condiciones como quedó expuesto- y, en consecuencia revocar íntegralmente la decisión de la Alcaldía, el Ministerio terminaba reconociendo el ejercicio ilegal de las actividades mineras por parte del querellado al ordenar su desalojo, así lo condicionara obtusamente a la resolución del contrato privado por la justicia ordinaria.

"Pues lo cierto era que Cosme Salgar Capera no había presentado la certificación expedida por el registro minero al tenor de lo estipulado en el artículo 281 del Código de Minas, que esto lo colocaba, para todos los efectos, en el supuesto contemplado en el ordinal c) del artículo 302 *ibidem* como ejercitante de actividades de explotación ilícita, y que como asunto administrativo que tenía relación directa y principal con la industria minera competía conocer al Ministerio de Minas y Energía conforme al artículo 251 de la legislación especial, frente a lo cual se hallaba en la obligación de impedir o clausurar los trabajos de explotación que se había llegado a comprobar, realizaba el querellado sin título minero que lo autorizara de acuerdo con el mandato contemplado en el artículo 287 *ejusdem*.

"Y aun cuando el Ministerio inexplicablemente obviaba la preceptiva contenida en los mencionados artículos 251 y 287 ante las claras circunstancias anotadas, no se podía sustraer a ordenar el desalojo, con base en el informe presentado por sus mismos funcionarios, como lo consignó en forma oscura, contradictoria e incoherente en la resolución examinada.

"En segundo término, y en relación con la resolución del contrato celebrado entre los hermanos Martínez y el procesado por la jurisdicción competente, por fuera de la consideración de que 'esta entidad carece de la misma -competencia- para dirimir esta clase de contratos privados', ninguna otra motivación fundamentó esta decisión que sin decir, sobre qué aspecto debía pronunciarse la justicia ordinaria, como sí se hizo por parte de la Alcaldía, esto es, su rescisión, resolución, etc., subrogaba *de facto* la competencia que sí le correspondía al Ministerio de conformidad con las disposiciones contenidas en los capítulos VI y VIII del Decreto 2655/88, pues innegable resulta que a través de éste se creaban derechos y obligaciones 'cuyo objeto principal' estaba constituido por la explotación y beneficio de minerales, como se desprende de sus cláusulas 1ª, 2ª y 3ª, y que al tenor de lo establecido en el artículo 56 del mencionado decreto, imponía calificarlo como contrato minero".

Para la Delegada, esa competencia, lo facultaba no sólo para imponer multas al beneficiario de derechos mineros por contravención de las obligaciones emanadas del Código de Minas, sino para interpretar el convenio con Cosme Salgar C. con sujeción al artículo 58 *ibidem*, esto es, que a los contratos mineros "no se aplicaran los principios de modificación, *terminación* e interpretación unilaterales regulados por los contratos administrativos ordinarios, y en estas materias se regirán por lo previsto en sus correspondientes cláusulas", de lo que resultaba que a partir del 1o. de junio de 1989, aquél había fenecido por terminación del tiempo de vigencia del mismo.

"...Y si bien la administración pasó por alto expresos mandatos normativos y elementales principios de hermenéutica jurídica, haciendo, en últimas, nugatoria la actividad estatal, con afectación clara de intereses no sólo particulares, sino de orden público y social en razón de la naturaleza de la legislación minera, ello no significaba, como no significó, que la jurisdicción penal quedara atada a una decisión de esa envergadura, de espaldas a la realidad probatoria, y de espaldas al imperio de la ley...".

4. Quiere la Corte recalcar lo siguiente:

a) La demanda no dice por parte alguna por qué las controversias sobre el contrato celebrado entre los hermanos Martínez B. con Salgar Capera tienen que ser dirimidas

por la jurisdicción civil. Construye el aserto meramente en la afirmación, pero sin presentar como estribo del mismo ninguna argumentación jurídica. Y con ello va diametralmente contra lo sostenido por el Tribunal, o sea, que el contrato por vencimiento del término (que es una de las cláusulas de extinción que él mismo consagra) ya no tiene ninguna vigencia, sin necesidad de sentencia de ninguna especie que así lo declare. Ha debido, entonces, el censor acudir a una causal de casación que le permitiera ir contra lo que dio por probado el sentenciador e introducir un debate sobre el punto, pero no acudir a la violación directa que repudia alegación de tal guisa;

b) Mientras para el sentenciador, del amparo administrativo, no se sigue en manera alguna, fundamento jurídico para la conducta asumida por Salgar Capera, para el impugnante sí. Y a pesar de que ya en el discurrir de esta providencia ha quedado en claro lo absurdo de que el Min-Minas hubiera revocado la determinación del Alcalde *ad hoc* de San Luis, Tolima, dizque por carencia de personería sustantiva, es del caso agregar que, cuando en su correspondiente trámite se cumplía la inspección administrativa que había sido ordenada por auto de agosto 23 de 1989, el doctor Augusto Arbeláez Gómez, quien venía obrando como representante de los hermanos Martínez Bonilla, hizo "entrega del certificado de existencia y representación de la sociedad de Explotaciones Mineras Flor Amarillo Ltda., otorgado por la Cámara de Comercio de Bogotá y del poder que me ha conferido el representante legal de esa sociedad, el doctor Guillermo Laserna Pinzón, para que el señor Alcalde se sirva reconocerme como apoderado de dicha sociedad titular de derechos en la concesión 3126. Igualmente hago entrega de la Escritura Pública número 074 de 17 de enero de 1989, por medio de la cual la señora María Salomé Bonilla de Martínez y otros venden un globo de terreno a la Sociedad Explotaciones Mineras Flor Amarillo Ltda., dicho globo de terreno contiene el sitio donde el señor Cosme Salgar ejecuta trabajos de minería. Por tanto solicito atentamente al señor Alcalde me tenga como representante judicial de la Sociedad Explotaciones Mineras Flor Amarillo Ltda., sociedad que coadyuva la solicitud de amparo administrativo que ha elevado la señorita Olga Inés Martínez...".

Estos hechos, que igualmente debieron ser analizados por la División Legal de Min-Minas, hacen más diáfana aun la realidad de que era imposible jurídicamente predicar la carencia de personería sustantiva, pues el doctor Arbeláez Gómez, representante judicial de doña Olga Inés Martínez B., recibió poder e instauró la acción de amparo administrativo cuando todavía ésta era propietaria del multicitado 10%, y en el desarrollo de la *litis*, cuando ya la cesión a la sociedad de marras había cobrado ejecutoria, presentó poder de ésta y expedita petición de que se le tuviera como su representante, al tiempo que señalaba que Flor Amarillo Ltda. estaba de acuerdo con la demanda de protección;

c) Se reitera lo que señaló el Tribunal así:

"... 3.7. Muchas veces se piensa, desde luego que equivocadamente que hasta la aducción de una relación contractual para enervar, automáticamente, la posible existencia de cualquier hecho punible, olvidando, que aun dentro del ámbito de aquélla, puede germinar, desarrollarse y fortalecerse un comportamiento delictivo, cuando, por ejemplo, una de las partes aprovecha, en forma tendenciosa, esos cauces legales de concertación de voluntades para romper, temeraria y groseramente, el equilibrio normal

y asaltar la buena fe de su contraparte. Se pretende, en estos eventos, utilizar legítimos senderos jurídicos para cristalizar objetivos procaces: en otras palabras, se está abusando del derecho. Y si estas reflexiones comprenden hipótesis contractuales que pueden encontrarse en ejecución, con mayor razón abarcan aquella clase de situaciones, que, como la que ocupa la atención de esta investigación, buscan consolidarse jurídicamente pretextando un vínculo contractual visiblemente extinguido".

Darle legalidad a la actuación de Cosme Salgar C., después del vencimiento del contrato e inclusive con posterioridad a cuando los derechos que tenían los hermanos Martínez Bonilla sobre el 10% de la Licencia 3126 (que fue el título para el contrato con aquél) habían retornado a la sociedad Flor Amarillo, sería enorme *arbitrariedad*, pues se constituiría en explotador lícito, al que, por ley, es ilícito, al tiempo que se estaría impidiendo, sin razón valedera alguna, la realización de trabajos mineros a quien sí tiene título para hacerlo. De ahí lo mandado por el legislador minero en su artículo 302, literales a), c) y e), cuando para todos los efectos legales, tiene por explorador y explotador ilícitos a quien realiza trabajos mineros, sin el correspondiente título o a aquél que, *por cualquier causa*, está en la situación de que su título haya perdido vigencia. Y de ahí también que no se admita, dentro del amparo administrativo, al presunto perturbador, prueba diferente a la certificación expedida por el registro minero (artículo 281 *ibidem*).

La exploración y explotación ilegales, pues, se dan, inclusive con posterioridad al momento en que el Estado ha otorgado las licencias respectivas en tal sentido o permisos o concesiones. Y, eso porque como el mismo Código lo consagra, éstos no son eternos, sino facultades temporales que tienen que estarse renovando, ya que el dueño o propietario sigue siendo siempre la Nación. También existen subcontratos o gravámenes, con acaecimiento posterior al momento en que se otorgaron los derechos de exploración y explotación, los que o bien por no estar legalmente constituidos o por vencimiento de sus plazos, sin que se haya logrado una nueva transacción creadora de un nuevo derecho o de prórroga del ya vigente, hace que quien continúa sin tales requisitos, cumpliendo trabajos de minería, se convierta en explorador o explotador ilegal o de hecho.

El Estado es, pues, muy cuidadoso en esta materias y de ahí que la única minería de hecho tolerada es la de subsistencia de los "barequeros" y la que el propietario del terreno puede hacer de modo artesanal y temporal.

Otra cosa: si el sentenciador, del análisis de la prueba, como claramente quedó consignado en sus fallos, dedujo que Cosme Salgar Capera, era un explotador ilegal, no se puede ahora, dentro del marco de la vulneración indirecta de la ley sustancial, asegurar que no está probada tal aserción y presentar una personal interpretación de lo demostrado para demandar en consecuencia que se debe casar la sentencia.

5. Cierto, el bien jurídico tutelado con el artículo 244 del Código Penal ("Explotación ilícita de yacimiento minero") es el "orden económico social", en su modalidad de "recursos naturales". Y ello comporta que ese interés es "social" y que, el depositario del mismo, preferencialmente, es la "colectividad", sin que pueda negarse que, con su vulneración, pueda derivar perjuicios un particular.

El artículo 7° del Decreto 2655/88, dispone: "Declárase de utilidad pública o de interés social la industria minera en sus ramos de prospección, exploración, explotación,

beneficio, transporte, fundición, aprovechamiento, procesamiento, transformación y comercialización...".

Para su exploración, explotación, etc., han de reunirse un cúmulo de requisitos que no satisfechos convierten la actividad en atentado contra un bien de utilidad pública o de interés social. Se están así explorando y explotando recursos naturales no renovables, esto es, se les esta *disminuyendo*, sin sujeción a la normatividad o, como lo apunta la Delegada, "sustrayéndose a todos los sistemas de vigilancia, regulación y control". El perjuicio, entonces, quiérase o no, lo está sufriendo de alguna manera la colectividad, en forma abstracta, y en concreto, el legal propietario del bien y de la concesión, para el caso, Explotaciones Mineras Flor Amarillo Ltda.

La conducta de Cosme Salgar Capera, a contrario modo de lo que sostiene el censor, sí es antijurídica, pues lesionó sin justa causa el interés jurídico tutelado por la ley.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

Primero: *No Casar la Sentencia* ya señalada en su fecha, origen y naturaleza, y

Segundo: Tal y como con sobrado fundamento lo solicita la Delegada, por la Secretaría de la Sala, expídanse copias de las piezas pertinentes ante las autoridades competentes para los efectos penales y disciplinarios a que haya lugar, dadas las irregularidades que se advierten en la Resolución número 000640, proferida por el Ministerio de Minas y Energía.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

RECUSACION

Si toda la Sala de decisión es recusada, luego de su manifestación conjunta de no aceptación, debe conocer la Sala de decisión que le sigue en turno a la que fue objeto de recusación. Y la decisión que esta última tome, pondrá fin al asunto y será vinculante para los integrantes de la Sala recusada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Recusación Radicación número 8632.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 74.

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de agosto de 1993.

Vistos

Corresponde a la Corte decidir sobre la recusación propuesta contra los Doctores Erleans de Jesús Peña Ossa, Clemencia Perdomo González y Yesid Ramírez Bastidas, magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva.

Antecedentes

1. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva señaló fecha para la celebración de la audiencia pública en este proceso seguido contra Humberto Palomar Avilés y otro.

En atención a que el día señalado para el debate público se pasó al citado despacho un memorial suscrito por el procesado Humberto Palomar Avilés, en el que recusa tanto al juez como a los magistrados que conforman la Sala del Tribunal que ha conocido y resuelto sobre los recursos de apelación interpuestos contra las determinaciones de primera instancia dictadas en el curso de la causa, el juzgado dispuso suspender el trámite de la actuación hasta que se resuelva lo pertinente.

El Juez del Circuito, mediante auto de junio 17 del año en curso, declaró infundada la recusación formulada por el procesado, y como consecuencia de ello remitió el expediente al Tribunal Superior de Neiva para los fines pertinentes.

2. La Sala de Decisión del Tribunal resolvió no aceptar la recusación propuesta contra los integrantes de la misma, por considerar que "no ha emitido opinión que implique motivación profunda y sustancial de los hechos ni de todos los elementos integrantes de delito alguno del cual se sindica al recusante, sino que se ha limitado, como ha sido su deber, a pronunciarse sobre la serie de nulidades invocadas por el defensor de éste, lo mismo que sobre la conducencia de las pruebas solicitadas por el mismo...". Y como consecuencia ordena enviar la actuación propuesta contra los integrantes de la Sala.

En el mismo auto resuelve declarar infundada la recusación propuesta por el mismo procesado contra el Juez Primero Penal del Circuito de Neiva, para conocer de este proceso.

Consideraciones de la Corte

En relación con el trámite de la recusación de Magistrados del Tribunal, esta Corporación en reciente jurisprudencia calendada en junio 29 de 1993, concretó su concepto en los siguientes términos:

"En el anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 0050 de 1980) el trámite previsto para resolver la recusación de un Magistrado de Tribunal, era el siguiente:

"Si el Magistrado aceptaba la recusación, el proceso era enviado a los demás (Magistrados) que formaban la Sala respectiva, para que se pronunciaran al respecto. Si éstos estaban de acuerdo con la aceptación, separaban del conocimiento al recusado y complementaban la Sala con quien le siguiera en turno, o en caso necesario, con un conjuez. Pero si consideraban que la recusación no era procedente, así lo declaraban y enviaban el proceso a la Corte, para que dirimiera 'de plano la cuestión'.

"Mas si el Magistrado recusado no aceptaba la recusación, debía enviar el proceso a la Corte para que ésta resolviera 'de plano la cuestión en vista de lo alegado' (artículos 110 y 112).

"Este sistema fue modificado de manera parcial por el Código de Procedimiento Penal vigente, ya que no obstante conservar el mismo trámite para cuando el Magistrado acepta la recusación, lo cambió sin embargo para la hipótesis contraria: 'Si la recusación versa sobre Magistrado y el recusado no la acepture, decidirán los restantes Magistrados de la Sala' (arts. 106 y 109).

"Y no se piense que esta previsión legislativa hace referencia sólo a los Magistrados de la Corte, porque si así fuera, lógicamente que el legislador hubiera aquí también hecho (o mejor, conservado, porque el anterior estatuto procesal la consagraba -artículo 112, inciso segundo-) la distinción que hizo en tratándose de impedimento (art. 106).

"Frente a este nuevo procedimiento, es claro que cuando el Magistrado recusado no acepta la recusación, la decisión de sus compañeros de sala lo obliga y ahí termina el asunto, sin que la Corte tenga intervención alguna, ya que no existe norma que le otorgue competencia para ello, ni la decisión es susceptible de recurso alguno (art. 117).

"Aunque pudiera pensarse que se garantizarían mejor los derechos del recusante, si la decisión última sobre la recusación de un Magistrado de Tribunal no aceptada por éste la tomara la Corte y no los demás integrantes de la Sala, como lo disponía el anterior estatuto procesal, es lo cierto que tampoco puede pasar desapercibido el empeño del legislador para impedir que esta institución pueda manipularse indebidamente, ya que de haberse conservado el trámite establecido por el código anterior, al sujeto procesal que tuviera interés en paralizar un proceso, le bastaría con recusar a un Magistrado de Tribunal para lograrlo, toda vez que por mandato legal el proceso se suspende 'desde cuando se presente la recusación... hasta que se resuelva definitivamente' (art. 111). Y si en este caso la decisión definitiva correspondiera a la Corte, como sucedía en vigencia del anterior estatuto, la estancación procesal sería notable, por razón de las distancias.

"En tratándose de la recusación de toda la Sala de decisión es necesario que el trámite se haga de manera conjunta por los recusados, tal como se prevé expresamente para el caso de impedimento que afecta a varios integrantes de la Sala' (art. 107), ya que estando todos recusados ninguno podría entrar a conocer de la recusación de sus compañeros de Sala, y en estas circunstancias la competencia para pronunciarse sobre este asunto correspondería a la Sala presidida por el Magistrado que 'siga en turno'" (auto 29 de junio de 1993, Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*).

En el caso que nos ocupa toda la Sala de decisión fue recusada, luego de su manifestación conjunta de no aceptación debe conocer la Sala de decisión que le sigue en turno a la que fue objeto de recusación. Y la decisión que esta última tome, pondrá fin al asunto y será vinculante para los integrantes de la Sala recusada.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones jurisprudenciales, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre la recusación hecha a la Sala de Decisión que ha venido conociendo de los recursos de apelación interpuestos contra las determinaciones dictadas en el curso de esta causa, a la cual le correspondió en esta oportunidad decidir el incidente formulado por el procesado Humberto Palomar Avilés contra el juez del Conocimiento Primero Penal del Circuito de Neiva, y dispondrá la devolución del mismo al lugar de origen para que se proceda de conformidad con lo dicho.

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

RESUELVE:

Abstenerse de conocer de la recusación propuesta contra la Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Devuélvase el proceso a la oficina de origen para que se proceda de conformidad con lo dicho en la parte considerativa.

Cópiese, 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 Cortés Gárnica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA

Quien tiene la iniciativa para colisionar no puede limitarse al solo anuncio de su voluntad de conocer o abstenerse de hacerlo, ni a la invocación abstracta de un precepto, siendo su deber el de referirse al proceso motivo de disputa, exhibiendo sobre él las razones que le llevan a concluir en la aceptación o no de su conocimiento. De tal manera, quien recibe el mensaje podrá acoger el planteamiento que se le hace remitiendo el expediente si se trata de colisiones positivas, y en su defecto avocará el conocimiento si el propuesto es un conflicto negativo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8671.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 074.

Santafé de Bogotá, D. C., 23 de agosto de 1993.

Vistos

Para que dirima de plano el conflicto negativo de competencias suscitados entre el Juzgado 34 Penal del Circuito de Medellín y el Juzgado Regional de la misma ciudad, se han recibido por parte de la Sala las presentes diligencias adelantadas por el delito de tortura en contra de la señora Fabiola del Socorro Marín Mesa.

Antecedentes

1. El 25 de noviembre de 1992 profirió la Fiscalía Primera de Ley 30 y Varios Delegada Tres con sede en Medellín resolución de acusación en contra de la procesada Marín Mesa por el delito de tortura, sintetizando los hechos de la imputación en los términos que siguen:

"Ocurrida la muerte de Julio César Cortés y José Leonel Vargas, esposo e hijo de la señora Marín, y el día seis de julio de mil novecientos noventa y uno: Emilio Arteaga Posada y su familia tuvieron que abandonar su residencia por las conflictivas amenazas de

muerte que en su contra se sucedieron de parte de la señora Fabiola Marín. Amenazas que se reiteraron en el tiempo y se materializaron en ataques al vehículo que conduce el ofendido, en visitar a su lugar de trabajo y en seguimientos que personas han hecho a cada uno de los componentes de la familia de Emilio Arteaga Posada...".

2. En firme la anterior decisión, las diligencias pasaron al conocimiento del Juzgado 34 Penal de Circuito de Medellín donde se avocó el conocimiento y se dio inicio al trámite procesal, citando y verificando la diligencia de audiencia el 18 de mayo de 1993. Al ingresar el expediente para fallo, lejos de proferirlo resolvió el juzgador declararse incompetencia argumentado no obstante el hecho punible por el cual se había redactado el enjuiciamiento había sido el de tortura, al momento de pronunciarse de fondo consideraba que la norma infringida era la del artículo 4º del Decreto 2266 de 1991 elevada a legislación permanente por el artículo 24 del Decreto 180 de 1988, cuya competencia se halla asignada a los señores jueces regionales.

Nada dijo el proponente sobre las razones o motivos que le llevaban a ese súbito cambio de criterio, pero sí se anticipó a formalizar para el caso en que no se acogiera su decisión una colisión de competencia negativa frente al destinatario del expediente.

3. De recibo las diligencias en los Juzgados Regionales, el adjudicatario de la actuación consideró y así lo expuso en auto de junio 25 que la adecuación de la conducta venía hecha en el proceso bajo la descripción del artículo 279 del Código Penal, y que mientras el Juzgado del Circuito no explicaba el porqué del súbito cambio de criterio, ese despacho recordaba que la diferencia entre las dos modalidades típicas radicaba de una parte en el aspecto subjetivo que en el caso presente no se avisaba, y de la otra en el bien jurídico amparado que bajo la competencia de los juzgados regionales implicaba la afectación del orden público o de la seguridad social, que en el comportamiento de la señora Marín no se vislumbran, pues no se acredita que hubiese estado su actividad encaminada en contra de alguna de las personas indicadas en el artículo 2º, numeral 1º del Decreto 474 de 1988, ni dirigida a la perturbación o desequilibrio del orden social.

Consideraciones de la Sala

Es competente la Corte por medio de su Sala de Casación Penal para dirimir de plano los conflictos de competencia suscitados "entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República" según atribución expresa que le otorga el artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal, motivo que conducirá a un pronunciamiento de fondo sobre las posturas encontradas del Juzgado 34 del Circuito Penal de Medellín y el Juzgado Regional que le responde, de no observarse el defecto que a renglón seguido se destaca:

a) Cuando el artículo 97 del Decreto 2700 de 1991 fija el concepto legal de colisión expresa "que ella se presenta 'cuando dos o más jueces consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento, o cuando se niegan a conocer' por 'estimar', agrega 'que no es de competencia de ninguno de ellos'"

En las normas siguientes, sin embargo, se destaca, y particularmente en el artículo 99 que no basta la sola afirmación de conocer o abstenerse de hacer o para que quede

formalizado el conflicto, sino que es deber del juez que la propone dirigirse al otro "exponiendo los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto", y en el caso de inconformidad del destinatario ha de expresar también éste "la razón de su renuncia", dando cuenta al competente para que de plano dirima la diferencia.

Desprendese de lo anterior que quien tiene la iniciativa para colisionar no puede limitarse al solo anuncio de su voluntad de conocer o abstenerse de hacerlo, ni a la invocación abstracta de un precepto, siendo su deber el de reflejarse al proceso motivo de disputa, exhibiendo sobre él las razones que le llevan a concluir en la aceptación o no de su conocimiento. De tal manera, quien recibe el mensaje podrá acoger el planteamiento que se le hace remitiendo el expediente si se trata de colisiones positivas, y en su defecto avocará el conocimiento si el propuesto es un conflicto negativo. Pero de presentarse discrepancia, tampoco resulta suficiente el anunciarla, porque afianzar esas conclusiones obliga la expresión de los motivos que a ellas conducen, dado que de otra manera se dejaría al funcionario encargado de dirimir la colisión sin argumentos para cotejar ante la imposibilidad de adivinar aquellas de quien guardó silencio, avocándosele indebidamente -de llegar a responder- a adoptar una postura supletoria de la instancia que el legislador no le ha conferido, y que antes bien llevaría a la deformación del instituto para subrogarlo prácticamente por un mecanismo unilateral para el control jerárquico de competencias.

b) Retornando a la actitud que asume el Juzgado 34 Penal del Circuito de Medellín, su omisión del deber impuesto en el artículo 99 del Código de Procedimiento Penal se hace manifiesta cuando con absoluta abstracción sobre los hechos constitutivos del debate se limita a citar una disposición alternativa para la adecuación de la conducta de la acusada, callando totalmente los motivos que podrían llevaban a la variación de la adecuación contenido en la resolución acusatoria, con el agravante de ser esta una pieza en firme que como ley del proceso no podía inexplicable ni súbitamente entrar a ignorarse, y menos cuando esa decisión sí se hallaba debidamente sustentada en el análisis del hecho y su connotación que lo llevó inequívocamente a adecuarlo en el precepto del artículo "279 del Código Sustantivo Penal, Capítulo Tercero, Título X, Libro II del mencionado código..." (sic hoja 7 del auto de cargos).

Las breves razones que se anotan, invariablemente llevan a concluir en que la colisión negativa jamás resultó debidamente formalizada para promover un pronunciamiento en esta sede, distinto cuando menos del inhibitorio que consecuentemente se anuncia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, *se abstiene* de dirimir el conflicto negativo informalmente promovido por el Juzgado 34 Penal del Circuito de Medellín, disponiendo como consecuencia el regreso del expediente a ese Despacho para lo de su cargo.

Entérese esta decisión al Juzgado Regional de Medellín que intervino en el trámite cumplido

Cópiese, devuélvase 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.

RESOLUCION DE ACUSACION / NULIDAD/ SANA CRITICA / FALSO JUICIO DE CONVICCION

1. El error en la adecuación típica en la resolución mediante la cual el Estado formula los cargos al procesado, requiere razonada y lógica comprobación de su existencia. De no proveerse a esa demostración, sea porque se silencie por el actor o porque la argumentación correspondiente se diluya en especulaciones particulares, el reproche debe tenerse por ineficaz. 2. Busca el profesional, al glosar como inapreciados unos testimonios a los que el sentenciador no otorgó el mismo sentido y alcance que en su particular opinión tenían, que la Corte desconociendo el principio de la sana crítica vigente para la prueba en materia penal, y sin que exista error alguno de los que se ocupe el recurso de casación, reexamine el acervo probatorio y le imprima la interpretación favorable que a sus ojos de interesado debiera tener. ¡Pretensión de esa naturaleza choca con el ordenamiento jurídico, y sostenida aun en la oportunidad de recurrir en casación, creando falsas expectativas en el proceso para quien la esperanza de un mejoramiento de su situación permanece hasta el último momento, desconoce la seguridad de los fallos judiciales por la doble presunción de veracidad y acierto de que están precedidos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7942.

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 074.

Santafé de Bogotá, D. C., agosto diecinueve de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Conoce la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia proferida el 12 de junio de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se condena a José Antonio Sierra Ruiz a la pena principal de cinco años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual, como responsable de tentativa de homicidio en la persona de Alvaro Amaya García.

Hechos y Actuación Procesal

Refieren los autos que en la noche del 26 de enero de 1990, hallándose departiendo e ingiriendo bebidas alcohólicas varios contertulios, entre los que se encontraban José Antonio Sierra Ruiz y Alvaro Amaya García, en el restaurante San Jorge situado en el calle 13 número 66A-11 de esta ciudad capital, se suscitó un altercado verbal entre los mencionados dentro de la charla que salpicada de expresiones soeces sostenían, y sorpresivamente el primero desenfundó su revólver y por tres veces lo disparó contra el segundo haciendo impacto en dos sitios de su cuerpo -la cabeza y el hombro izquierdo-, actitud que provocó la inmediata intervención de uno de los compañeros de parranda para despojar del arma al agresor. El ofendido fue oportuna y eficazmente atendido en un centro asistencial, y aunque quedó con perturbación funcional permanente, salvó su vida.

Formulada la denuncia, el Juzgado 48 de Instrucción Criminal adelantó algunas diligencias preliminares e inició la investigación respectiva; vinculó al acusando mediante indagatoria y al resolverle la situación jurídica calificó provisionalmente los hechos como constitutivos de tentativa de homicidio, denominación que no accedió a variar ante el pedido que en tal sentido le formulara la defensa, que propendía por la atribución de lesiones personales. El mismo Despacho lo comprometió en juicio mediante resolución acusatoria, en la que le imputó tentativa de homicidio agravado conforme a los artículos 323, 22 y 324-4 del C.P., pero el Tribunal Superior del Distrito, al desatar la apelación interpuesta por la defensa contra ese proveído, lo modificó suprimiéndole el agravante.

Iniciada la audiencia pública el defensor solicitó variación de la calificación de la conducta atribuida al procesado con base en el artículo 501 del C.P.P., con el fin de que la imputación se hiciera por lesiones personales, pero el Juzgado 21 Superior cognoscente de la causa, no accedió, siendo recurrido en apelación su pronunciamiento, sin resultado diferente porque el Tribunal lo confirmó.

De la sentencia de primera instancia, en la que se desecharon los diversos planteamientos de la defensa, uno de los cuales apuntaba al reconocimiento de la circunstancia diminuente de la ira contemplada en el artículo 60 del C.P., apeló también esta parte, pero nuevamente el Tribunal compartió el criterio del *a quo* y acogió a plenitud su fallo, a través del que es objeto de este recurso de casación (fls. 1 y ss. 26, 37, 79, 91, 147 y ss., 224, 256 y ss., 315 y ss., cd. ppl. número 1 y cd. Trib.).

La Demanda

Un cargo como principal y uno como subsidiario presenta el censor contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, así:

Cargo Primero. Es violatoria en forma indirecta de los artículos 60 y 68 del C.P., ambos por falta de aplicación, pues en cuanto al primero, incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia respecto de los testimonios de José R. Cubillos, Antonio Maldonado y Luis E. Alarcón, obrantes a folios 16 a 24 del proceso, y de los folios 129 a 132 -no individualiza a su autor el demandante-, los cuales no tuvo en cuenta en su evaluación del acervo probatorio.

Tampoco apreció los testimonios de Jaime Rodríguez, Antonio M. Caballero, Jorge Sánchez y Miguel A. Hernández, constituyendo esas omisiones "grave lesión al

procesado". Considera que el comportamiento grave e injusto del denunciante contra el procesado generó el estado "incontenible de ira que presidió el comportamiento del sindicado la noche de los hechos", pues los "ultrajes y las ofensas del primero hacia el segundo" se hicieron en tono por demás agresivo y desafiante, en voz alta, delante de los demás compañeros; y que de lo dicho aquí son prueba los testimonios ignorados del primer grupo, ya que José Raúl Cubillos, Antonio Maldonado y Luis Alurcón refirieron la clase de expresiones lanzadas por el denunciante al acusado, la magnitud de las ofensas que ellas envolvían y el tono de voz con que lo hizo. Luego de entresacar del texto de las declaraciones mencionadas las expresiones ofensivas de que habla, afirma que "para cualquier persona de mediana cultura, el hecho de que delante de sus compañeros se le ultraje de la manera en que lo hizo el provocador, inevitablemente hace que entre en el fenómeno sicológico, que no pueda ejercer un adecuado control, por tanto en momentos como estos es en los cuales las personas cometen lo que los tratadistas desde antaño han denominado el dolo de ímpetu, o crimen pasional, pues la ira es una de las pasiones...". Añade que el Tribunal aceptó que el acusado "obró movido por la ira, consecuencia de la actitud del provocador", pero denegó la aplicación de la diminuente "al decir que no existió provocación, argumentando que las ofensas eran mutuas, lo cual es ciertamente contrevidente ya que los testimonios no han manifestado" que el procesado hubiera "lanzado palabras o afirmaciones de grueso calibre en contra del denunciante", sino simplemente, que hubo una discusión entre ellos.

Recuerda que en el estado de ira la reacción del provocado es inmediata, y que en el caso presente, sucedidas las ofensas graves e injustas, el procesado disparó contra quien se las irrogó, y refiere que las proferidas tuvieron las características propias de la atenuante: graves e injustas, "pues -dice- el hecho de que Sierra Ruiz le estuviera contando algo que había escuchado en Medellín no era para que Arnaya García procediera a injuriar de la manera en que lo hizo" al acusado.

Con relación a los testimonios de Jaime Rodríguez, Antonio M. Caballero, Jorge Sánchez y Miguel A. Hernández, cuya omisión evaluativa había resaltado, afirma, eran importantes, porque daban cuenta del temperamento "agresivo, provocador y buscapleitos" del denunciante, al relatar que en una ocasión le disparó a Jorge Sánchez y en otra trató de hacerlo contra Marco Latorre y el mentado Miguel A. Hernández.

Cargo Segundo. *Causal 3ª de casación*. La sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad al tenor del numeral segundo del artículo 304 del C. de P.P.: "La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso".

El mérito del sumario fue calificado con resolución acusatoria por el delito de homicidio en grado de tentativa, cuando lo correcto, por ser lo que de las pruebas se infería, era la adecuación de la conducta investigada al tipo de las lesiones personales. Hubo, pues, violación de los artículos 30-2 C.P.P; 22 y 323 del C.P., por aplicación indebida, y 331 y 334 *id.*, por falta de aplicación.

El juzgado instructor inició la investigación con el preconcepto de que se trababa de establecer un delito de homicidio en grado de tentativa, y en esa irregular situación arribó a la calificación al afirmar que la vida del denunciante había sido puesta en peligro y que lo fue mediante actos del acusado, idóneos para privarlo de ella, lo que no logró debido a la pronta atención médica, mediante la cual se "detuvo el desencadenamiento

del hecho inicialmente puesto en ejecución"; y a su vez, el Tribunal se acogió a la misma concepción de los hechos ignorando la prueba pericial del folio 242, en la cual el médico forense advirtió que las heridas "no comprometieron órganos vitales, por lo tanto, no eran idóneas para ocasionarle la muerte, independientemente de la atención médica o de las condiciones físicas del lesionado", y en el proveído mediante el cual confirmó la resolución acusatoria, consignó las mismas apreciaciones del *a quo*.

Con fundamento en el peritaje asevera el actor: si es requisito esencial de la tentativa "que el hecho no se haya agotado por circunstancias ajenas a la voluntad del agente" y en este caso las circunstancias que el instructor consideró en el calificatorio no habían existido, entonces la calificación procedente era la de lesiones personales; y además, como la prueba testimonial indicaba que el sindicado actuó con dolo de ímpetu, debe responder de acuerdo con el resultado arrojado por el peritaje a las lesiones padecidas por la víctima, y la normatividad aplicable por consiguiente, es la de los artículos 331 y 334-1 del C.P.

Solicita, como corolario de ese cargo, se anule el proceso desde inclusa la resolución acusatoria, y se disponga que el vocatorio debe hacerse por lesiones personales; en tanto que con la petición referente al primer cargo había solicitado declarar que el procesado actuó en el estado de ira de que trata el artículo 60 del C.P., y por ende, decretar la disminución correspondiente de pena y el otorgamiento del sustituto de la ejecución condicional.

Concepto del Ministerio Público

Al conceptuar, con acierto, primeramente en torno al cargo en que se depreca la nulidad del proceso desde la resolución acusatoria, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a la casación solicitada, siendo ésta igualmente su posición respecto del cargo basado en la causal primera.

Tras precisar los aspectos que ha de probar el casacionista en orden a provocar el cambio de denominación jurídica del delito a través de este recurso extraordinario; que el delito por el cual se enjuició al acusado no se tipifica, y que es otro, el cual aparece plenamente demostrado, el funcionario considera que la orientación de la investigación hacia un posible delito de tentativa de homicidio no surgió de un preconcepto del instructor como lo insinúa el demandante, sino de una seria evaluación del material probatorio allegado, entre el cual contaba, desde que la investigación estaba en su estado incipiente, la historia clínica del denunciante, y así lo indica, en su criterio, la negativa de los jueces en las instancias a variar la calificación, que en dos ocasiones el mismo profesional solicitara.

Para rebatir la alegada ignorancia por el sentenciador, del peritaje médico-legal sobre las heridas recibidas por el denunciante como causa de la citada calificación, el Procurador, destaca que el censor se limita en sus observaciones al aspecto objetivo del delito, silenciando en pro de su tesis las consideraciones de carácter probatorio sobre la parte subjetiva del mismo, de donde concluye que "difícilmente, por no decir imposible, la prueba pericial por sí sola ampliada en el juicio, tendría la potencialidad de hacer desaparecer las circunstancias que constituyeron la resolución acusatoria por tentativa

de homicidio". Agrega el funcionario, que la misma tesis, con idénticos argumentos, fue expuesta por el defensor cuando solicitó reiterativamente el cambio de adecuación típica de la conducta sin éxito porque se le despachó negativamente, y encuentra que ningún argumento nuevo ofrece en la demanda (la cual, dice, aparece presentada en copia al carbón, sin percatarse el funcionario que su original obra en el cuaderno del Tribunal, en el cual se surtió la tramitación del recurso, conforme al artículo 224 del C. de P.P.) que justifique acceder a su petición en esta sede extraordinaria.

Considera, así mismo, que la exaltación de la importancia de la pericia médico-legal por el demandante "no es más que una concepción personal y alejada de su deber", pues ni siquiera menciona cuáles fueron las circunstancias que desaparecerían de haberse tenido en cuenta la prueba como para transformar la tipificación de la conducta "para así haber podido enfrentar el real alcance potencial de la pericia con respecto a los otros medios avales de tales circunstancias, desquiciándolos y sustrayéndoles su grado de convicción -el otorgado por las instancias-".

Para finalizar su crítica a la demanda en lo atinadero al cargo por nulidad, estima el distinguido colaborador que la mención a haber actuado el acusado en estado de ira (art. 60 C.P.) se halla fuera de contexto en este cargo y que debió proponerse al amparo de causal diferente y abundando en argumentos sobre el particular, sugiere la desestimación de la censura.

Al descartar por inatendible *el cargo apoyado en la causal primera* de casación, el señor Procurador destaca que todos y cada uno de los testimonios que menciona el recurrente como ignorados por el sentenciador en su juicio evaluativo para el fallo en discusión, fueron apreciados detalladamente en la resolución acusatoria, y así mismo asumidos como declarativos de la verdad de lo acaecido por los falladores, que basados en la evidencia que determinó el encausamiento, los tomaron con idénticos contenido y alcance al que tuvieron para la acusación y con base en ellos desecharon las exculpaciones del acusado y los planteamientos de la defensa en cuanto pugnaban por el reconocimiento de la atenuante del artículo 60 del C.P., para apenas sí acoger con base en los relatos testificales la diminuente genérica por haber mediado recíprocas ofensas.

Seguidamente se ocupa de contradecir las apreciaciones del casacionista, pues del material de prueba no podía inferirse la circunstancia atenuante que reclama, como en ningún momento lo infirió el fallador. Encuentra -no obstante que la alegación habla de falso juicio de existencia de los prealudidos testimonios-, que la censura carece de demostración porque sólo se apoya en unos testimonios pero -dice- "sin precisar cómo estos fueron tergiversados y por ende capaces de tumbar las conclusiones de los falladores".

Consideraciones de la Corte

Del cargo por nulidad. El error en la adecuación típica en la resolución mediante la cual el Estado formula los cargos al procesado, requiere razonada y lógica comprobación de su existencia, para que sirva de soporte a la solicitud de invalidación que se reclama; de no proveerse a esa demostración, sea porque se silencie por el actor o porque la argumentación correspondiente se diluya en especulaciones particulares, el reproche debe tenerse por ineficaz.

En este caso, el cargo de errada calificación del delito parte de los supuestos de que la investigación y el fallo estuvieron guiados por un preconcepto anidado en la mente de los jueces: el de que se trataba de una tentativa de homicidio porque en tal sentido se había formulado la denuncia, y el de que el fallador dejó de apreciar el peritaje médico legal que da cuenta de que las heridas al ofendido no afectaron órganos vitales y no eran idóneas para causar la muerte.

Sin embargo, la realidad probatoria se encarga de desvirtuar las afirmaciones del distinguido recurrente, que por tanto, asumen el carácter de meras especulaciones, respetables pero no compartibles. En primer término, la imputación -en cuyo nombre jurídico apenas sí coincidió el denunciante sin que ello haya sido predeterminación para los jueces- por el atentado contra la vida en grado de imperfección, se fue consolidando gradualmente a partir de la indagatoria misma, los diversos testimonios, la historia clínica solicitada al Hospital en donde fue atendido el denunciante y los indicios forzosamente resultantes, todo ello en el proceso mental deductivo de los jueces desarrollado dentro del principio de persuasión racional y la observancia de los demás principios reguladores de la prueba, que los condujo a descartar el simple atentado contra la integridad personal que se proclama por el censor; en segundo lugar, el referido peritaje sí fue apreciado específicamente en el auto mediante el cual juzgado y Tribunal denegaron la variación de la calificación del delito que con base en él solicitó la defensa durante la audiencia pública -que se suspendió para resolver sobre el tema-, sólo que la interpretación y alcance que se le dio por los falladores no coincidió con la que proponía el profesional, que todo el tiempo de su mandato estuvo propugnando por la imputación de lesiones en vez de la tentativa de homicidio, y así, naturalmente la prueba pasó a soportar la acusación oficial y la sentencia, puesto que en ésta su alcance demostrativo no fue modificado, sino que se tomó inmerso en el cúmulo probatorio global. El juzgado consideró idónea la conducta del acusado para producir el deceso de la víctima, en su sentencia -y las heridas fueron el resultado de la conducta del agente- y el Tribunal no objetó esta apreciación, sino que por el contrario, al confirmar la decisión, la acogió en su integridad.

Doble motivo, pues, se opone al éxito de la reclamación: el primero, la prueba que se dice ignorada no tenía contundencia para desvirtuar la realidad vertida por todas las demás; y es de observarse que la alegada naturaleza no mortal de las heridas, como lo afirma la Procuraduría, se apoya con exclusividad en la materialidad de ese aspecto de la conducta investigada, con prescindencia de toda consideración probatoria referida, a la subjetividad del ilícito y de los demás factores materiales circunstanciales que tanto pesaron en el fallo acusado y a los que el juez de la primera instancia se refirió en estos términos:

"Se observa diamantinamente que la conducta del encausado era idónea para producir el deceso y de manera unívoca hacia este fin dirigió su actividad, afirmación totalmente resultante no sólo de: medio utilizado para ello (revólver), sino también de la ubicación de los disparos, teniendo en cuenta la experiencia en el manejo de armas de fuego..." (fl. 319).

Y el Tribunal, en los que sigue:

"...el resultado del cual se ocupa la Corporación no es otro que el relativo al delito imperfecto de homicidio simple en la persona de Alvaro Amaya Gureía. La Sala no puede

admitir gratuitamente lo sostenido por el procesado en la sustentación del recurso por cuanto sencillamente en ningún momento planteó siquiera la circunstancia de atenuación de la ira en la diligencia de descargos..., situación que conforme se ha repetido por la justicia hasta la saciedad, quedó desvirtuada plenamente con las atestaciones de los presenciales José Raúl Cubillos Gómez (fl. 16), Antonio Maldonado López (fl. 18) y de Luis Eduardo Alarcón (fl. 20), quienes señalan cuál fue la intención de aquél al momento de accionar el arma (medios operados, la dirección, número o violencia de disparos, las condiciones de espacio, modo y tiempo, así como las circunstancias conexas a la acción delictual), que se colige de acuerdo con esas modalidades ejecutivas, propósito homicida y que gracias a la oportuna intervención de Alarcón el "ilícito querido no se agotó (tomó de la mano al agresor logrando desarmarlo)" (fl. 39 cd. Tr.), concordando así la Corporación con la posición que había asumido ya en el auto confirmatorio de la negativa a variar la calificación (fls. 28 y ss. cd. Tr.), que con base en el mismo peritaje solicitara el actor.

La otra poderosa razón para que la reclamación no obtenga éxito es, como ha quedado visto, que el peritaje sí fue evaluado por los falladores, sólo que su precario alcance probatorio quedó inmerso en la conclusión general del acervo recopilado, de manera que el juez superior pudo afirmar sin dubitación la idoneidad de la conducta del procesado para ocasionar la muerte, y obviamente, las heridas fueron el efecto de esa conducta, y el Tribunal, en la misma tónica, acoger la apreciación del *a quo* y centrar su atención en el significado de las demás probanzas.

Ahora bien, el proceso no revela falta de circunstancias propias del delito imperfecto, como lo afirma el censor atenido a la falta de idoneidad de las heridas para causar la muerte de que habla el peritaje en cuya supuesta falta de apreciación cifra su reclamo, diciendo que no fue la oportuna intervención médica lo que salvó la vida del ofendido, pues precisamente lo que la prueba indica es el riesgo de muerte si no se proporciona esa atención, o si las condiciones físicas del herido son precarias. Tal es lo que se infiere del texto correspondiente.

"Estas heridas no comprometieron órganos vitales, por lo tanto no eran idóneas para ocasionarle la muerte, *independientemente de la atención médica* o de las condiciones físicas del lesionado" (fl. 242, cursivas fuera de texto).

Por lo demás, tiene razón la Procuraduría cuando dice que la circunstancia atenuante de la ira respecto del delito de lesiones que se aduce en este cargo debió alegarse por separado, pues el cargo -nulidad- aparece como subsidiario, y el principal no concreta el hecho punible al cual pretende se aplique esa diminuente.

En definitiva, la censura basada en la causal 3ª de casación, no prospera.

Pareja suerte al anterior acompaña el reproche que se edifica sobre *la causal primera de casación*, en el que el actor se cuida de precisar las normas sustantivas de tipo básico que estima infringidas, limitando la referencia a los artículos 60 y 68 del C.P., pretendiendo dejar apto el reclamo para conjurar con cualquiera que sea la calificación jurídica de la conducta que prevalezca.

Habilidosamente el demandante pregona que el sentenciador se abstuvo de apreciar los testimonios de José R. Cubilles, Antonio Maldonado, Luis Alarcón, Jaime Rodríguez,

Antonio Caballero, Jorge Sánchez y Miguel Hernández y que gracias a esa omisión evaluativa desconoció que su patrocinado actuó en estado de ira injusta y gravemente provocada por el denunciante y dejó de aplicar el artículo 60 del C.P., porque esos testimonios revelaban justamente, que el procesado se comportó bajo la circunstancia de tal prescripción legal, teniendo derecho a la atenuación punitiva que ella consagra.

Sin embargo, muy otra es la realidad, y otro el rumbo que sigue en últimas la censura. Téngase:

En primer término, todos los testimonios de los que se pregona el falso juicio de existencia fueron, como acertadamente lo destaca el Ministerio Público, apreciados en la resolución acusatoria, específicamente en la de primer grado y por confirmación integral en la de segundo, que solamente glosó aquélla en lo referente al agravante específico 4ª del artículo 324, para suprimirlo; y asumidos en su contenido y alcance, en forma global en las sentencias de las instancias, sólo que se los interpretó como demostrativos, precisamente, de la ausencia de la circunstancia atenuante en el acusado: de los testimonios de Cubillos Maldonado y Alarcón admitió el juzgado calificador la demostración de que el denunciante "trató soezmente al sindicado", pero en su juicio valorativo el funcionario consideró ese hecho insuficiente para que éste atentara contra la vida del primero. Fueron estos los testigos que relataron ese episodio componente de la secuencia de los sucedidos la noche de los hechos, así aparece a folios 149, 150 y 158 del cuaderno principal número uno, porque los restantes deponentes: Rodríguez, Caballero, Sánchez y Hernández a lo que hicieron alusión fue al carácter irascible del denunciante porque en ocasiones anteriores trató de agredir con arma de fuego a dos de ellos (fl. 151 cd. *id.*) lo cual, en verdad para el caso concreto no contribuía a variar la imputación.

El Tribunal al conocer por apelación la resolución acusatoria, descartó la atenuante del artículo 60 al considerar que "el comportamiento que él (el acusado) observara fue precisamente provocado por el propio victimario, según lo comentado por los testigos presenciales ya nombrados" (fl. 13 cd. Tr.), y tales habían sido Cubillos, Maldonado y Alarcón, y estas deponencias pasaron con su misma interpretación y alcance a la sentencia integrada: el Juez Superior advirtió, en clara alusión al material probatorio de que se habla -aunque hubiera sido deseable su reiteración específica para evitar equívocos como el que parece padecer el distinguido demandante- que: "de autos se desprende la presencia de una discusión, de un agravio verbal entre dos compañeros de trabajo; sin que existiese fundamento alguno para que el procesado desenfundara su arma para descargarla contra la humanidad del otro, y menos aún en la forma como lo hizo, ya que la alteración era mutua y tal como lo expresan quienes departían con éstos (que son las mismas personas a quienes se viene haciendo referencia, aclara la Sala) no hubo el más mínimo acto de agresión física por parte de la víctima..." (fl. 320 cd. ppl.); mientras que el Tribunal señaló, desechando el planteamiento defensivo de haber obrado el acusado en el estado de ira del artículo 60 del C.P. que esos mismos testimonios descartaban esta posibilidad, porque de ellos se deducía "cuál fue la intención de aquél (el acusado) al momento de accionar el arma" (fl. 39 cd. Tr.), y más adelante advirtió que apenas si podía abonársele la reacción como atenuante genérica (fl. 40).

Claramente se observa entonces, la falta de veracidad de la acusación: los testimonios que según el actor daban cuenta de la circunstancia diminuente en referencia,

si fueron apreciados por los falladores desde incluso la resolución acusatoria, y constituyendo ésta con el fallo una unidad lógica inescindible dentro del proceso por su interrelación causa-efecto, bien puede tenerse por abundante la evaluación de tales medios de prueba. Pero también, con la misma claridad emerge el desvío de la censura hacia un punto inadmisible en sede de casación: el de la credibilidad.

Busca el profesional, al glosar como inapreciados unos testimonios a los que el sentenciador no otorgó el mismo sentido y alcance que en su particular opinión tenían, que la Corte, desconociendo el principio de la sana crítica vigente para la prueba en materia penal, y sin que exista error alguno de los que se ocupa el recurso de casación, reexamine el acervo probatorio y le imprima la interpretación favorable que a sus ojos de interesado debiera tener.

Pretensión de esa naturaleza choca con el ordenamiento jurídico, y sostenida aun en la oportunidad de recurrir en casación creando falsas expectativas en el procesado para quien la esperanza de un mejoramiento de su situación permanece hasta el último momento, desconoce la seguridad de los fallos judiciales por la doble presunción de veracidad y acierto de que están precedidos.

Fallido también este cargo, se decidirá de conformidad.

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 expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cumplase.

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 E. Cortés Garnica, Secretario.

FRAUDE PROCESAL

No basta con la simple concesión de un poder para que se estructure el delito de fraude procesal. A la par con él, deben existir la intención y voluntad de cometer el engaño. En otras palabras, debe conocer sin hesitación alguna, que los hechos que pone en conocimiento de los jueces no corresponde a la realidad o que las pruebas aportadas no reflejan la verdad de lo demandado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7399

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M*

Aprobado Acta número 69.

Santafé de Bogotá, D. C., 24 de agosto de 1993.

Vistos

Decide la Corte sobre la demanda de casación interpuesta por el apoderado de Iván Alfonso Riveira Acosta contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el dieciséis (16) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992), que revocó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Séptimo (7°) Penal del Circuito de la misma ciudad, disponiendo en su lugar, condenarlo a la pena principal de cos (2) años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de falsedad documental en concurso con fraude procesal, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la sanción principal y al pago de $11.208.915.49 más la corrección monetaria en favor de Dislicores Ltda., Incolsa Ltda. e Iván Tarud María. Se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional en las condiciones anotadas en el fallo.

Hechos

El Tribunal hizo el compendio en forma acertada. La Sala cita sus palabras:

"De conformidad con la *notitia criminis*, Iván Pedro Tarud María en su calidad de persona natural, representante legal de la sociedad Dislicores Ltda. y gerente suplente

de Incolsa Ltda. otorgó el trece (13) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) a favor del Banco de Bogotá un pagaré en blanco y suscribió la correspondiente carta de autorización en formato preimpreso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 622 del Código de Comercio, en la que se consignaron los hechos por los cuales debía llenarse y la forma de hacerlo. Agrega que por tal razón el pagaré no podía ser llenado con una suma de dinero arbitraria, sino con el resultado de las deudas que estuvieren pendientes de pago por parte de los obligados al momento de llenarse el mencionado título valor. Explica que las deudas a cobrar no serían determinadas por las simples palabras del banco, sino que deberían determinarse por un resultado matemático, con base en documentos que demostraran el origen de cada uno, los cuales deberían acompañarse al pagaré. Afirma que el banco llenó el mencionado documento con una suma arbitraria, y con base en él, instauró una demanda ejecutiva, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito. Especifica que en el título valor se consignó una obligación por valor de $21.385.291.12, incluyendo intereses liquidados en un período inferior a un año, que a su vez se sometieron a intereses del 48% anual. Califica este procedimiento de cobrar intereses sobre intereses como tipificante del delito de usura.

Expresa que la cantidad cobrada no consulta ni con el agravante de la usura, la suma que se pretende de los emisores del título, ya que con la demanda sólo se acompañaron la Carta de Crédito número 3659, de enero 23 de 1986, por valor de $397.650.50 y la número 3647, por $8.6.6.729.25 del día dos (2) del mismo mes y año. Explica que las mismas cartas de crédito mencionadas anteriormente someten al Banco de Bogotá a un requisito específico para ser pagadas: que la mercancía del negocio subyacente sea remitida a las bodegas de Almaviva en Barranquilla, ubicadas en la vía 40 No. 54-178 a órdenes del Banco de Bogotá sucursal de Barranquilla. Manifiesta que este requisito no se cumplió y sin embargo, la entidad crediticia, pagó las cartas aduciendo discrepancia, "una figura que no existe en el derecho comercial". Indica que no se dieron las condiciones para que las sumas correspondientes al valor de las cartas de crédito integraran el pagaré, no obstante lo cual, así lo hizo el Banco de Bogotá falseando el contenido del documento "presentado a la justicia civil sin soportes contables dónde apoyar la suma resultante e induciendo a la Jueza Sexta Civil del Circuito en error".

Sostiene que el Banco de Bogotá recibió el pagaré en blanco el trece (13) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y lo dotó de fuerza probatoria el veinte (20) del mismo mes y año cuando como tenedor en debida forma, pagó el valor del impuesto de timbre nacional, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2ª de 1976. Agrega que posteriormente y ante la obligación de llenar el pagaré el día de la emisión, utilizando la modalidad "a la vista", y ante la circunstancia de que al ser emitido automáticamente quedó vencido y en blanco, le llenó los espacios en blanco con créditos que al momento de la emisión no se habían causado y procedió a agregarle un adendo: "Se emite el presente pagaré en Barranquilla el día 30 de abril de 1987, o sea dos años después de haber sido emitido y vencido en blanco". Explica que por este medio se falseó la fecha de emisión, "que al coincidir con la fecha de vencimiento sin que se hubiere llenado por ausencia de créditos, dejaba el pagaré inutilizado para ser usado como título valor:".

Actuación Procesal

Esta vez la síntesis pertenece a la Delegada. Escúchesele:

"El Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Barranquilla inició la correspondiente investigación, vinculando mediante indagatoria a Iván Alfonso Riveira Acosta, quien al momento de llenarse el pagaré se desempeñaba como gerente de la sucursal del Banco de Bogotá en Barranquilla.

Tanto en la indagatoria inicial como en sus ampliaciones, Riveira Acosta admite que ante el incumplimiento contractual de Incolsa yDislicores, tomó la determinación de proceder al cobro ejecutivo de las deudas, pero aclarando que "no intervino en llenar los espacios en blanco que aparecen mecanografiados en el pagaré" (folio 46v. cuaderno 1).

Durante la etapa instructiva se recaudaron importantes elementos probatorios de naturaleza documental, tales como las cartas de crédito referenciadas en el acápite anterior, otras relacionadas con las cuentas corrientes de Dislicores Ltda., el original del pagaré tachado de falso, fotocopia de la carta de instrucciones para llenar dicho título valor, otros documentos con los cuales se demuestra el recibo de mercancías en las bodegas de Almaviva y los certificados de existencia y representación legal de las entidades involucradas en el proceso civil, entre otros.

Igualmente rindieron testimonio varios empleados y exempleados del Banco de Bogotá , así como también lo hicieron algunas personas que laboran en Incolsa y Dislicores Ltda.

En desarrollo de este trámite procesal se allegó al plenario un dictamen pericial, elaborado por el Contador Público Leonardo Rangel Sosa, quien después de exponer múltiples razones y argumentos de naturaleza técnicas, concluye que el pagaré debió llenarse por la suma de $10.276.335.63 y no por $21.385.251.12.

El cinco (5) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) el Juez instructor califica por primera vez el mérito del sumario decretando en este momento una reapertura de investigación. El veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991) lo calificó nuevamente, dictando ahora resolución acusatoria contra Iván Riveira Acosta por el delito de falsedad en documento privado. Esta decisión fue apelada por el defensor del procesado, y resultó finalmente confirmada por el Tribunal Superior de Barranquilla, quien determinó que el llamamiento a juicio debía hacerse por los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal.

Agotada la etapa del juicio, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, profirió sentencia absolutoria en favor de Riveira Acosta, aduciendo la atipicidad de las conductas por las cuales fue enjuiciado, y la falta de elementos probatorios sólidos para fundamentar una eventual responsabilidad penal.

Según el *a quo* la primera razón por la cual el pagaré ha sido tachado de falso radica en que habiendo sido creado el trece (13) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y dotado de fuerza probatoria el veinte (20) del mismo mes y año, por haberse pagado en esa fecha el impuesto de timbre, se le colocó como fecha de emisión la del treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), después del texto

tipografiado y por encima de la firma de los otorgantes, desatendiendo las funciones de la carta de instrucciones.

Sin embargo, considera el juzgador de primer grado que ello no constituye falsedad, pues la carta de instrucciones dispone que el Banco queda facultado para colocarle al título valor la modalidad a la vista y que la fecha de emisión será la del día en que decida llenarlo. De lo anterior se colige, que el pagaré suscrito en blanco fue llenado siguiendo estrictamente las órdenes impartidas por los firmantes, por lo tanto, no es de recibo que se aduzca como fecha de emisión la del 20 de noviembre de 1985, día en que se presentó a la administración de impuestos, con el fin de satisfacer una exigencia administrativa, pues en tal fecha el citado documento carecía de suma alguna y de fecha de vencimiento, razón por la cual, no reunía los requisitos que las normas pertinentes requieren para que dicho documento adquiera la calidad de negociable.

En criterio de este juzgador no constituye una irregularidad, jurídicamente relevante el hecho que se haya colocado la fecha de emisión después del texto preimpreso y antes de la firma del suscriptor, pues es costumbre que allí aparezca por falta de espacio al inicio y carecer de sentido en los intermedios, sin que se pueda prescindir de ella, por ser indispensable para el perfeccionamiento del título valor.

Agrega que la ley colombiana no señala un término perentorio dentro del cual deben llenarse los títulos valores en blanco. La Ley 46 de 1973 dice que deben llenarse en un término razonable y el Código de Comercio preceptúa que antes de ser presentado para el ejercicio del derecho que en él se incorpora. El pagaré en blanco es una mera expectativa, con posibilidad de convertirse en título valor una vez emitido o completado. Es decir, que el instrumento se considera emitido cuando se pone en circulación integrado con todos sus elementos, lo que en el caso *sub examine* ocurrió el treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), varios meses después de su entrega en blanco.

Finalmente argumenta el juez de primera instancia que aun aceptando que existió una falsedad en este punto, ella no sería imputable a Riveira Acosta, pues del testimonio de Dagoberto Carvajal se colige que el Banco de Bogotá cuenta con un departamento jurídico y una serie de abogados encargados de estudiar estas materias y que para el caso se recurrió a ellos, y sugirieron la inclusión del término "se emite". De tal manera que mal se puede responsabilizar al gerente, de existir un error en ello, máxime cuando no posee los estudios que se exigen en cada una de las materias.

Con relación a la cuantía que se le colocó al pagaré tampoco encuentra el juez *a quo* ninguna falsedad. Aclara que el título valor respalda cuatro créditos documentarios y un sobregiro y que sobre los tres primeros créditos documentarios no existe reparo alguno, pues la discrepancia se encuentra en la liquidación efectuada con relación al crédito número 4 y al sobregiro.

El banco consideró que por concepto de este crédito se le debían $10.467.659.60, incluyendo los intereses. Este dato no coincide con el del perito contable quien considera que dicho crédito sólo asciende a la suma de $3.092.495.00.

Igual disparidad se presenta con relación al sobregiro de la cuenta corriente de Dislicores Ltda., que según el banco asciende a la suma de $7.042.700.42, y de

conformidad con el dictamen pericial, la suma debida sobre éste último rubro se estima en $3.208.912.53.

Para este juzgado, el cobro de la Carta de Crédito número 4 (170-2-3647) no aparece indebido, toda vez que en el expediente obran las facturas números 1165 y 1169, las cuales acreditan que la mercancía salió de la Fábrica de Licores del Tolima y se recibió a satisfacción en Incolsa Ltda. Además, existe en el expediente una autorización suscrita por Ingrid Támara, gerente de Dislicores Ltda., en la que indica al Banco de Bogotá que es procedente el pago de esta carta de crédito por cuantía de $8.614.569.60 y adicionalmente la señora Támara indicó en su declaración que este escrito fue consultado previamente con Iván Pedro Tarud, incluso se cuantía, sin que objetivera reparo alguno.

Para el Despacho no es aceptable que el Banco no pudiera cancelar el valor de la carta de crédito a la Fábrica de Licores del Tolima, por el hecho de que fue Dislicores Ltda y no Incolsa la que ordenó dicho pago, o por no haberse recibido la totalidad de las mercancías en las bodegas de Almaviva. Considera el *a quo* que Incolsa y Dislicores son la misma cosa con distinta razón social, y además ese pago aparece avalado por el señor Tarud María, representante legal de estas empresas. De esta manera que, habiendo realizado el pago de la carta de crédito, le asiste todo el derecho para cobrar el valor desembolsado.

Estima luego que de encontrarse algún indicio del delito en estos hechos, la persona directamente cuestionada debió ser Teodoro Múnera, gerente que antecedió a Riveira Acosta, pues fue en su gestión cuando se otorgaron y liquidaron estas obligaciones; de lo cual se colige que la cifra anotada en el pagaré estaba establecida antes de la llegada del procesado a la gerencia del Banco.

El juzgado encuentra una suma no acorde con el contrato de sobregiro y obedece, en su criterio, a que se llevó a este rubro los intereses producidos por concepto de cartas de crédito, lo que ocasionó un cobro de intereses sobre intereses; liquidación que tuvo ocurrencia durante la gestión de Múnera Herrera, sin que aparezca prueba en el proceso de que por parte de los deudores se hubiera presentado reclamación de conocimiento de Riveira Acosta.

Al final de la providencia el *a quo* aclara que el delito de falsedad en documento privado, por requerir un uso de parte de quien lo falsifica, no concursa con el fraude procesal, pues este concurso es sólo aparente y debe resolverse a favor del primero, que es una figura de mayor riqueza descriptiva y sancionado con más penalidad.

Concluye entonces que Riveira Acosta debe ser relevado de toda responsabilidad penal, toda vez que no existe prueba que lo incrimine como autor de unos hechos, que según su criterio, pueden considerarse atípicos.

Esta decisión fue apelada por la parte civil, y el Tribunal Superior de Barranquilla la revocó, considerando a Riveira Acosta como autor responsable de falsedad en documento privado y fraude procesal.

Con relación a la materialidad de los ilícitos, considera esta Corporación que se encuentra plenamente probado que el pagaré quedó legalmente emitido el veinte (20) de

noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), día en el cual se pagó el impuesto de timbre en la Administración de Impuestos Nacionales.

Dice que, sin embargo, el Banco le colocó como fecha de expedición de la del treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), para darle eficacia jurídica a un documento que carecía de ella. Agrega que está plenamente probado que en dicho espacio no se podía colocar una segunda fecha de emisión, pues Samuel González Páez, Gerente de zona del Banco de Bogotá, señaló en su declaración que el espacio que sigue al espacio tipografiado en el pagaré está destinado a la firma de los otorgantes. Y además, el manual de funciones del Banco de Bogotá establece "que cuando se cometen errores que den lugar a enmiendas en el cuerpo del instrumento, las correcciones se harán al final del mismo, transcribiendo entre comillas la parte que se enmienda y agregando a continuación la palabra "vale".

En cuanto a la cantidad de dinero que se colocó en el título valor, considera el Tribunal *ad quem* que ésta no corresponde a la realidad, puesto que existe en el proceso un dictamen pericial rendido por el Contador Público Leonardo Rangel Sosa, el cual, después de hacer un pormenorizado análisis de los anexos aportados por el Banco de Bogotá, llega a la conclusión que el mencionado pagaré debió llenarse por la suma de $13.208.915.49 y no por $21.385.271.12. La pericia detalla las siguientes inconsistencias: el crédito documentario número 170-2 3643 es por $3.092.492 y no por $10.467.659.60, para una diferencia de $7.375.167.60; y el sobregiro a la cuenta corriente número 170-08533-6 es por $3.208.912.53 y no por $7.042.700.42, para una diferencia de $3.833.787.89. El Tribunal le da plena credibilidad a ese dictamen y considera que constituye la prueba fundamental de la adulteración de la verdad.

Añade que también se encuentra probatoriamente establecido que al entablarse proceso ejecutivo con el pagaré falsificado se indujo en error al Juez Civil del Circuito, quien libró mandamiento de pago por una suma superior a la realmente adeudada, lo cual constituye una decisión contraria a la ley.

La sentencia de segundo grado es enfática en afirmar que el autor responsable de estos hechos es Iván Alfonso Riveira Acosta, gerente del Banco de Bogotá en Barranquilla en el momento en que se llenó el cuestionado pagaré.

Ello es así porque el procesado manifestó en su indagatoria que cuando tomó la determinación de hacer el cobro ejecutivo de estas deudas, se basó en las instrucciones que tienen los manuales internos del banco, es decir, reconoce que practicó y obviamente dio las correspondientes instrucciones para llenar los espacios en blanco del pagaré, al cual se le colocó una cantidad de dinero muy superior a la adeudada. En la misma diligencia Riveira Acosta dice ser banquero de profesión y administrador de empresas, lo que demuestra su conocimiento en la materia, por lo cual tiene conocimiento de las normas que regulan el otorgamiento de pagarés y la forma como deben llenarse los espacios en blanco.

Agrega el juez de segundo grado que existen otras pruebas que comprometen la responsabilidad de Riveira, entre ellas, la declaración de Cristian Rojano Avila empleado de cartera del banco, el cual indicó que la orden de llenar los espacios en blanco de un pagaré, proviene de la Gerencia. Existe además una comunicación dirigida

por el procesado a Rafael González Trillos, contralor de esa entidad en Bogotá, en la cual se le informa sobre la carencia por parte del banco del título ejecutivo para cobrar cuatro cartas de crédito a Distilcores, y a su vez le solicita que adelante los trámites ante la Superintendencia Bancaria con el objeto de obtener uno. Para el Tribunal este hecho evidencia que el procesado tenía conciencia de la apocrifidad del pagaré utilizado como título ejecutivo y por eso dudaba de su eficacia judicial.

Señala la Corporación que adicionalmente reposan en el plenario unos documentos en los cuales el procesado autoriza liquidar intereses sobre intereses, no obstante conocer la prohibición emanada de la Superintendencia Bancaria al respecto. Con fundamento en estas notas débito construye otro indicio de responsabilidad.

Por último, también obra en el expediente una certificación de la Superbancaria la cual demuestra que Riveira comenzó a ejercer el cargo de representante legal del Banco de Bogotá en Barranquilla, a partir del cuatro (4) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987), o sea, que el pagaré se llenó bajo su responsabilidad.

Igualmente el poder otorgado a un abogado para que instaurara el correspondiente proceso ejecutivo, fue conferido por él, como representante legal de la entidad crediticia mencionada, lo cual, según el Tribunal, lo incrimina como autor del delito de fraude procesal.

En criterio del juez de segunda instancia, el testimonio rendido por el abogado Dagoberto Carvajal Castro, quien hace algunas apreciaciones que pueden favorecer al procesado, no se debe considerar como un verdadero testimonio en el sentido ontológico de la expresión, sino como un concepto técnico que debe apreciarse con la debida reserva, por provenir del apoderado judicial del banco.

En este orden de ideas, concluye el *ad quem* que existe plena certeza sobre la responsabilidad penal de Iván Riveira Acosta y en consecuencia debe responder como autor responsable de falsedad en documento privado y fraude procesal".

La Demanda

Con fundamento en el segmento final de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente presenta varios errores de hecho que, a su juicio, cometió el fallador de segunda instancia al proferir su fallo. Metodológicamente, los formula dentro del ámbito de cada delito en particular, como en seguida se verá:

1. Falsedad en documento privado

Expone dos razones como fundamentales para demostrar que por fuerza debía haberse proferido sentencia absolutoria. La primera, radica en no haber intervenido en la falsificación del pagaré; la segunda, el haberle dado a varios medios probatorios un alcance que no tienen y a los otros, haberlos dejado de apreciar.

1.1 *Testimonio de Cristian Rojas Avila*

Según sus palabras, se cometió un falso juicio de identidad al tergiversarlo y distorsionarlo, al hacerle producir efectos probatorios que no tiene. Según el Tribunal

esta deposición apuntaba a demostrar la responsabilidad del imputado por cuanto afirma que las órdenes de llenar espacios en blanco de un pagaré, provienen de la gerencia. Sin embargo, continúa el censor, para que este mandato sea constitutivo de instigación, "...sería necesario que se estuviese creando en las personas encargadas de complementarla, el *dolo* de realizar un hecho punible *determinado*".

Ahora bien -prosigue el demandante- si se tiene en cuenta que el instigador debe crear la resolución delictiva mediante influencia psicológica, que el ilícito que se instiga debe estar determinado, y que se exige de aquél un doble dolo, al leer la declaración en referencia se concluye que el gerente no estaba influyendo sicológicamente sobre las personas encargadas de llenar los espacios en blanco para que faltara a la verdad en la narración de los hechos. Únicamente existió "...una manifestación de voluntad emitida en el ejercicio normal del cargo, sin ningún contenido doloso...". Por ello, el deponente habla en abstracto de que la dicha orden se imparte a nivel de gerencia. Una apreciación integral de la declaración da como conclusión "...que este testigo no tenía el menor conocimiento acerca de los hechos que son objeto de la investigación, circunstancia que de por sí excluye que tal declaración pueda ser tenida como prueba de responsabilidad".

1.2 *Testimonio de Dagoberto Carvajal Castro*

También al decir del actor, hubo una tergiversación y distorsión pues el Tribunal lo descalifica "...sosteniendo que no se trata de un relato ontológico, sino de un testimonio técnico que cuenta con un reducido valor probatorio por provenir de uno de los abogados del Banco de Bogotá...". No obstante, su dicho se contrae a "...hechos relevantes, particularmente en lo que atañe con el estudio jurídico por él realizado y el concepto, acogido por el banco, se incorpora en el pagaré la exoresión 'se emite'..., aspecto que ha sido considerado en el análisis de la tipicidad de la falsedad y que se ha imputado, equivocadamente, a Iván Alfonso Riveira".

A continuación, transcribe una parte del testimonio, en el que brinda detalles sobre las circunstancias que rodearon la hechura del pagaré (estudio por el departamento jurídico y sugerencias propias) lo que indica "...que *conoció por percepción directa los hechos*...", proporcionando datos que descartan la participación del procesado en el delito de falsedad que se le imputa, ya que afirma que personas distintas a Riveira fueron quienes efectuaron la liquidación del crédito y determinaron la manera como debía llenarse el pagaré.

1.3 *La inversión del imputado*

Como los anteriores, de nuevo la tergiversación y la distorsión signan la tarea del Tribunal al estudiar, esta vez, el dicho del procesado. Aunque ratifica simplemente la competencia para disponer el cobro ejecutivo de una obligación, de acuerdo con los manuales internos del banco, esta respuesta da pie al Tribunal para adverar que el encartado "...reconoce que participó y obviamente dio instrucciones para llenar los espacios en blanco del pagaré...".

1.4 *La prueba indiciaria*

En esta ocasión el Tribunal tergiversó y distorsionó el alcance de cuatro hechos indicadores.

1.4.1 *Primer indicio*

Dos años después de iniciarse el proceso ejecutivo, Riveira expide una certificación sobre la carencia de título ejecutivo para cobrar las cartas de crédito otorgadas a Disliceres Ltda. Tomando este suceso como indicador, el Tribunal infiere que el gerente conocía la falsedad del título valor y su ineficacia. Sin embargo -según el demandante- el proceso aportaba tres "contraindicios" que desvirtuaban este hecho indicador y su objetividad.

En primer lugar, no es cierto que el banco "...no contara con título ejecutivo para lograr la cancelación por la deuda, pues existía una carta de los deudores en la cual se autorizaba a la entidad para llenar el pagaré por las sumas que el banco hubiere desembolsado para cubrir acreencias de Iván Pedro Tarud María, Disliceres Ltda. e Incolsa Ltda.". En segundo lugar, existía un mandamiento ejecutivo dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Barranquilla, y, por último, el que se hubiese pretendido conseguir otro título ejecutivo, dos años después de presentado el pagaré para su exigibilidad, no es indicio de que al momento del cobro se tuviese certeza de la inidoneidad del mismo. El tiempo transcurrido fue muy amplio y durante el, la parte demandada pretendió desconocer la legitimidad del título valor. Esto implica, según el censor, el porqué el banco a su vez trató de reforzar los medios probatorios que condujeran a la demostración de la deuda exigible. Así las cosas, el no haber valorado estos contraindicios que se oponían a la "objetividad" del hecho indicador, se le dio al indicio "...una fuerza demostrativa que no tenía".

1.4.2 *Segundo indicio*

Se fundamenta en la firma de las notas débito hechas por el gerente del Banco de Bogotá autorizando a cobrar intereses sobre las cartas de crédito. "La prueba documental sobre las notas débito se toman (sic) como fuerte para probar que el gerente autorizaba cobrar intereses sobre intereses".

Según el actor, para llegar a esta conclusión, sería necesario demostrar que "...la firma de estas notas débito suponía, necesariamente, la autorización de cargar con un interés compuesto las obligaciones a cargo de los cuentacorrentistas y en favor del Banco". Sin embargo este hecho indicador "...no cuenta con el poder demostrativo que le fue asignado". Además existe un contraindicio que surge de la misiva dirigida por Disliceres al Banco de Bogotá [septiembre seis (6) de mil novecientos ochenta y seis (1986)] en la que menciona la existencia de sobregiros y su intención de cancelarlos en un mediano plazo. La existencia de estos sobregiros permite concluir que el procesado, en el giro ordinario de sus funciones, autorizaba notas débito en relación con dichos sobregiros, por lo que no tenía "...porque suponer que al través de uno de ellos se estaba generando un interés compuesto no autorizado en contra de la misma empresa".

1.4.3 *Tercer indicio*

Esta vez el hecho indicador -según el Tribunal- se yergue sobre la afirmación del procesado de haber cursado estudios de Administración de Empresas en la Universidad del Norte. Por tanto, "...sabía que se estaba liquidando mal el crédito y que tenía conciencia de que se estaba llenando el pagaré de una manera no acorde con la carta de instrucciones". Magno, la Colegiatura no estableció si en verdad era función propia del

gerente efectuar personalmente la liquidación de los créditos y llenar los pagarés en blanco y si en verdad el procesado fue quien efectuó las operaciones propias de la liquidación del crédito y llenó los espacios en blanco del pagaré. Si se hubiere demostrado esto, "...habría sido posible suponer que, en razón de su experiencia, Riveira Acosta incorporó conscientemente sumas erróneas en el pagaré".

Todo se debió -en sentir del casacionista- a un análisis fragmentario de la injurada, pues en ella se advierte que Riveira no fue quien efectuó la operación de liquidación del crédito ni quien llenó el documento en blanco. A lo sumo, concluye, habría podido afirmarse que el encartado obró culposamente, al no tener el suficiente cuidado de revisar la liquidación, pero jamás podría suponerse su participación material.

1.4.4 *Cuarto indicio*

Es de oportunidad -según el *ad quem*- y consiste en ser el sentenciado el representante legal del Banco de Bogotá en la sucursal principal de Barranquilla. No obstante, al tomar dicho suceso como tal, el fallador de segunda instancia incurrió en un manifiesto error, aplicando de paso proscritos criterios de responsabilidad objetiva, pues infirió que bastaba esa representación legal para "...asumir como actos propios todas las gestiones concernientes con la sucursal que gerenciaba".

1.5 *Falsos juicios de existencia*

1.5.2 *Declaración de María Hilda Inés Monteya*

El Tribunal la ignoró pese a ser la Jefe de Operaciones y Cartera del Banco de Bogotá en Barranquilla. El censor recuerda su manifestación enfática sobre la ajenidad de Riveira en la liquidación del monto de las cartas de crédito, y su aclaración de que el pagaré fue llenado en el departamento de cartera.

1.5.1 *Declaración de Freddy Enrique Raquet de la Hoz*

Tampoco fue tenida en cuenta por el sentenciador de segundo grado pese a que reitera lo dicho por la anterior declarante, acerca de la dependencia encargada de liquidar los créditos y llenar los espacios en blanco de los pagarés entregados en garantía por los deudores del banco: el departamento de cartera, deposición que descarta de manera categórica la participación del procesado en los hechos que se le imputan.

2. *El fraude procesal*

Asegura el demandante que la sentencia impugnada descansa sobre dos pilares fundamentales: la intervención de Riveira en la falsedad del pagaré y el poder que le otorgara a un abogado para que instaurara el proceso ejecutivo con el documento falsificado. Sobre el primer punto se remite a su argumentación detallada en precedencia. En lo que se refiere al segundo, dedica las próximas líneas a demostrar que ello no implica autoría o participación en un fraude procesal.

De tal manera, considera que el Tribunal tergiversó y distorsionó el sentido del dicho mandato dándole un alcance que no tiene, al tomársele como prueba incriminante del fraude procesal. Así, debe tenerse en cuenta que el poder habla de iniciar y tramitar un proceso de mayor cuantía "...a fin de obtener por la vía ejecutiva el pago de obligaciones a su cargo contenidas en un título valor...". Así mismo, que la concesión

de un poder "...puede tomarse como un acto material de intervención en el proceso que da origen al fraude procesal, pero no sirve como prueba para demostrar los otros requisitos exigidos en el plano de la autoría y participación: la *identidad del tipo*, es decir en conciencia (dolo) de que se interviene en la realización del hecho punible concreto.

De otra parte, continúa el censor, del escrito podría inferirse una instigación si implicara una influencia psicológica determinante para que el abogado tergiversara la verdad en el texto de su demanda y a través de ese mecanismo indujera en error al Juez. Sin embargo, en este mandato no está dando la orden para que se distorsione la realidad con el fin de que el Juez produzca una decisión contraria a la ley. Además, como quiera que en la coautoría y la complicidad se exige el conocimiento del fin delictivo de la lectura del documento "...no puede concluirse (ni siquiera indiciariamente) que el gerente tenía conocimiento de que estaba interviniendo en una actividad ilícita. De él sólo puede desprenderse un *aporte material al hecho*, pero jamás que tuviera conocimiento de estar interviniendo en un hecho prohibido".

3. *Incidencia de los errores*

Según el casacionista, el juicio de reproche que se eleva a su defendido se fundamenta en la intervención operativa que tuvo en los trámites del cobro ejecutivo; sin embargo, esto hacía parte de sus funciones como gerente de una sucursal del Banco de Bogotá -según el manual de funciones- correspondiéndole decidir si procede exigir la obligación, disponiendo que el pagaré sea llenado por el departamento de cartera, conforme lo dispone el manual de instrucciones.

Así, las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal "sólo demuestran que Riveira Acosta optó por realizar el cobro ejecutivo ante la evidencia del incumplimiento del deudor, pero no señalan en manera alguna, que el procesado liquidara y llenara personalmente el pagaré u ordenara liquidarlo y llenarlo incluyendo sumas no adeudadas". Además, itera el actor, el Tribunal insistió tercamente en su yerro al dejar de considerar pruebas que predicaran conclusiones diferentes, como la declaración de María Montoya, quien en la audiencia explicó el mecanismo de llenado de los espacios en blanco de un pagaré, sosteniendo que tal operación corre por cuenta del departamento de cartera, mediante un proceso sistematizado que involucra también a los departamentos jurídico y de contabilidad.

En lo que se refiere a las notas débito, también considera que fue desacertado el Tribunal al considerar como hecho indicador su contenido para predicar una indebida liquidación de intereses, asumiendo la existencia del dolo consiguiente. Empero, aquellas "...solo denotan que se autorizó por el gerente hacer un cargo a la cuenta corriente de Disticores conforme a los trámites de un sobregiro; no se dice allí que se autoriza liquidar intereses sobre intereses, ni que se liquiden los intereses de los sobregiros por encima del monto autorizado...". Por tanto, con la errática interpretación de esta prueba, el Tribunal efectuó una equivocada asignación de responsabilidad, es la conclusión del demandante.

Lo propio afirma de la declaración de Dagoberto Carvajal, carente de valor probatorio, según el sentenciador, no obstante señalar de manera inequívoca que Riveira no participó en la liquidación del crédito, dándole la connotación de "interesado", pese

a que el llenado en blanco de los espacios del pagaré fue realizado por personas distintas al gerente y sin instrucciones suyas. También, el haber ignorado lo dicho por Carvajal; impidió que se desvirtuara la presunta responsabilidad del inculpado en el ilícito investigado. Igualmente incidió en la decisión condenatoria, el tomar como prueba de responsabilidad el poder que Riveira le otorgara al abogado Carvajal para que en nombre del Banco emprendiera el cobro judicial de la obligación vencida pues de no haber sido así, el fallo necesariamente habría sido confirmatorio de la absolución impartida en primera instancia pues del contenido del poder no se derivan instrucciones u órdenes para inducir en error a un funcionario judicial, ni para acudir al cobro de un crédito no debido o no vencido.

4. *El sustento de la sentencia impugnada*

El recurrente finaliza su intervención brindando a la Sala un panorama integral del fallo en cuestión, analizando las probanzas que sirvieron de sustento para proferir sentencia condenatoria, indicando que ellas no sirven sino para demostrar o bien negociaciones anteriores al ejercicio del cargo de gerente por parte de Riviera, o apenas la tipicidad que por constituir uno de los elementos del hecho punible no hace posible proferir una sentencia condenatoria o contienen imputaciones genéricas, o no tienen ninguna incidencia procesal.

Alegato de la Parte Civil

Solicita de la Colegiatura no casar el fallo recurrido por estar ajustado a la ley y al derecho, presentando de entrada una dilogía que marca la demanda de casación presentada pues al tiempo que sostiene la existencia de un error sobre el tipo respecto de la conducta del procesado, plantea un problema de causalidad, "... al presentar a su defendido como totalmente ajeno a la incurrencia en reato", aunque admite que como el libelista no profundiza sobre el primer aspecto, se ha de entender que su crítica se centra en lo atinente a la culpabilidad "...o más exactamente, en la falta de causalidad".

A continuación, concreta su pensamiento analizando las diversas pruebas que, al decir del casacionista, fueron objeto de tergiversación y distorsión por el sentenciador. Según su parecer, "no es posible imaginar siquiera que en el ámbito reducido del Banco de Bogotá (Oficina de Barranquilla), las cosas pasaran por desapercibidas al señor gerente, máxime tratándose de operaciones por sumas millonarias". Más adelante, tilda de sospechosa la declaración del abogado externo del banco, Dagoberto Carvajal, tal y como la consideró el Tribunal, pues no puede aparecer "...como testigo de hechos en que ha dado consejo y en los que ha fundado sus demandas...".

En lo que se refiere al propio Riveira, destaca cómo en la indagatoria reconoce haber preparado un documento privado para que prestara mérito ejecutivo, colocando como fecha de emisión la del treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987) a pesar de que la verídica era el veinte (20) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), reconociendo, después, que junto a las deudas vencidas cobró un sobregiro más los correspondientes intereses que el Banco cobra por sus deudas, admitiendo tácitamente el cobro de intereses sobre intereses. También resalta que el propio Riveira declaró bajo juramento que la entidad bancaria no tenía título que prestara

mérito ejecutivo para obtener por la vía judicial el pago de las cartas de crédito a cargo de Dislicores Ltda. pues por tal, ha de entenderse, la certificación que en tal sentido expidió el procesado, de acuerdo con el artículo 278 del Código de Procedimiento Civil.

Destaca también el intento de Riveira para que la Superintendencia Bancaria certificara la deuda para darle respaldo al proceso ejecutivo, adverando que el valor a certificar por cupo era $2.614.569.60 y no de 48.616.729.25, "...suma que absorbe el pagaré". Ello lo lleva a concluir que el gerente estaba consciente de que el título contragarantía estaba adulterado en su cuantía ($21.385.291.12) y en su fecha de emisión y que si no encontraba respaldo en la entidad regente del sistema bancario, el título iba a ser cobijado por la prescripción, lo que indica la intención manifiesta de realizar el comportamiento que se le achaca. Queda en el aire -según el profesional- la alegada ausencia de nexo de causalidad y emerge la autoría dolosa del procesado.

A renglón seguido pasa a ocuparse de los testimonios que, según el censor, fueron ignorados en la segunda instancia y que tenían la capacidad de cambiar el curso de la decisión en favor de Riveira. Sobre María Montoya destaca su sospechosa ignorancia de quien, en últimas, fue quien llenó el pagaré, pese a que su vinculación con el Banco de Bogotá data de mucho tiempo atrás y a que su cargo de jefe de cartera, necesariamente la involucraba en las liquidaciones de los créditos cartulares. Por tanto, concluye el memorialista, el error del Tribunal no consistió en "...haber ignorado esta cadena de falacias, sino el no haberlas utilizado para reforzar la demostración de responsabilidad gerencial". En cuanto al dicho de Freddy Riquett de la Hoz, llama la atención sobre la transcripción que hace el casacionista de la parte que favorece a su defendido, callando sobre la que puede perjudicarlo puesto que este testigo manifiesta que la orden para diligenciar los claros del título valor puede provenir, entre otros empleados, del gerente de la oficina. Así las cosas, si en el evento *sub examine* no intervino el Auditor Regional ni el mismo testigo, "...por elemental proceso de eliminación, debemos concluir una de dos: o fue el Gerente o fue el Vicepresidente Regional...", y como quiera que nadie ha señalado la intervención de este último quien tiene asiento en la capital del país, el único que tenía la posibilidad de ordenar tal acción era Riveira.

En lo atinente a la prueba indiciaria, el representante de la parte civil, advierte, respecto del primero (certificación sobre la carencia de título ejecutivo) que una simple misiva autorizando llenar un pagaré no se equipara a un título valor ni se entiende incorporado a él, por lo que no es cierta la existencia de este "contraindicio", como lo pretende el censor. Lo cierto según sus palabras, era que el pagaré estaba caducado y durante el proceso civil fue redarguido de falso. Por lo tanto, el Banco no podía suplirlo con escritos o notas provenientes del deudor, y si bien existía mandamiento ejecutivo, también en el proceso civil se había excepcionado por caducidad y apocrifidad. Además, si bien el dolo debe ser concomitante con la realización de la conducta, el profesional se pregunta, "¿por qué, si el título exhibido era tan claro y legítimo, hubo necesidad de declararlo insuficiente? ¿y precisamente por quien lo suscribe como acreedor? En suma lógica Riveira no tenía porque perder la confianza en el pagaré, si desde un comienzo hubiera estado seguro de su eficacia".

En seguida, la parte civil se refiere al segundo indicio (autorización para liquidar los intereses capitalizándolos y contabilizándolos con el sobregiro) y el contraindicio que presenta la defensa (carta de Dislicores al Banco en la que habla sobre los sobregiros

y su intención de cancelarlos, lo que indica que si el gerente firmaba notas débito no tenía porqué suponer que se estaba generando un interés compuesto no autorizado). Destaca, entonces, que el demandante no se refirió a la carta del veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986) en la que Dislicores presenta reclamación por la reliquidación de los intereses corrientes en los sobregiros y sobre los intereses aplicados a las cartas de crédito. De igual manera, y para salirle al paso a la tesis del casacionista sobre que en ese tiempo Riveira no era el gerente, destaca la carta que éste le dirigiera a Dislicores, manifestándole que tanto el antiguo gerente como él estaban dispuestos a llegar a un arreglo, términos que no fueron aceptados por la firma comercial quien pidió que antes de cancelar la deuda debía reliquidarse la cuantía de las cartas de crédito. Ello indica, al decir del memorialista, que "...La gerencia desoyó las múltiples solicitudes, iteraciones y exigencias de poner remedio a la anómala situación contable, porque en su ánimo no había cabida para el deseo de ganancia retributiva, sino para la especulación tortícera".

Respecto al tercer indicio (Riveira es banquero de profesión y con estudios en administración y finanzas, por lo que sabía de la mala liquidación del crédito) y la crítica del defensor sobre la delegación de funciones para ello, el profesional explica que a Riveira no se le ha considerado como el autor material de la falsificación punible, sino como el autor mediato "...por utilización de un tercero inocente..." La iniciativa, por tanto, partió del procesado, quien tenía pleno conocimiento de las normas que regulan el otorgamiento de pagarés y la forma como deben llenarse los espacios en blanco, según la deducción del fallador. Por tanto concluye la parte civil- "...se cae por su base la afirmación de que Riveira obró culposamente, por falta de diligencia y cuidado en la revisión de los trabajos ejecutados en acciones subalternas y de que no existió la determinación de realizarlos de modo fraudulento".

A continuación se refiere al cuarto indicio (de presencia u oportunidad por ser Riveira el representante legal del banco, lo que demuestra que ordenó llenar el pagaré), que pretende desvirtuar la defensa alegando que se están aplicando proscritos criterios de responsabilidad objetiva, haciéndole asumir como actos propios todas las gestiones realizadas en la sucursal bancaria. A estas críticas responde el memorialista, con sorpresa, preguntándose si era que Riveira tenía vedado el acceso a algunas dependencias o se le podía negar información acerca de lo que en alguna de ellas ocurriera. Y aunque acepta la división de trabajo como producto de la eficiencia que debe regir una oficina bancaria, de todas maneras la experiencia enseña que las órdenes las emite quien está a cargo de la dependencia, debiendo obedecer el subalterno. En seguida se ocupa del indicio de móvil para delinquir, señalando que ante el comienzo de la caducidad mercantil y sin la prueba del pago del impuesto de timbre ajustado, con lo cual el documento carecía de valor probatorio, era inminente su prescripción, decidió el reo, superar estas eventualidades consignando una segunda fecha de expedición para darle eficacia jurídica al documento.

Después de estas reflexiones pasa a referirse al fraude procesal: habla de la utilización del pagaré adulterado ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla, la convivencia entre Riveira y el abogado Dagoberto Carvajal; la laxitud en el tratamiento dado por la justicia a este último; la actitud prevaricadora del dicho despacho judicial al proferir mandamiento de pago; la persistencia del fraude procesal por parte

de Riveira quien hasta el momento no ha manifestado que lo debido por cobrar no es la suma astronómica inserta en el pagaré desoyendo las instrucciones del propio Contralor General Regional del banco quien le expresó la necesidad de revisar las liquidaciones, para centrar luego su atención en el objeto de la discusión que no es solamente "...el signo de mandato para incoar acción ejecutiva...", sino también "...en el conocimiento prístino que Riveira tenía del hecho punible y porque quiso que mediante el ardid se obtuviera del Juzgado del Circuito una decisión contraria a derecho". Niega, por tanto, que el Tribunal hubiera incurrido en un falso juicio de identidad.

La relación o el nexo causal es la materia del siguiente tema a desarrollar. Así, señala la intervención directa del agente en los actos que se le imputan ya que "...desde la signatura de las notas débito hasta tiempo después de presentada la demanda, la función del gerente no es accidental... sino establecimiento sucesivo de hechos indicadores de participación psico-física con aportes decisivos en la producción de los resultados". Luego, finaliza su escrito refiriéndose a la teoría finalista, advirtiendo que el predicar una actitud omisiva del deber de cuidado para calificar el comportamiento de Riviera no es sino una buena estrategia defensiva pues es palpable y evidente "...que captó íntegramente el significado de su obrar nocivo, y, sin embargo, no quiso comportarse de modo diverso".

Estas las razones para pedir de la Sala el no casar la sentencia recurrida.

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

Luego de adherir a los argumentos expuestos por el recurrente, solicita de la Corte el desquiciamiento del fallo impugnado. En su momento, la Sala se referirá a espacio acerca de las inquietudes de su colaborador.

Siguiendo el orden dado por el casacionista a su libelo, la Delegada comienza por examinar los errores que el censor presenta referentes al delito de falsedad en documento privado. Se refiere, en primer término, a la tergiversación del testimonio de Cristian Rojano para darle la razón al demandante, pues el Tribunal concluyó erróneamente que el procesado determinó a algunos empleados del Banco para que consignaran datos falsos en el título-valor que posteriormente sería utilizado para iniciar el proceso ejecutivo contra Dislicores. Sin embargo, de una lectura atenta del testimonio se establece que el deponente se limitó a realizar unas apreciaciones generales y vagas al expresar que no conocía el caso concreto indicando que, ordinariamente, el gerente ordena que se completen los pagarés que se entregan en blanco como garantía, pero nada afirma de que, efectivamente Riveira dio la orden para este pago en especial.

También comparte la tacha en lo que se refiere a la declaración de Dugoberto Carvajal, pues en la sentencia se indicó que ésta no se puede considerar como un testimonio en sentido estricto sino como un concepto técnico con escaso valor probatorio. Sin embargo, de su examen se extrae que, por el contrario, sí se puede considerar como una deposición con efectos penales pues rindió su versión como tercero y bajo la gravedad del juramento y aunque es cierto que ofrece algunos conceptos jurídicos relacionados con títulos-valores, su testimonio es concreto pues especifica que antes de

concretarse los espacios en blanco del pagaré se realizó un estudio por el departamento jurídico del Banco de Bogotá. De lo anterior se colige, que Riveira ordenó efectuar una liquidación detallada de las cartas de crédito y los sobregiros a cargo de Disticores. Por tanto -asegura la Delegada- le asiste razón al casacionista cuando afirma que esta versión es un verdadero testimonio y que de él se desprende que fueron personas distintas las que determinaron en concreto como debía llenarse el pagaré.

A continuación se refería a la distorsión que también se denuncia en la demanda hecha sobre la injurada de Riveira, aceptando, de igual manera, los planteamientos del actor. Reconoce el representante del Ministerio Público que es verdad que el procesado admitió haber dispuesto que se llenara el pagaré y que se adelantara el cobro ejecutivo de las obligaciones a cargo de Disticores, pero en ningún momento acepta haber intervenido en llenar los espacios en blanco del título-valor, ni haber dado instrucciones para que éstos se completaran de manera fraudulenta, como erróneamente lo deduce el Tribunal. Cometió, por tanto, un falso juicio de identidad.

En lo que se refiere a la prueba indiciaria, el colaborador del Ministerio Público también comparte los razonamientos del censor. En primer término analiza el contenido del documento en el cual el inculpado señala que el Banco de Bogotá no posee título ejecutivo para cobrar las deudas a Disticores, tomado como hecho indicador por el Tribunal, de cual infirió que sí existía dicho título pero debían a las falsedades consignadas en él, Riveira dudaba de su eficacia judicial de donde colige que el procesado sí participó en las conductas falsarias. Sin embargo, los contraindicios indicados por el casacionista, como la carta de autorización por la cual los deudores permitían al banco para llenar el pagaré y el mandamiento ejecutivo librado por el Juez Civil del Circuito de Barranquilla, reconociendo que la deuda es clara, expresa y exigible, poseen la potencialidad suficiente para desvirtuar la objetividad del referido hecho indicador. Por lo tanto, la actitud de Riveira, al señalar por escrito la inexistencia del título con mérito ejecutivo "...no puede entenderse sino como una prueba que utilizaría en el evento de que el banco fuera vencido en el proceso ejecutivo que adelantaba contra Discolores, Incolsa e Iván Tanid".

Otro hecho indicador que tomó el Tribunal para construir el segundo indicio consiste en las notas débito, autorizando que los intereses liquidados sobre las cartas de Crédito se contabilizaran con el sobregiro, consiguiendo que tales intereses devengarán otros, superando los límites permitidos por la ley, de donde el Tribunal deduce el dolo de Riveira, al indicar que conocía perfectamente el caso. En este punto, la Delegada entiende que el contraindicio presentado por el censor, en realidad no posee tal naturaleza, pues si bien es cierto existe una carta en la que Disticores reconoce la existencia de sobregiros, ella no pone en entredicho ni desvirtúa las notas débito, por lo que se deduce que, efectivamente Riveira ordenó el cobro de los intereses sobre intereses. Sin embargo, arguye el Ministerio Público, de todas maneras, confrontada esta prueba con la totalidad del material probatorio, no encuentra la fuerza suficiente para fundamentar un juicio de responsabilidad contra Riveira pues lo único que se demuestra es que el gerente violó la Circular 121 de septiembre catorce (14) de mil novecientos setenta y nueve (1979), en la cual la Superintendencia Bancaria proscribe operaciones de esta naturaleza. Por tanto, de este indicio no puede colegirse, -como lo hace erróneamente

el Tribunal- que el procesado haya dado una orden para que se llenara fraudulentamente el pagaré.

El tercer indicio que edifica el Tribunal contra Riveira tampoco es de recibo pues se sustrae de una frase aislada de la indagatoria, en la cual reconoce que es banquero de profesión y experto en finanzas, de donde deduce que el procesado maneja las normas atinentes a los pagarés dados en contragarantía, y, en consecuencia es responsable del delito de falsedad. Empero, encuentra atinados los razonamientos del libelista, pues al no demostrarse que Riveira efectuó las liquidaciones del crédito o llenó los espacios en blanco, su experiencia carece de relevancia para efectos de declararle responsable toda vez que existen declaraciones como las de Dagoberto Carvajal, María Montoya y Jorge Riquett, que señalan que no es función del gerente liquidar personalmente los créditos ni llenar los espacios en blanco de los pagarés. Riveira, por tanto, se limitó a dar órdenes pertinentes y nada más.

Respecto al último indicio, la oportunidad para delinquir, el señor Procurador Delegado también encuentra acertado el pensamiento del censor. A las afirmaciones del Tribunal de que por ser representante legal de la entidad tenía pleno conocimiento y control de las actuaciones tendentes a llenar los espacios en blanco del pagaré y su posterior cobro, la Delegada, al unísono con el casacionista, responde que este hecho no indica en forma alguna que el acusado tuviera oportunidad de cometer el delito porque no se encuentra demostrada su participación material en la liquidación y llenado del pagaré en comento, ni dio instrucciones concretas para que se procediera en determinada forma, así como tampoco corresponde al giro de sus actuaciones, efectuar la liquidación de créditos ni llenar los pagarés en blanco. Y es que las entidades crediticias para efectos administrativos se organizan en dependencias, departamentos y oficinas cada una con funciones especializadas, correspondiéndole al gerente fijar las políticas y dar las órdenes correspondientes a sus subalternos sin que pueda llegar a pensarse que en razón de su cargo haya de liquidar materialmente las cartas de crédito o los sobregiros, pues ésta es una función específica del departamento de cartera que trabaja en colaboración con las oficinas jurídica y de contabilidad.

Ahora bien, en lo que se refiere a los falsos juicios de existencia denunciados en la demanda, la Delegada igualmente acepta los planteamientos del recurrente. En verdad, advierte, el Tribunal ignoró el testimonio de María Montoya quien señala que el imputado no intervino en la liquidación del monto de las cartas de crédito ni realizó sugerencia alguna para que ello se hiciera en determinada forma. Pese a tratarse de una verdad decisoria y provenir el dato de una persona que por su antigüedad y pericia en el sector financiero es un testigo de gran valor, el Tribunal no la tuvo en cuenta, generándose el error de hecho consiguiente.

También incurrió en similar desacierto con la declaración de Freddy Riquett, abogado del Banco de Bogotá quien refiere que el departamento de cartera es el encargado de liquidar los créditos y llenar los espacios en blanco de los pagarés entregados al banco en garantía, lo cual corrobora lo dicho por otros medios de prueba, que excluyen de tal función material a los gerentes de las entidades. Su relevancia es indudable pese a ignorar en este caso quién llenó los espacios en blanco, lo que armoniza

con las demás probanzas que señalan la ajenidad de Riveira a la conducta que se le imputa. Estos reproches -a juicio de la Delegada- deben prosperar.

Con relación al fraude procesal, se refiere al falso juicio de identidad originado por el Tribunal al darle un alcance que no tiene al poder otorgado por Riveira Acosta al abogado Dagoberto Carvajal. Y es que después de descartarse la participación de Riveira en la falsedad del documento privado, "...no se podría aceptar que por el solo hecho de celebrar un contrato de mandato con un abogado, para que éste adelantara un proceso ejecutivo contra la sociedad Distcores Ltda., ello implique participación en la conducta típica de fraude procesal", ni menos aún se desprende "...una instigación para que el abogado consignara datos falsos en la demanda ejecutiva con el propósito de inducir en error al Juez Civil".

Por consiguiente -advierte la delegada-, es claro que descartada la participación de Riveira en la falsedad del pagaré, el poder en mención "...no es suficiente para demostrar los requisitos básicos de la coparticipación; es decir, el acuerdo previo o coetáneo, la identidad de tipo y el aporte objetivo de los intervinientes". Así las cosas, la prueba documental que sirve de soporte al juicio de responsabilidad penal sólo demuestra la intervención material en el otorgamiento del mandato pero no permite deducir la participación en el fraude procesal. Tiene, por tanto, razón el impugnante, y por ello el representante del Ministerio Público le brinda apoyo a su pretensión.

Aunque reconoce que subsiste el cargo de haber autorizado el cobro de intereses sobre intereses, esta prueba no posee, a su juicio, "...la suficiente potencialidad para mantener el fallo condenatorio, pues analizado el acervo probatorio en su conjunto, se observa nítidamente que si Riveira Acosta dio orden para que se completaran los espacios en blanco del pagaré entregado en contragarantía, en ningún momento impartió instrucciones para que sus subalternos consignaran datos falsos en dicho título valor". Por consiguiente, este indicio lo reduce a una simple infracción administrativa, intrascendente para deducir cualquier tipo de participación del procesado en los hechos que se le imputan.

Por consiguiente, solicita de la Sala acoger la demanda presentada, casando la sentencia materia del recurso, dictando en su reemplazo sentencia absolutoria en favor de Riveira Acosta.

La Corte

La intención del censor es la de probar la ajenidad de su cliente a las conductas que se le endilgan, esto es, la de haber dirigido la liquidación del crédito y ordenado llenar el pagaré que lo respaldaba, en detrimento de los intereses del deudor, así como haber hecho incurrir en error a la administración de justicia promoviendo un proceso ejecutivo para hacer efectivo el título-valor apócrifo.

Las diversas falencias del Tribunal permitieron, a su juicio, que en vez de decretarse la sentencia absolutoria que era de esperar, se produjera una de carácter condenatorio. Metodológicamente, aborda por separado los dos delitos que se le imputan a su poderdante, presentando en cada caso y dentro del marco de la violación indirecta de la ley sustancial, diversos errores de hecho por falso juicio de existencia o de identidad.

La Sala, sin perder la visión de conjunto, contestará en la misma forma los diferentes cargos:

Falsedad en Documento Privado

En este aparte, el censor pretende demostrar que Riveira no intervino en la falsificación del pagaré que sirvió de fundamento para iniciar el proceso ejecutivo contra Iván Tarud, Dislicores Ltda., e Incolsa Ltda. Sin embargo, el Tribunal lo creyó así como resultado de otorgar a varios medios probatorios un alcance que no tienen y haber dejado de apreciar varias pruebas, distintas de las anteriores, que, de haberse tenido en cuenta, habían cambiado el resultado del fallo.

1. *Falsos juicios de identidad*

1.1 La tergiversación y la distorsión de la deposición de Cristian Rojano Avila, al hacerle producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto. Según el actor, el Tribunal consideró que este testimonio apuntaba a demostrar la responsabilidad del imputado al afirmar que las órdenes de llenar los espacios en blanco, provienen de la gerencia.

Textualmente, Rojano dice no saber quién llenó los espacios en blanco del pagaré, pero que la orden para hacerlo se produce "... a nivel de gerencia y gerencia de zona a nivel superior...". Esta aseveración, según el Tribunal, "...enseña que la orden de llenar los espacios en blanco de un pagare proviene de la gerencia...".

Aunque en principio podría pensarse que el *ad quem* se refiere al cargo en abstracto y no particularmente a Riveira, recuérdese que en párrafos anteriores fue colocando los cimientos para su decisión condenatoria. Alusiones aledañas a la certificación que el imputado había expedido por inexistencia de título ejecutivo para cobrar la deuda a Dislicores Ltda., así lo demuestran. También la referencia a su calidad de representante legal que colocaba lo realizado sobre el pagaré "...bajo su responsabilidad".

Con estas aserciones, el razonamiento buscó un refuerzo en un empleado del banco. El testimonio de Rojano fue el escogido. Pese a que su información era genérica, pues simplemente se limitó a repetir lo que el manual interno de instrucciones indicaba, esto es, que la "Gerencia" era quien daba la orden de llenar los espacios en blanco de los pagarés dados como contragarantía de deudas adquiridas por los clientes, el Tribunal dio por sentado, como lo advierte el casacionista, que este empleado señalaba a Riveira como el autor del punible en comento.

La desfiguración del testimonio es evidente. En las dos intervenciones que tuvo en el proceso fue muy claro en sus aseveraciones. No le consta quién llenó los espacios en blanco del documento, fue su primera aserción. Luego señaló -en general- la función de ordenar el lleno de los espacios en blanco de los pagarés en cabeza de los gerentes, sin referirse en ningún momento a Riveira.

Protuberante el error. La dilatación del testimonio en estudio es evidente. Se le otorgó a su contenido un alcance mayor que incorporaba la actuación de Riveira en el suceso. La Sala acoge el cargo no sin antes destacar los planteamientos de la parte civil como simples hipótesis, respetables, pero inatendibles en sede de casación, como la de

que el ámbito reducido de la oficina bancaria implica que el gerente tenga el control de todos los quehaceres de sus subalternos o que la orden ilícita que dio Riveira sólo le es imputable a él pues no se dio con "estrépito" sino dentro del giro general de sus actividades, por lo, que no necesitó instigar a nadie. Los temas, como se ve, son ajenos al debate en cuestión por lo que no merecen mayores glosas.

Prospera el cargo.

1.2 *Tergiversación y distorsión del alcance del testimonio rendido por Dagoberto Carvajal Castro.* Según el recurrente, el Tribunal le asignó una naturaleza que no se desprende de su contexto, pues la descalificó "...sosteniendo que no se trata de un relato ontológico, sino de un testimonio técnico que cuenta con un reducido valor probatorio por provenir de uno de los abogados del Banco de Bogotá...", pese a corresponder "...a un relato de hechos relevantes, particularmente en lo que atañe con el estudio jurídico por él realizado, y el concepto, acogido por el banco, de incorporar en el pagaré la expresión "...se emite...", aspecto que ha sido considerado en el análisis de la tipicidad de la falsedad y que se ha imputado, equivocadamente, a Iván Alfonso Riveira".

Al respecto, dijo el Tribunal: "...no se trata de un verdadero testimonio en el sentido ontológico de la expresión, sino de un concepto técnico que debe apreciarse con la debida reserva, por provenir del apoderado judicial del Banco y de cuya demanda ejecutiva, se tomaron en la sentencia apelada los hechos expuestos dándose por probados. De otra parte no es admisible pericia en derecho, porque los peritos naturales en este campo son los jueces".

Una observación detenida del dicho en cita permite hallar la razón en las palabras del casacionista. El abogado Carvajal no es un simple evaluador de los hechos investigados como lo califica el Tribunal. Es cierto que posee los suficientes conocimientos técnicos para ilustrar sobre los pormenores que rodean los pasos previos a iniciar un cobro ejecutivo de un deudor moroso y que en esta medida podría vérsele como un simple perito. Pero, aparte del informe abstracto de rigor, el profesional abordó el tema en concreto; es decir, las circunstancias que rodearon el cobro de la deuda que Dislicores Ltda. tenía pendiente con el Banco y sobre la cual había declarado su renuencia.

El mismo Carvajal participó en la operación que se llevó a cabo para llenar el pagaré dejado como garantía de la deuda. Recuérdese que sus conocimientos legales fueron utilizados por el departamento jurídico de la entidad crediticia para llenar en debida forma los espacios en blanco del título-valor. La conclusión es clara. Sus informes sobre el caso concreto interesan al proceso, pues que se trata de un verdadero protagonista del suceso cuestionado que puede aportar la claridad que otros medios de prueba no brindan.

Al desconocerlo el Tribunal varió la suerte del proceso, pues se le puede considerar como el declarante que mayor ecuanimidad posee debido a su calidad de simple asesor externo del banco. Así, sus afirmaciones sobre la ajenidad de Riveira son trascendentes, pues explica con claridad que quienes realizaron la liquidación del crédito fueron otros empleados del Banco de Bogotá quienes, apoyados en los conceptos de los abogados de la entidad y del propio Carvajal, determinaron el monto de la cifra que debía colocarse como la realmente debida por Dislicores, así como la fecha respectiva en que la obligación se hizo exigible.

El error de hecho cometido es ostensible; sin embargo, valgan las siguientes precisiones:

Una mirada superficial a la demanda encontraría, aparentemente, una falencia técnica pues podría pensarse que la intención del actor es controvertir la credibilidad que el juzgador le otorgó al dicho de Carvajal, censura propia del error de derecho por falso juicio de convicción y no del error de hecho por falso juicio de identidad, ámbito este último dentro del cual formuló su tacha el casacionista.

Sin embargo, un examen atento del reproche encuentra adecuada la vía casacional escogida por el recurrente. En efecto, su alegato versa sobre la naturaleza misma de la prueba. Al notarla de testimonio a peritazgo le dio un alcance diferente que provocó la distorsión de su contenido, pues lo analizó no como el testigo presencial capaz de informar sobre los hechos concretos, sino como un técnico que simplemente aborda cuestiones generales. De esta manera, el Tribunal le hizo decir al declarante lo que jamás quiso expresar, provocando la distorsión de su contenido, de mayúscula trascendencia en las resultas del proceso, pues -de haberse tenido en cuenta- la suerte del imputado hubiera variado en su favor.

Prospera el cargo.

1.3 Tergiversación y distorsión de la injurada. Según el recurrente, se le dio a una de las respuestas un alcance que no tiene "y que excede manifiestamente su tenor literal". Ésta es la afirmación de Riveira que apoya su pretensión: "Cuando se tomó la determinación de hacer el cobro ejecutivo de estas deudas nos basamos en las instrucciones que tenemos en los manuales internos del Banco". De ella se deriva el reconocimiento "...sobre una *participación material* en la decisión de efectuar el cobro de la deuda por la vía ejecutiva...", pero no la aceptación de "*...haber participado en la comisión de un hecho punible, ni haber dado instrucciones precisas para llenar fraudulentamente el pagaré, ni para cobrar una suma no debida en favor del Banco de Bogotá*".

El Tribunal concluyó que Riveira confesó (aunque no le dio claramente esta connotación) "...que participó y obviamente dio instrucciones correspondientes para llenar los espacios en blanco del pagaré, al cual se le colocó una cantidad de dinero muy superior a la realmente adeudada por los demandados".

Nada más lejano de la realidad. Ni el pasaje transcrito ni ninguna otra respuesta del procesado permiten llegar a la conclusión que exhibe el Tribunal. Riveira, en su exposición, se limita a explicar su comportamiento basado en las funciones que le eran propias como Gerente del Banco de Bogotá. Por ello admite, de acuerdo con lo prescrito por el Manual Interno, ser el autor de la orden de llenar los espacios en blanco del pagaré y de proceder a su cobro ejecutivo. Nada más.

Como bien lo señala el recurrente, de sus afirmaciones no puede extraerse so pena de violentar su contenido, que Riveira admitió su participación en los hechos punibles que se le endilgan. Una cosa es la orden abstracta que dentro de su órbita le corresponde dar y otra bien diferente que, con la orden, hubiera dado instrucciones de llenar el documento con cifras diferentes a las realmente debidas.

El yerro cometido por la Corporación es indudable. La prosperidad del ataque es su consecuencia.

1.4 *La prueba indiciaria*

1.4.1 Esta vez la inconformidad del casacionista versa sobre el alcance que le diera el Tribunal a la certificación expedida por Riveira sobre la carencia de título ejecutivo para cobrar las cartas de crédito a Dislicores. Niega la inferencia lógica que emana de este hecho indicador, esto es, la conciencia que tenía el procesado sobre la aparentidad del pagaré utilizado como fundamento del juicio ejecutivo y, por ende, de su eficacia para hacerlo efectivo por medio de la vía judicial. La existencia de varios contraindicios destruye su valor probatorio.

El *primero*, la existencia de una carta de los deudores en la que autorizaban a la entidad crediticia para llenar el pagaré por el valor del crédito otorgado. El vigor que le asigna el censor a una simple misiva excede en mucho su limitado valor probatorio. Como bien lo anota la Delegada, esta probanza no configura realmente un contraindicio, pues "...de ninguna manera pone en entredicho ni desvirtúa las notas débitos de las que evidentemente puede deducirse que Riveira Acosta ordenó realizar una operación que culminó en el cobro de intereses sobre intereses".

Simplemente el documento en mención enseña una autorización dada al Banco de Bogotá por Dislicores para llenar el pagaré por el monto equivalente a las deudas que tuvieran pendientes, pero ello en manera alguna permite suponer que con su presencia los derechos del acreedor se tornarán en incontrovertibles hasta el punto que, en el evento de sufrir desmedro el título ejecutivo que sirvió de base para iniciar el proceso pertinente, la misiva podría reemplazarlo con creces. Por el contrario, el contenido de la carta muestra desde un comienzo su penuria probatoria para establecer una obligación clara, expresa y exigible que sólo es predicable teniendo un título-valor como fuente indubitable de una demanda ejecutiva.

Así las cosas, la existencia de esta carta no cambiaba para nada la situación de la parte actora en el proceso ejecutivo. Subsiste, por tanto, hasta el momento la inferencia lógica cuestionada. Sin embargo, una mirada a los demás contraindicios la destruyen por completo.

En efecto, obsérvese el segundo contraindicio que cita el impugnante: el mandamiento ejecutivo librado por el despacho judicial que conocía del proceso civil. Se trataba de una orden judicial que daba por sentada la idoneidad del título aportado como sustento de la demanda, pues representaba una deuda clara, expresa y exigible; es decir, que cumplía con todos los requisitos. Por consiguiente hasta el momento su fortaleza era indudable y si se querían poseer pruebas adicionales, esta actitud no puede considerarse sino como la intención de prepararse para el evento de que el Banco fuera vencido en el ejecutivo incoado.

Detállese ahora el tercer contraindicio. "El dolo siempre debe ser *concomitante* con la realización de la conducta. No hay dolo subsiguiente". Con esta premisa el actor descubre su razonamiento. Conseguir otro título ejecutivo dos años después de presentado el pagaré "...no es indicio de que al momento de la acción (cobrar el título valor) se tuviese la certeza de la inidoneidad del mismo", es su conclusión. Brinda entonces una

explicación a la conducta de su cliente: los diversos medios empleados por la parte demandada para desconocer la legitimidad del documento obligaban a reforzar los medios probatorios.

Esta vez también la razón se encuentra de parte del impugnante. Es cierto que un individuo -al momento de cometer el acto delictuoso- ha de estar consciente de la trasgresión de la ley. Sin embargo, el hecho de que dos años después de iniciado el proceso ejecutivo, Riveira pretenca constituir una nueva probanza no significa, en manera alguna que, desde un comienzo, supiera de la apocrifidad del título-valor.

Como bien se ve la existencia del título mismo, del mandamiento de pago y la imposibilidad de predicar un dolo subsiguiente, son contraindicios suficientes que se enfrentan con éxito al hecho indicador (obtención de un nuevo título), reduciéndolo a sus justas proporciones.

La sinrazón del indicio es evidente.

1.4.2 El segundo indicio, materia de inconformidad del recurrente, versa sobre el haber accedido Riveira a cobrar intereses sobre intereses. Su fuente la encontró el Tribunal en las notas débito, firmadas por el procesado para permitir el recaudo de intereses sobre las cartas de crédito. "*Pero* -asegura el casacionista- *en ningún momento se desprende de las mencionadas Notas Débito, que el gerente estaba autorizado para que a esos intereses se cobraran nuevos intereses*".

Además, existe una carta dirigida por Dislicores Ltda., al Banco de Bogotá en la que acepta la existencia de sobregiros y su intención de cancelarlos en mediano plazo, lo que demuestra que el gerente firmaba ordinariamente notas débito por este concepto. El *ad quem* "...no tenía por qué suponer que a través de ellas se estaba generando un interés compuesto no autorizado en contra de la misma empresa".

En efecto, vistas las notas débito, se palpa su debilidad para constituirse en hecho indicador que lleve a deducir un comportamiento intencional y voluntario de cobrar los ilegales intereses. De su lectura apenas se palpa la orden dada por Riveira para debitar los intereses de las cartas de crédito de la cuenta corriente de Dislicores Ltda., pero, sería aventurado deducir de ello que el gerente, consciente y voluntariamente, estaba autorizando para cobrar unos intereses ilegales.

Ahora bien, razón le asiste al recurrente cuando llama la atención sobre la existencia de un contraindicio que desvirtúa la inferencia lógica del Tribunal: la carta dirigida por Dislicores al Banco de Bogotá, fechada en septiembre seis (6) de mil novecientos ochenta y seis (1986), admitiendo la existencia de sobregiros y manifestando su deseo de cancelarlos en un plazo razonable. Si ello es así, es decir, si los sobregiros eran permitidos en la cuenta corriente de la citada empresa, resulta explicable que el gerente firmara notas débitos no como un hecho excepcional sino normal dentro de las relaciones comerciales que tenían con este cliente. Como quiera que el informe sobre su existencia y monto le correspondía elaborarlo al departamento de cartera, no hay razón para presumir que su liquidación se estuviera haciendo de manera ilegal, esto es, cobrándose unos intereses no permitidos en detrimento del patrimonio económico de Dislicores.

Más aún, Riveira comenzó su quehacer como gerente con posterioridad a la liquidación del crédito. Recuérdese que, según certificación de la Superintendencia Bancaria, el cuatro (4) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987) empezó a ejercer en forma su labor como representante legal de la entidad crediticia.

Es claro que el indicio edificado por el Tribunal no resiste un análisis dentro del contexto procesal. Su desquiciamiento es evidente.

1.4.3 El tercer indicio que elabora el Tribunal y critica el recurrente, se fundamenta en el conocimiento amplio que sobre materias económicas poseía el imputado. El Tribunal lo deduce de su profesión de banquero y los estudios universitarios adelantados en Administración de Empresas.

Por tanto, -infiere- forzosamente tenía que haber caído en cuenta sobre la errónea liquidación del crédito.

De nuevo la razón le asiste al casacionista. Para poder llegar a la conclusión del *ad quem* debe partirse de un hecho cierto: Riveira realizó personalmente la liquidación y llenó el pagaré de autos. Sin embargo, la investigación no logró probar el aserto. Por el contrario, las pruebas se dirigen a demostrar -recuérdese lo dicho por Carvajal- que fue el departamento de cartera el que hizo las operaciones aritméticas y que, a su turno, el departamento jurídico, llenó los espacios en blanco luego de consultar con el abogado externo de la entidad.

Ha habido una sobrevaloración del rol que cumple un gerente en una entidad bancaria. Aunque es cierto que por encontrarse a la cabeza de una sucursal, su deber como tal es procurar que las tareas cumplidas por sus subalternos no sólo sean eficaces sino también ajustadas al Manual Interno de Banco y a la misma ley, sus funciones son de dirección y mando; es decir, las de tomar las decisiones trascendentes para que el negocio bancario rinda los mejores frutos. La razón es potísima. La complejidad de los asuntos de este tipo impiden que una sola persona pueda encargarse de realizar todos los trámites necesarios en un negocio determinado. Debe, entonces, delegar muchas actividades en subalternos idóneos sobre los cuales reposa su confianza plena. De ahí que las entidades crediticias se encuentren divididas en su interior en diferentes departamentos, que si bien en cierto, se encuentran bajo mando del gerente respectivo, poseen la necesaria autonomía para llevar a cabo con rapidez y eficiencia las labores encomendadas. Departamento de comercio exterior, de cartera, jurídico, financiero, en fin, de cuentas corrientes, de contabilidad, etc., son algunos de los varios compartimientos que se encuentran en cualquier ente bancario. Cada cual cumple su trabajo y rinde el informe correspondiente al gerente, quien, al final, luego de realizar las evaluaciones correspondientes toma las decisiones de rigor que, las más de las veces, son confirmatorias dentro de la rutina diaria, excepto cuando se trata de casos muy importantes, merecedores de una atención especial.

En el caso de Dislicores, debe tenerse en cuenta que no era el único cliente de la sucursal barranquillera, así como tampoco era uno de los de mayor entidad. Simplemente se trataba de un deudor mediano cuya cuenta había entrado en sobregiro. La decisión a tomar, como es apenas obvio y ante la renuencia de cubrirlo, era realizar el cobro correspondiente, procediendo a efectuar la liquidación de lo debido, hacer los requeri-

mientos extrajudiciales y si no se llegaba a ningún acuerdo, iniciar el proceso ejecutivo de rigor.

Cuando Riveira ocupó el cargo gerencial la primera parte ya se había realizado; es decir, la liquidación del crédito, incluidos los intereses causados, ya la había efectuado el departamento de cartera. Quedaba por agotar quizás un nuevo requerimiento de cuyos resultados dependía el acudir o no a la vía judicial. La renuencia de Dislicores obligó al Banco a acudir a la administración de justicia. El deber de Riveira como gerente de la sucursal era dar las instrucciones necesarias para que esto fuera posible: ordenar que el departamento jurídico llenara el pagaré y, en calidad de representante legal de la entidad, otorgar el poder a un profesional del derecho para llevar su representación ante las autoridades competentes.

Así lo hizo Riveira. Dio las órdenes correspondientes y sus subalternos las acataron. No se explica la Corte de dónde extrae el Tribunal la conclusión de que, en razón de su calidad de banquero y administrador de empresas, el procesado tenía que haberse dado cuenta de la mala operación del crédito. La conclusión sería correcta si él, personalmente, hubiera hecho la liquidación correspondiente y el lleno de los espacios en blanco del pagaré. Pero ninguno de los dos hechos los realizó. O, por lo menos, la investigación no logró demostrarlo. Por consiguiente, si fueron otros los que lo hicieron por corresponderles dicha labor matemática y jurídica, le quedaba a Riveira avalarla en su calidad de gerente. Aquí se le puede endilgar, sin duda, falta de cuidado, o confianza excesiva en sus empleados. Pero resulta más que forzado deducir con certidumbre que, forzosamente, sin que quepa la menor duda, presentado el documento a su vista, tenía que descubrir el yerro.

Sus conocimientos profesionales sobre la materia, por consiguiente, no necesariamente lo habilitaban para encontrar de primera vista la errónea liquidación. Además, no era el único caso que debía conocer en el día. Muchos son los asuntos que debe atender un gerente, por lo que un análisis profundo de cualquiera de las cuestiones presentadas a su consideración se hace imposible, salvo casos muy excepcionales. Y éste, como se vio, no era uno de ellos, pues ya eran corrientes los sobregiros y las notas débito.

Una vez más le asiste razón al casacionista. El ataque sobre este indicio se muestra eficaz. La Sala acepta sus razonamientos.

1.4.4 Esta vez el estudio se refiere al indicio de oportunidad. Iván Riveira Acosta era el representante legal del Banco de Bogotá en lo que se refiere a su sucursal en la capital del Atlántico. No podía colegirse -advierte el casacionista- que por poseer tal calidad "...tendría que realizar materialmente la liquidación de los créditos y llenar los espacios en blanco de los pagarés". Al hacerlo el Tribunal -asegura- "...aplicó proscritos criterios de responsabilidad objetiva...", infiriendo que "...debería asumir como propios todos las gestiones concernientes con la sucursal que gerenciaba".

La respuesta de la Corte al acápite anterior sirve de ilustración y réplica al tema que ahora se aborda. Esta Sala no puede menos que asentir con el censor sobre la entronización de la responsabilidad objetiva en este aparte. Como si esta tesis añeja no hubiera sufrido el destierro de los nuevos tiempos, se pretende revivirla con Rivera, aunque sin mayor fortuna.

En efecto, según el reprochable criterio basta que el encartado hubiese tenido la calidad de representante legal para que todos los actos realizados en la sucursal bancaria le puedan ser imputados. Para la Colegiatura de segunda instancia no existe la delegación de funciones, ni carencia probatoria sobre la autoría material del delito en estudio en cabeza de Riveira, ni mucho menos la organización interna del Banco de Bogotá y la existencia de departamentos especializados para cumplir con el lleno de los pagarés y la liquidación de créditos.

No se comparten las conclusiones del Tribunal. Quizás una interpretación amplia del llamado indicio de oportunidad sea la razón del desacierto. No basta el tener la ocasión para cometer el delito. Si así fuera, si bastara simplemente su consideración en abstracto, cualquier persona que hubiera podido tener acceso al pagaré, incluso la simple mecanógrafa, podría caber dentro de estos extensos límites. Insistir en esta prédica implica diluir este indicio, condenándolo a su inanidad a la hora de evaluar una investigación.

Para entender la *oportunidad* del sujeto no ha de mirarse la posibilidad sino la probabilidad de tal intervención. Por tanto, el hecho indicador no es una simple referencia genérica predicable de un sujeto. Sus lindes son más concretos y estrictos. Debe tener la ocasión cierta y real, para cometer el ilícito, merced a la reunión de determinadas circunstancias, la tenencia de medios apropiados para realizar el ilícito, o la eventualidad concreta de intervención directa en la cuestión. Un ejemplo claro se presenta en este asunto.

No basta con ostentar el cargo de gerente, pues si bien es el jefe de la oficina a su cargo y, por ende, bajo su responsabilidad se encuentran las actividades que allí se realicen, debe mirarse ante todo, si dentro de sus funciones específicas (las directamente realizadas por él) se encontraba la de liquidar los créditos y llenar los pagarés. Si únicamente tenía la facultad de ordenarlo pero no de ejecutarlo, el indicio de oportunidad se resquebraja al no mostrar el hecho indicador más que una referencia indeterminada de un hecho, tan amplia que es imposible extraer una inferencia lógica que permita deducirle cualquier tipo de responsabilidad en el punible investigado. Realizar lo contrario, acomodando los hechos a las sospechas que se puedan tener, es suplir con la ficción el verdadero resultado de un análisis imparcial.

Con claridad lo apuntó Brichetti en alguna oportunidad: *En el conocimiento no hay solamente lo que es propio del objeto conocido, sino también lo que pone de su parte el sujeto conocedor; esta última parte, subjetiva, mezclada con la objetiva, conduce a menudo a errores al juzgar las cosas; y mientras creemos dirigir lo mirado a lo íntimo de los hechos, no hacemos otra cosa que dar vueltas alrededor de las apariencias (...) Por eso es necesario no sólo abstenerse rigurosamente de hacer, como se suele decir, violencia a los hechos, sino que se debe dejar hablar libremente a éstos...*

Así las cosas, el ostentar la calidad de representante legal y no encontrarse dentro de sus funciones específicas la de liquidar los créditos y llenar los títulos valores dejados en contragarantía de deudas, impide la estructuración de un indicio de oportunidad. Aseverar lo contrario implica contrariar los hechos demostrados y, por ende, desfigurar la verdad procesal.

El éxito del ataque es manifiesto. La Sala decreta su prosperidad.

2. *Falsos juicios de existencia*

2.1 *Declaración de María Hilda Inés Montoya Tobón*

Nueva inconformidad del actor: la providencia cuestionada no tuvo en consideración las palabras que María Montoya expresara en la audiencia pública señalando la ajenidad de Riveira al proceso de liquidación de intereses que se hizo antes de que fuera nombrado gerente de la sucursal bancaria. Su cargo de jefe de operaciones internacionales y de cartera de la sucursal del Banco de Bogotá en Barranquilla ameritaba ponerle atención a sus aclaraciones. No lo hizo así el Tribunal. Simplemente ignoró la deposición.

Su trascendencia es indudable pues releva de todo cargo, en este aspecto, a Riveira. No haberlo hecho provocó el yerro de hecho por falso juicio de existencia que denuncia el censor. La consecuencia, vistas las demás falencias estudiadas, fue una decisión condenatoria. Obsérvese.

Se buscó establecer en la indagación si Riviera participó en los ilícitos que se le imputan, esto es, el lleno del pagaré por un monto no debido y una fecha mendaz de emisión, aparte del fraude procesal que fue la lógica consecuencia de los primeros comportamientos. Para ello, el Tribunal buscó colmarse de razones para edificar su fallo condenatorio, dedicándose a demostrar que Riveira era consciente de las cifras ilícitas que se le colocaron al título circulatorio por haber participado en el proceso que culminó con su colocación en el documento. Sin embargo, María Montoya afirma una situación bien diferente.

La liquidación de los intereses debidos no la efectuó Riveira por dos razones. La primera, la más importante, porque su llegada a la sucursal como gerente es posterior a la realidad del hecho. La segunda, porque el pagaré se llenó en el departamento de cartera. Si ello fue así, es claro que Riveira sólo le restaba por hacer, o el cobro extrajudicial mediante un arreglo amistoso con los deudores o acudir a un proceso ejecutivo para conseguir el pago de la obligación. Ante la renuencia de Dislicores, decidió esta última vía, por lo que ordenó llenar el pagaré y otorgó el respectivo poder para iniciar la acción judicial de rigor, basado en la liquidación que se había hecho con anterioridad y a la cual su antecesor no le había puesto ningún reparo.

Esta omisión desfiguró el fallo. Indudablemente. La objeción tiene cabida y así lo declara la Sala.

2.2 *Declaración de Freddy Enrique Riquett de la Hoz*

Según el censor, el Tribunal tampoco alude a este testimonio pese a que advera que los pagarés se manejan en el departamento de cartera y que cuando las obligaciones se encuentran vencidas y existe renuencia del deudor, el mismo departamento "...procede a llenar el pagaré...".

Extraña, por decir lo menos, que este importante testimonio también haya sido dejado de lado por el sentenciador de segunda instancia. Su aporte al esclarecimiento de los hechos es indudable. En esto le asiste razón al casacionista.

Como lo hizo María Montoya, este declarante igualmente es enfático en señalar que "los pagarés se manejan en el Departamento de Cartera". Pero no es su única aclaración.

Cuando se le pregunta por ¿Quién emite la orden para que los claros sean diligenciados?", advierte que cuando las obligaciones se vencen se realizan los requerimientos de cobro "...telefónicamente o prejudicial y ante la negativa o renuencia del deudor a pagar, *el Departamento de Cartera* procede a llenar el pagaré..." (destacados ajenos al texto).

La deposición es rotunda. Más aún, es precisa y no da lugar a conjeturas o aprensiones. Los espacios vacíos de los documentos dejados en contragarantía de las deudas no se llenan por el gerente, ni éste es el encargado de hacer las liquidaciones de rigor, ni mucho menos, dar las instrucciones para que esto se haga en determinada forma. Autónomamente le corresponde al departamento de cartera -para eso fue creado- y si bien las decisiones finales sobre su cobro judicial pertenecen al jefe de la oficina, las operaciones matemáticas y los respectivos requerimientos son por completo impropios a sus funciones.

Riveira, por tanto, siempre fue ajeno a estos quehaceres cuyo desarrollo llevó a imponer una deuda mayor de la que debía Dishicores. Máxime, se repite, cuando la referida liquidación se produjo mientras se encontraba como gerente su antecesor. Restaba, como ya se dijo, ante el fracaso de las conversaciones con el deudor renuente, proceder a su cobro judicial. La orden tenía que darla Riveira. Es el único comportamiento que puede endilgársele, intrascendente en el ámbito penal.

El error del *ad quem* es evidente. El reproche merece ser atendido.

El Fraude Procesal

Según el parecer del casacionista, el Tribunal le dio al poder otorgado por Riveira para adelantar el cobro judicial del pagaré, un alcance que no tiene, mejor dicho, le hizo producir "...efectos probatorios que no se desprenden de su contexto".

Como bien lo recuerda el censor, no basta con la simple concesión de un poder para que se estructure el ilícito en comento. A la par con él, deben existir la intención y voluntad de cometer el engaño. En otras palabras, debe conocer sin hesitación alguna, que los hechos que pone en conocimiento de los jueces no corresponden a la realidad o que las pruebas aportadas no reflejan la verdad de lo demandado.

Ahora bien:

Lo primero que ha de examinarse es el Manual de Cartera del Banco de Bogotá, junto con las restantes probanzas a que se ha hecho referencia. Dentro de las funciones asignadas al gerente se encuentran las de otorgar poder a un abogado para que lo represente legalmente en el ámbito judicial. Así lo hizo Riveira, por lo que hasta aquí no puede señalársele ninguna conducta reprochable. En este punto, la Corte recoge el pensamiento del casacionista: el encargado de una sucursal puede "disponer" sobre el particular. Es decir -explica a continuación-, "lo que decide el Gerente es si procede el cobro ejecutivo... disponiendo que el pagaré se llene por el Departamento de Cartera...".

Ninguna objeción tiene que hacerle la Sala a las palabras del libelista. El gerente es el único que decide si se debe acudir a la vía judicial para cobrar una deuda insoluta. También es claro que el departamento de cartera -para eso funciona- es el que debe

encargarse de llenar el pagaré luego de que se haga la liquidación. Razonables son las aseveraciones del casacionista pues se apoyan en la realidad fáctica.

Ahora bien, si no le cabe lucha a la actuación de Riveira en este aspecto, le quedaba al Tribunal la tarea de examinar si al otorgar el poder conocía del yerro en la liquidación de los intereses y, pese a ello, decidió seguir adelante con la acción civil, induciendo en error a la administración de justicia, haciendo valer ante ella un efecto de comercio que no respondía a la realidad de lo debido.

Para demostrar el aserto, el Tribunal se basó en el poder que Riveira le otorgara a un profesional del derecho, en su calidad conocida, para que, en nombre y representación del Banco de Bogotá, sucursal Barranquilla, iniciara y llevara a término un proceso ejecutivo contra Dislicores. No obstante, el documento únicamente muestra este hecho; es decir, el otorgamiento del mandato, puro y simple.

Otorgarle la capacidad para demostrar el fraude procesal es ampliar su alcance hasta límites ajenos por completo a su esencia. El documento únicamente muestra la voluntad de otorgar el poder y no enseña que Riveira estuviera consciente de estar engañando a la administración de justicia. Para llegar a esta conclusión se necesitaban otros medios de prueba que, como ya se analizó, tampoco existían en el proceso.

El error de hecho es indudable. La demanda, también en este aparte, encuentra el apoyo de esta colegiatura.

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 el fallo impugnado, disponiendo en su lugar la absolución de Iván Alfonso Riveira Acosta, de condiciones civiles y personales conocidas de autos, de todos los cargos que le formularon en este proceso, por las razones expuestas en el parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

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

Rafael L. Cortés Garnica, Secretario.

TERMINO

No es posible que los términos legales que son de estricto cumplimiento para todos los sujetos procesales, ya que no sólo apuntan a la economía procesal sino además a la garantía de la igualdad de las partes puedan ser arbitrariamente modificados por una actuación errónea o dolosa de la secretaría de un despacho judicial. Por ello se insiste, en que equivocaciones de este tenor no relevan a las partes de su obligación de vigilar el decurso procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8591.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobación Acta número 77.

Santafé de Bogotá. D. C., 25 de agosto de 1993

La Sala declarará desierto el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Milton Eligio Samboni Ruiz.

Antecedentes

1. El Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz (Nariño), mediante sentencia de 27 de octubre de 1992 (fls. 56 y ss), condenó al susodicho Samboni Ruiz a la pena principal de 12 años de prisión, por el delito de homicidio. Apelado el fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto lo confirmó por medio del suyo de 9 de febrero último (fls. 99 y ss.).

2. El 12 de marzo, el defensor del procesado interpuso contra esa sentencia de segunda instancia recurso de casación, que le fue concedido mediante auto de 24 de marzo, ordenándose correr los traslados de rigor (fl. 127).

El apoderado se notificó personalmente de ese proveído, para cuyo enteramiento al procesado se dispuso librar el despacho comisorio respectivo, que diligenciado fue recibido por el Tribunal el 12 de abril. El 13 subsiguiente, la Secretaría de dicha corporación dejó constancia de este tenor: "Se libra despacho comisorio número 039 al

señor Juez Promiscuo del Circuito de La Cruz, para que se surta el traslado por 30 días para que el defensor Doctor Oscar Fernando Bravo Realpe, para que (sic) presente la demanda de casación" (fl. 134 vto.).

El Secretario del Juzgado de La Cruz corrió dicho traslado a partir del 21 de abril (fl. 136 vto.), habiéndose presentado demanda de casación el 2 de junio (fl. 149 vto).

Recibido en el Tribunal el despacho comisorio, se corrió el traslado a los no recurrentes y se remitió el proceso a la Corte, tal como estaba ordenado en el acto que concedió el recurso extraordinario.

3. El Secretario de esta Sala de Casación informa que la demanda de casación fue presentada de manera extemporánea. "En el auto admisorio -dice-, que fue notificado, ordenaron (sic) todos los traslados. La notificación al detenido se cumplió el 1° de abril, significa que al día siguiente que (sic) la Secretaría recibió el despacho diligenciado dicho auto cobró ejecutoria y entonces el traslado debió empezar el 14-abril-93 en la sede del Tribunal, con vencimiento el 26-mayo-93. No constan las razones de la comisión para surtir el traslado" (fl. 2).

Se Considera

El auto de 24 de marzo, por medio del cual se concedió el recurso de casación y se ordenaron los traslados respectivos, se notificó personalmente al Ministerio Público y al defensor, enviándose despacho comisorio para hacer lo propio en La Cruz con el procesado Samboní Ruiz, quien de este modo se notificó el 1° de abril (fls. 128 vto. y ss.).

Como por la Semana Santa los términos no corrieron entre el 4 y el 10 de abril, esa providencia quedó en firme el 13 siguiente (3 días después de la última notificación). Ello indica que el día 14 empezaban a correr los 30 días para presentar la demanda de casación, como lo informa el Secretario de esta Sala, y que dicho término vencía el 27 de mayo. La demanda de casación fue presentada el 2 de junio; es decir fuera de término, motivo de extemporaneidad que obliga a la deserción del recurso.

Se ve nítido que el error fue de la Secretaria de la Sala Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Pasto, al disponer *por su propia iniciativa* que el traslado para presentar la demanda de casación se cumpliera en el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz, o sea *fuera de la sede*. Ese proceder es incorrecto, pues el referido traslado debió forzosamente cumplirse en el Tribunal, según el artículo 224 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Tal como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, no es posible que los términos legales que son de estricto cumplimiento para todos los sujetos procesales, ya que no sólo apuntan a la economía procesal sino además a la garantía de la igualdad de las partes, puedan ser arbitrariamente modificados por una actuación errónea o dolosa de la secretaría de un despacho judicial.

Por ello, se insiste, en que equivocaciones de este tenor no relevan a las partes de su obligación de vigilar el decurso procesal. Aquí, repítese, no estaba dentro de la competencia de la Secretaría del Tribunal disponer que el traslado en cuestión se llevara

a cabo fuera de su sede. Justamente esa equivocación dio lugar a que se dejara constancia de que el término empezaba a correr el 21 de abril, cuando en realidad estaba corriendo desde el 14 de dicho mes.

Por lo dicho, el recurso extraordinario se declarará desierto.

Para que disciplinariamente se investigue la conducta de la Secretaria del Tribunal Superior de Pasto, Mirtha Lucía Ceballos Valencia, se ordenará que por dicha Corporación, se expidan las copias pertinentes.

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

RESUELVE:

1. *Declarar desierto*, por ser extemporánea su sustentación, el recurso de casación interpuesto a nombre del procesado Sumboni Ruiz.

2. Por la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, expídanse las copias indicadas en la parte motiva, pa. a los fines allí señalados.

Cópiese, 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 Cortés Carrica, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

Lo "excepcional" no puede convertirse en normal o corriente cuando el delito por el que se procede no reúne los requisitos exigidos para que sea viable el recurso extraordinario de casación (incisos 2° y 2ª, artículo 218 del nuevo C. de P. P.), la ley autoriza "de manera excepcional" a presentar esa impugnación, en principio improcedente (inciso 3° ib.), si la sala de Casación Penal lo considera necesario "para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8644.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 77.

Santafé de Bogotá, D. C., 25 de agosto de 1993.

La Sala declarara inadmisible el recurso de casación excepcional interpuesto por el Procurador Provincial de Girardot contra la sentencia de 1° de junio de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca absolvió a Elías Cortés Martínez del delito de abuso de autoridad por el cual había sido llamado a juicio.

Antecedentes

1. Los hechos objeto del proceso los narra del siguiente modo la sentencia impugnada:

"Se circunscriben al lanzamiento que por ocupación de hecho, en contra de María Elvira Romero Trujillo, de los predios 'Quinaranjo' y 'Bellavista', ubicados en el área rural del Municipio de Ricaurte, Cundinamarca, fue ejecutado por el Alcalde de ese lugar, Elías Cortés Martínez, mediante diligencia iniciada el 20 de octubre de 1988 y culminada al día siguiente, respaldado en la Resolución número 078 de marzo 3 de 1988, dictada por su antecesor Salomón Luna Rodríguez, actuación que adelantó el hoy procesado, según la denunciante, con inobservancia de las normas reguladoras sobre la materia" (fl. 54-2).

2. Por esos hechos el Juzgado 57 de Instrucción Criminal de Girardot dictó resolución acusatoria el 1º de marzo de 1991, por medio de la cual enjuició al sindicado

Cortés Martínez por el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 152 del Código Penal (fls. 220 y ss.-1).

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito asumió la causa, practicó algunas pruebas y celebró audiencia pública el 6 de noviembre de 1992 (fls. 316 y ss-1). Luego, el referido Juzgado de Girardot dictó sentencia de 26 de febrero de 1993, por medio de la cual absolvió del cargo en mención al procesado (fls. 345 y ss.-1).

En ese fallo se califica de "justo" el proceder del acusado (fls. 352-1), al considerársele ajustado a la ley. "En suma -dijo el Juzgado-, nos encontramos frente a un caso de atipicidad relativa por falta de uno de los elementos del delito de abuso de autoridad, pues a decir verdad, con su decisión el Alcalde Municipal de Ricaurte no cometió ningún acto arbitrario o injusto, por lo que habrá de proferirse fallo absolutorio, decisión que se tomará en desacuerdo con el criterio de la Fiscalía y del representante de la parte civil" (fl. cit.).

Esa sentencia fue apelada por los citados sujetos procesales, y el Tribunal Superior de Cundinamarca la confirmó (fls. 53 y ss -2). Esta corporación estuvo de acuerdo en que la conducta del exalcalde no era arbitraria, pero afirmó que sí era injusta por haberse aplicado una normatividad diferente, cosa que sin embargo -anota- se hizo sin dolo, porque "los ordenamientos reguladores de los lanzamientos por ocupación de hecho, han sido numerosos y cambiantes" (fl. 62).

En seguida hace el Tribunal un repaso de la legislación existente al respecto desde 1905 y sostiene: "como puede observarse de lo antes analizado, se presentaba una confusión en relación a cual era la norma aplicable para adelantar un proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, en tratándose de predios urbanos o rurales, en especial este último, situación que vino a dilucidarse plenamente con la expedición de la nueva jurisdicción agraria, contenida en el Decreto 2303 de 1989, artículo 98 y ss." (fl. 63).

Citó doctrina para hacer ver que no había claridad respecto a ese punto y estimó que el procesado no sólo no es abogado sino que llevaba escasos cuatro meses de Alcalde.

3. El Procurador Provincial de Girardot pasó en tiempo un escrito en el cual interpone contra ese fallo de segundo grado "recurso de casación excepcional o discrecional" (fls. 75 y ss.-2), aunque sin citar norma alguna en apoyo. Se dedica en ese corto memorial a sostener que sí existió dolo por parte del procesado. "Esta conducta del enjuiciado -dice-, por reunir las notas de la tipicidad y antijuridicidad, conllevan a presumir el querer consciente del resultado producido, esto es, el dolo..." (fls. 76 y 77-2).

El Tribunal de Cundinamarca remitió el proceso a esta Sala de Casación para que resuelva si admite o no el recurso.

Se Considera

Lo "excepcional" no puede convertirse en normal o corriente, como lo pretende en el presente caso el impugnante al presentar un escrito en el cual se limita a disentir del criterio del fallador, de que en este caso no hubo dolo.

Cuando el delito por el que se procede no reúne los requisitos exigidos para que sea viable el recurso extraordinario de casación (incisos 1º y 2º, art. 218 del nuevo C. de P. P.), la ley autoriza "de manera excepcional" a presentar esa impugnación, en principio improcedente (inciso 3º *ib.*), si la Sala de Casación Penal lo considera necesario "para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales".

El actor ha pretermitido aquí justificar esas causales excepcionales de casación, al omitir en su escrito impugnatorio cualquier referencia demostrativa de la existencia de ellas. Nada expresa sobre el aspecto jurisprudencial, y en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales tampoco hace mención alguna el recurrente.

Frente a ese silencio, se impone el rechazo del recurso, pues es obligación del impugnante demostrar los referidos aspectos.

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

RESUELVE:

Inadmitir el recurso de casación excepcional interpuesto por el Procurador Provincial de Girardot en este asunto.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE REVISION / PRUEBA FALSA

Cuando se acude a la causal quinta de revisión, es deber del libelista, demostrar mediante "sentencia en firme que el fallo objeto del pedimento de revisión, se fundamentó en prueba falsa".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Remisión número 8654.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*.

Aprobado Acta número 78.

Santafé de Bogotá, D. C., 26 de agosto de 1993.

Vistos

Procede la Corte a calificar la demanda de revisión, presentada por el apoderado del sentenciado William Gonzalo Marín Flórez, previos los siguientes antecedentes y consideraciones:

Antecedentes

William Gonzalo Marín Flórez, fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, a la pena principal privativa de la libertad de cincuenta (50) meses de prisión como autor responsable de los delitos de *hurto calificado y agravado*, en concurso con el delito de *hurto de uso*, contemplados en los arts. 349 y 352 del C. Penal. Por medio de apoderado especial el sentenciado interpone la Acción de Revisión al amparo de las causales 2a. y 5a. del art. 332 del C. de P.P.

Emerge del expediente, que en el mes de abril del año de 1992, agentes de la Policía, sorprendieron en la ciudad de Bogotá al sentenciado Marín Flórez, cuando conducía el automóvil Dodge Demon de placas EW-1601, llevando de remolque otro automóvil, el Volkswagen de placas CG 0019 dentro del cual se hallaba el policía José Parra Pedraza.

En el curso de la investigación se logró establecer, que el agente Parra Pedraza para lograr el apoderamiento del automóvil marca Volkswagen que su dueño había dejado parqueado en sitio cercano al lugar de trabajo, buscó la colaboración del sentenciado

Marín Flórez, quien laboraba como celador en un parqueadero público de la ciudad. De allí, Marín mediante el empleo de un duplicado de las llaves, se sacó el automóvil Dodge Demon, que estaba en el parqueadero a su cuidado y con él remolcó el Volkswagen del sitio donde se encontraba, emprendiendo la marcha por diversas calles de la ciudad hasta ser sorprendidos por los integrantes del CAI número 72 de la Avenida 68 y puestos a disposición de las autoridades competentes.

El juzgamiento a cargo de la justicia ordinaria se adelantó únicamente contra el procesado Marín Flórez, por cuanto al agente Parra Pedraza lo juzgó la justicia penal militar, por hallarse de servicio y en función de vigilancia en el sitio donde efectuó el apoderamiento del automóvil.

Marín Flórez fue condenado como autor penalmente responsable del delito de hurto calificado y agravado, por el apoderamiento del automóvil Volkswagen y consumado en concurso con el de hurto de uso, en relación con el vehículo Dodge Demon.

En jurídica providencia el Tribunal Superior después de analizar lo dispuesto en el art. 352 del C.P., y confrontarlo con lo dispuesto en la Ley 23 de 1991, llegó a la conclusión, de que el segundo comportamiento punible constituía un delito de hurto de uso y no una simple contravención, teniendo en cuenta la cuantía del bien sustraído, superior a diez salarios mínimos mensuales y la existencia de modalidades agravantes en la consumación del reato.

Consideraciones

El accionante se apoya para pretender la revisión del proceso en los numerales 2° y 5° del art. 232 del C. de P. P., pero los motivos que aduce para sustentar sus peticiones no corresponden a ninguna de las causales de revisión señaladas en el precepto en cita y que son taxativas.

En efecto:

Procede la causal segunda de revisión, cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por "...prescripción de la acción, por falta de querella o petición válidamente formulada o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal...".

Las causales de extinción de la acción penal, son igualmente taxativas y se encuentran contempladas expresamente en el C. de P.P. Ellas son: La muerte del procesado (art. 76 del C.P.); el desistimiento aceptado por el querellante en los delitos que requieren querella de parte (art. 77 *ibidem*); la amnistía (art. 78); la prescripción (art. 79); la oblación en los delitos que tengan pena de multa (art. 91) y la extinción de la acción por matrimonio en los delitos contra la libertad y el pudor sexual (art. 307 del estatuto punitivo).

En la presente acción, se sustenta la causal segunda invocada con el argumento de que no existe el delito de hurto de uso y que la conducta imputada al acusado constituye apenas una contravención, de competencia para su juzgamiento de las autoridades de Policía; es decir, se está planteando una incompetencia del juez que no constituye causal de extinción de la acción penal, *sino posible motivo de nulidad* (en el supuesto de que

el planteamiento corresponda a la realidad) *alegable dentro del campo de la casación y no dentro de los estudios de la acción de revisión*. Tan cierto es esto, que el accionante en su libelo, razona como si se tratara de una demanda de casación cuando expresa: "...Acuso la sentencia cuya revisión solicito por infracción directa del art. 246 del C.de P.P., en concordancia con el 273 de la misma obra y 29 de la Constitución Nacional, por su apreciación y aplicación indebida de sus preceptos legales aquí contravenidos...".

El yerro del accionante es aún mayor en la presentación del segundo cargo. Afirma, que la sentencia se fundamentó en prueba falsa, calificando como tal, el dictamen pericial que tasó los perjuicios materiales ocasionados con la infracción, porque considera que éstos fueron justipreciados en una suma superior a la debida.

Se observa a primera vista, que el memorialista no está alegando la falsedad material o ideológica de la prueba, sino un simple error en el dictamen pericial, que de existir, ha debido ser controvertido dentro del juicio, formulando la objeción correspondiente.

Olvidó además el accionante, que cuando se acude a la causal quinta de revisión, es deber del libelista, demostrar mediante "sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento en revisión, se fundamentó en prueba falsa", requisito al cual ni siquiera alude el memorialista.

Lo anterior, es suficiente para demostrar la ineptitud de la demanda, lo cual conlleva a su rechazo *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 sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que condenó al procesado William Gonzalo Murín Flórez a la pena principal privativa de la libertad de cincuenta meses de prisión, como responsable de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con el delito de hurto de uso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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 Cortés Garnica, Secretario.

PRUEBA / NULIDAD / DERECHO DE DEFENSA

La obligación impuesta por el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal al funcionario judicial en el sentido de verificar las citas y demás diligencias que propusiere el sindicado en la indagatoria para comprobar sus aseveraciones, es desarrollo de la garantía contenida en el artículo 333 ibidem, que tienen que ver con la investigación integral que lo obliga a practicar, con igual celo, las pruebas que perjudican, como las que lo favorecen, debiéndose armonizar dichos preceptos para determinar en qué casos la desatención de sus previsiones pueden generar nulidad por quebranto del derecho a la defensa. /La nulidad por quebranto del derecho a la defensa no puede apoyarse en conjeturas traídas a ultranza, cuando el profesional del derecho que la plantea es el mismo que intervino durante todo el curso del proceso en calidad de defensor del procesado y guardó absoluto silencio sobre el particular.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7964.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta número 78 (26-08-93).

Santafé de Bogotá, D. C., (26) de agosto de (1993).

Vistos

El 27 de mayo de 1992 el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmó en todas sus partes la sentencia dictada por el Juzgado Diecinueve Superior de esta ciudad, que condenó a Rodulfo Peña Vargas a la pena de diez años, tres meses de prisión, a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados, como responsable de los delitos de homicidio y encubrimiento (receptación) juzgados en procesos acumulados; decisión por éste recurrida en casación.

Hechos

Los que originaron la formación de los procesos acumulados son reseñados por el *ad quem* de la siguiente manera:

"1. Homicidio:

"El 31 de octubre de 1988, en el barrio Pastranita, Alvaro Timote Aroca y José Aroca Timote arribaron al establecimiento de Hermes Pineda Burgos con el ánimo de departir y beber cerveza, sitio donde libaban licor tres sujetos. Surgió una disputa entre Timote Aroca con uno de los últimos, intervino el propietario del lugar, quien solicitó al primero que se fuera, lo que hizo luego de despedirse de su pariente, más cuando llegaba a su residencia lo alcanzó el individuo con el que había altercado, quien le disparó en dos oportunidades ocasionándole la muerte".

"2. Falsedad y receptación:

"El 8 de agosto de 1990 Edgar Torres Parra conducía el auto Chevrolet Chevette 1988, placas SF 0975 de servicio público, por cerca al paradero de los colectivos del Socorro, donde dos personas le hicieron el pare para que los llevara hacia el barrio Britalia, cuando llegaba al destino lo encañonaron con pistola, lo hicieron cambiar de puesto, uno de los intrusos condujo la máquina hasta un potrero, lo despojaron de las tarjetas de propiedad, operaciones, seguro obligatorio y $6.000.00.

"El 18 siguiente las autoridades recuperaron el automotor que portaba otras placas, la plaqueta de serie falsificada y su conductor Edgar de Jesús Castiblanco indicó que el propietario era Rodulfo Peña Vargas, a quien capturaron. La tarjeta de propiedad que a la postre resultó ser falsa, figuraba a nombre de Eduardo Sotelo Rodríguez".

Actuación Procesal

En lo que respecta al delito de homicidio en la persona de Alvaro Timote Aroca, único en torno al cual giran los cargos formulados por el recurrente, cabe referir que la investigación por este hecho fue iniciada el mismo día de consumado por el Juzgado 103 de Instrucción Criminal de Bogotá y continuada por el 41 de la misma especialidad oyendo en declaración a Hermes Pineda Burgos, dueño del establecimiento público donde departían varios contertulios, quien manifestó que gracias a su oportuna intervención evitó que Rodulfo Peña Vargas y no Rodolfo, fuera golpeado con una botella por Alvaro Timote Aroca que se encontraba en avanzado estado de embriaguez y que al poco rato de salir éste para su casa escuchó una detonación notando que "Rodulfo no se encontraba dentro de mi billar, ya después al rato ya llegaron los familiares del occiso a formarme escándalo diciendo algunos de ellos que era culpa nuestra la muerte de ese señor...". (fl. 56 del proceso por homicidio).

El 22 de marzo de 1991 (dos años y varios meses después de los hechos) Rodulfo Peña Vargas fue puesto a disposición del Juzgado 41 de Instrucción Criminal de Bogotá por el 29 Penal del Circuito de la misma ciudad, donde se encontraba detenido por los delitos de falsedad y hurto, siendo sometido a indagatoria, oportunidad en la que negó rotundamente su participación en los acontecimientos delictuosos explicando que para el 31 de octubre de 1988, fecha de los mismos, se encontraba trabajando en una finca de propiedad de su hermana Irene Peña, ubicada en el Municipio de Otanche (Boyacá) donde permaneció desde mediados del año de 1987 hasta enero de 1989 cuando vino a residir a Bogotá. También negó conocer a Hermes Pineda Burgos y haber asistido en alguna ocasión al juego de billar de su propiedad (fl. 109 y ss. *ibidem*).

Recogidos los testimonios de la compañera del occiso María Nila Tique y su menor hijo Wilmar Timote Tique quienes coinciden en la descripción de los rasgos físicos del agresor por haberlo visto de cerca y recaudadas otras pruebas, el Juzgado Cuarenta y Uno de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Rodulfo Peña Vargas por el delito de homicidio simple; pronunciamiento consentido por la defensa.

Acumulado a este proceso el que se adelantaba contra el mismo procesado por los delitos de Receptación y Falsedad Material de Particular en Documento Público de que tratan los artículos 177 y 220 del Código Penal, para tramitarlos en forma conjunta y celebrada audiencia pública, el Juzgado Diecinueve Superior de Santafé de Bogotá puso fin a la instancia condenando al acusado Rodulfo Peña Vargas a la pena principal de 10 años, 3 meses de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio y receptación; a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados, absolviéndolo por el delito de falsedad; fallo apelado por la defensa y confirmado sin ninguna modificación por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación

Bajo el ámbito de la causal tercera de casación se acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad; reproche que el demandante cataloga como violación del derecho a la defensa del procesado Rodulfo Peña Vargas por no haberse verificado las citas hechas por él durante la indagatoria en orden a comprobar sus aseveraciones, concretamente, por no recibirse la declaración de su hermana Irene Peña a fin de probar su coartada, esto es, que para la fecha del crimen se encontraba trabajando en la población de Otanche (Boyacá), manifestando que dicha omisión quebrantó los artículos 362 del C. de P.P. y 29 de la Carta Política.

Argumenta que el funcionario instructor como el juez tenían la obligación de recibir el testimonio de Irene "máxime que como ya se dijo estaba negando (el sindicado) la presencia suya en esta ciudad de Santafé de Bogotá para la fecha en que ocurrieron los hechos, y por otra parte, habida consideración que no había sido reconocido por los testigos directos de los hechos y por otra parte como quiera que en el proceso se aportaron datos biográficos de otro ciudadano que efectivamente no es el rematado. Todo ello hacía imperioso y por mandato legal verificar las citas del indagado como quiera que eran relevantes para su defensa".

Agrega que de haberse verificado dicha cita como lo ordena el artículo 362, "la culpabilidad del hoy sentenciado hubiera sido otra distinta, tal vez la de su inocencia" y se habría aclarado la existencia de un homónimo.

Solicita casar la sentencia a partir del auto que abrió el juicio a pruebas.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia porque el recurrente no comprobó, como debió hacerlo, que el testimonio omitido hubiese

variaco sustancialmente la suerte del procesado "dando a los falladores una visión distinta del proceso" lo que no acontece en el caso bajo examen "pues la coartada del acusado fue derrumbada por los funcionarios judiciales de instancia con medios de convicción contundentes que hacían innecesaria la verificación de las citas del acusado -testimonio de su hermana Irene- y por ello era inconducente su constatación...".

Luego expresa:

"Escuchado en indagatoria, y como estrategia defensiva, negó toda participación del (sic) delito, así como su ausencia de la ciudad de Bogotá, como se dijo. Empero, tal coartada fue destruida por el otro proceso que se le seguía por un atentado contra la fe pública y el patrimonio económico, en donde se confirmó que meses anteriores al ilícito, el sentenciado se encontraba en la ciudad de Bogotá, y no como lo sostuvo en sus declaraciones no juramentadas.

"Los declarantes que tuvieron percepción directa de los hechos reseñaron las características personales del lacerimbado, lo que motivó una amplia consideración en el auto detentivo, como también lo fue el hecho de haber sido señalado como la persona que portaba el arma de fuego y haber entrado en discusión con el occiso.

"Por ello, ante la contundencia y credibilidad que los juzgadores atribuyeron a las pruebas recaudadas en contra del procesado, resultaba inconducente recibir la versión de la señora Irene Peña quien, en el mejor de los casos aseveraría cosa similar a la sostenida por su hermano en la injurada, pero que dejaría vigente el valor de las pruebas que en criterio de los juzgadores comprometieron la responsabilidad penal de Pena Vargas. El hecho que se pretendía probar con la prueba omitida, ya había encontrado comprobación en el acervo probatorio que demostraba, en contra de lo sostenido por el sujeto pasivo de la acción penal, que éste se encontraba en la ciudad de Bogotá por la época en que sucedieron los hechos que se le imputaban".

Consideraciones de la Corte

La obligación impuesta por el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal al funcionario judicial en el sentido de verificar las citas y demás diligencias que propusiere el sindicado en la indagatoria para comprobar sus aseveraciones, en desarrollo de la garantía contenida en el artículo 333 *ibidem*, que tienen que ver con la investigación integral que lo obliga a practicar, con igual celo, las pruebas que perjudican, como las que lo favorecen, debiéndose armonizar dichos preceptos para determinar en qué casos la desatención de sus previsiones puede generar nulidad por quebranto del derecho a la defensa.

La jurisprudencia de la Corte se ha inclinado por la tesis de que las pruebas dejadas de practicar por el juzgador sólo quebrantan o limitan el derecho a la defensa cuando resultan ser necesarias y coneluyentes para demostrar la inocencia o atenuar la responsabilidad del procesado, expresando en sentencia del 2 de marzo de 1990 lo siguiente:

"Es evidente que el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal (hoy 333 de la nueva codificación) determina como un deber imperativo de los funcionarios jurisdiccionales, el adelantar la investigación integral, esto es, no sólo los medios de

convicción que pudieran llevar a la demostración del hecho ilícito y la responsabilidad del procesado, sino también aquellas que pudieran servir para probar la inexistencia de la infracción o la irresponsabilidad del procesado.

"Pero este deber imperativo no hace relación a la obligación que pudiera tener el juez de practicar todas las pruebas pedidas o insinuadas por las partes, o todas las que pudieran practicarse oficiosamente deducidas de los elementos probatorios existentes en el proceso. No. La obligación de la investigación integral alude a la necesidad de practicar aquellas pruebas conducentes, esto es, hábiles, probatoriamente hablando, en relación con los hechos fundamentales que son motivo de investigación. La norma ha de entenderse así, porque si se aceptase un alcance diverso a la misma, se estaría haciendo al juez esclavo de las peticiones de las partes, o de otras, con finalidades eminentemente torcidas para demorar el proceso o desviar el interés investigativo del funcionario de lo central y protagónico a lo accesorio e intrascendente".

También ha sostenido que los aspectos probatorios desatendidos por el juez, deben confrontarse con todo el acervo probatorio en que se apoya la sentencia, porque puede acontecer "que la prueba omitida contrarreste en su capacidad probatoria uno o algunos de los medios existentes en el proceso, pero no en su totalidad, evento en el cual la censura igualmente estaría llamada a no prosperar" (sent. del 28 de agosto de 1980 y 26 de abril de 1990).

Fluye de lo anterior, que no se incurrió en nulidad en el presente caso, por dejarse de verificar la cita hecha por el sindicado durante la indagatoria como prueba de sus aseveraciones; es decir, por no haberse recibido el testimonio de su hermana Irene Peña, porque el censor no probó la trascendencia de la declaración omitida dejando de consignar las razones que a su juicio tendrían la capacidad de modificar el fallo acusado y la situación del recurrente y porque el juez no está obligado a recaudar todas las pruebas que surjan del acervo probatorio o le sean insinuadas, sino únicamente aquellas que de acuerdo a su racional criterio considere necesarias y conducentes para arribar a la verdad histórica de los hechos.

No se verificó la cita del indagado, seguramente por considerarse innecesario y hasta superfluo toda vez que la declaración de Irene Peña, confrontada y sopesada con los elementos de juicio aducidos, no habría variado o modificado sustancialmente la situación jurídica del procesado propiciando una absolución o la atenuación de su conducta, como advierte la Procuraduría Delegada, pues Rodulfo Peña Vargas había sido señalado por su coterráneo y amigo Hermes Pineda Burgos como uno de los contertulios de su establecimiento de juego de billar con quien el sindicado tuvo una discusión y amago de pelea; figura como la persona que portaba arma de fuego y, fundamentalmente, porque meses antes de los hechos rindió indagatoria en Bogotá en proceso por falsedad y hurto; indicios que en criterio de los juzgadores llevan a suponer de modo razonable y lógico su presencia en el lugar de los hechos descartando por completo la coartada aducida.

La nulidad por quebranto del derecho a la defensa no puede apoyarse en conjeturas traídas a ultranza, cuando, como en el caso *sub judice*, el profesional del derecho que la plantea es el mismo que intervino durante todo el curso del proceso en calidad de defensor del procesado y guardó absoluto silencio sobre el particular.

El hecho de que las características morfológicas de Rodulfo Peña Vargas y sus datos personales coincidan con los consignados en su cartilla decadactilar y con los descritos por las personas que lo observaron de cerca descartan la existencia de una fatal homonimia, insinuada por la defensa a lo largo del proceso.

No prospera la impugnación.

Decisión

En mérito 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 Rodulfo Peña Vargas, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

EXTRADICION

La exigencia de los artículos 551 y 558 del Decreto 2700 de 1991 se refiere a una equivalencia con la resolución de acusación y no a una identidad o paralelismo, pero además porque en el trámite cuya gestión ha sido atribuida a la Corte no corresponde entrar a cuestionar las pruebas sobre las cuales se funda la acusación ni a esclarecer la responsabilidad del solicitado, como que ello implicaría una competencial plena de la cual no ha sido revestida la Sala o una supeditación instancia repugnante frente a la autonomía de las autoridades judiciales de cada país, siendo entendido que de proceder la extradición serán las autoridades competentes que le juzgan y reclaman aquélla ante las cuales se realice el debate probatorio, no ante las encargadas solamente de revisar la presencia de unas exigencias formales sobre las cuales ha de emitirse concepto atinente a la viabilidad o no de la extradición.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8399.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado según Acta número 078.

Santafé de Bogotá, D. C., 26 de agosto de 1993.

Vistos

Surtido el trámite previsto en el Capítulo 3º, Título I del Libro Quinto del Código de Procedimiento Penal, emite la Sala concepto respecto de la solicitud de extradición del ciudadano libanés Gerios Salim Kerbage que formalmente eleva el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Antecedentes

1. Al individuo Gerios Salim Kerbage quien ha utilizado también para su identificación los nombres de Abou Salim, George Salim Addass, Georges Rizkallah y Georges Louftallah El-Helou se le requiere para que responda con otros imputados ante la Corte Distrital de Massachusetts (Boston), en los Estados Unidos de América por un delito

federal de narcóticos consistente en concertar para poseer con la intención de distribuir varios kilogramos de heroína y cocaína transportándolos de Colombia a Boston según hechos sucedidos a partir del mes de noviembre de 1992, actividad que continuó en el mes de enero del presente año en territorio colombiano y que concluyó con el secuestro de un informante confidencial de la DEA durante tres días, sometiéndolo a maltratos y utilizándolo como rehén.

2. El Gobierno de los Estados Unidos de América a través de su Embajada en esta ciudad cursó inicialmente la Nota Verbal 091 de febrero 3 del corriente año solicitando la detención provisional con fines de extradición del señor Gerios Salim Kerbage, petición que recibió su trámite en la misma fecha por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y corrido en traslado a la Fiscalía General de la Nación dio lugar a la Providencia de febrero 4 mediante la cual se dispuso la captura del solicitado.

La medida cautelar se facilitó en tanto las autoridades colombianas habían sorprendido y capturado al ciudadano extranjero tras su descubrimiento en tenencia de un pasaporte falsificado, dejándolo luego a disposición de este trámite de extradición cuya formalización se cumplió mediante nueva Nota Verbal 305 de marzo 31 de 1993 de la Embajada interesada, que una vez bajo traducción oficial trasladó el Ministerio de Relaciones Exteriores a su homólogo de Justicia y del Derecho con comunicación del 22 de abril, añadiendo que "por no existir Convenio aplicable al presente caso", el trámite a seguir tendría que ser el previsto en el Código de Procedimiento Penal colombiano, información que adjunta a la documentación íntegra atinente al caso de estudio se trasladó a esta Sala de Casación Penal para lo de su conocimiento.

3. Impulsado el rito previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal mediante auto del 6 de mayo último, el ciudadano Gerios Salim Kerbage solicitó mediante apoderado la práctica de diligencias orientadas a la determinación de la identidad del reclamado, probanzas que la Sala acogió añadiendo la práctica de otras que estimó necesarias para el esclarecimiento de este aspecto sustancial y que verificadas parcialmente en el exterior sumando el término de su trámite diplomático, más el de las distancias, colocan las diligencias en condiciones de adoptar la decisión que corresponde.

4. Dentro del término de traslado concedido para alegaciones al señor Gerios Kerbage, su representante judicial propuso a la Sala la emisión de un concepto adverso a la extradición, sustentado los siguientes argumentos:

4.1 La captura del señor Salim Kerbage ocurrió el día 2 de febrero de 1993; es decir, cuando aún no se había recibido la formal solicitud de extradición que en estas diligencias se tramita, ni la Fiscalía había expedido la orden de aprehensión, razón que la torna objetable.

4.2 Pese a que la Constitución Política de Colombia autoriza la extradición de extranjeros, ella se supedita al obedecimiento de una serie de exigencias que en el caso presente no se cumplen, comenzando con el aporte probatorio que en el caso del testimonio rendido por Joseph Walter se muestra contradictorio, pues según lo explica sólo el 2 de febrero de 1993 se acusó a Gerios Salim de asociación para poseer heroína y distribución de cocaína, pero ello implicaría en el extraditable un don de ubicuidad, porque apenas ese mismo día se le estaba aprehendiendo en Colombia, siendo

todavía más deficiente el testimonio como que ni siquiera indica la cantidad de droga por la cual se acusa a quien ya se hallaba capturado.

4.3 La acusación, prosigue el opositor, plantea la existencia de una empresa criminal, pero jamás explica qué personas la integraban, tampoco se dice su nacionalidad y mucho objeto social que las unía. La información remitida no indica cual era el objeto de la visita del señor Kerbage a Colombia, si el supuesto interés que lo animaba era el de circular drogas en los Estados Unidos, conociéndose en cambio por la versión rendida ante el DAS que el ciudadano libanés había programado su estancia en nuestro país como consecuencia de los conflictos familiares que le distanciaban con su esposa, demostrando poseer pasajes de regreso a su patria y no al país requirente.

4.4 Pasando a criticar más de fondo la naturaleza y contenido de la decisión judicial que suscita el pedido de extradición sostiene la defensa que según las pruebas que fundamentan la acusación los hechos se descubrieron por delación de un agente de la DEA, pero no se aclara qué clase de entidad corresponde a esa sigla, y sí en cambio se descubre que toda la imputación se limita a una tentativa frustrada que no merecería represión en Colombia, porque el agente no circuló sustancias estupefacientes sino una bolsa que apenas aparentaba contenerlas, y que ni siquiera el señor Kerbage fue quien tuvo la iniciativa para el tráfico sino que ella partió del agente encubierto identificado como "IC-1", como tampoco ingresó al territorio del Estado que lo reclama. Lo que explica que allí no cuenten con los datos sobre su identidad.

Reclama que ante la legislación nacional no es posible impartir condena fundada en pruebas ocultas como sería el caso que se analiza. Añade que la información cita como cómplice al colombiano Marco A. Moreno, pero esa alusión apenas se muestra como un nombre inventado y orientado a "enredar" más las cosas, extrañándose porque pese a que la Corte solicitó que se aportaran "todas" las pruebas de incriminación, el Gobierno de los Estados Unidos hizo caso omiso del requerimiento.

Insiste luego en que la providencia que sirve de base al pedimento de extradición no es equivalente a la resolución de acusación de la legislación procesal penal colombiana, pues mientras en esta se exige la prueba plena del hecho la pieza conocida en copia simplemente enuncia unos hechos, sin que se acredite en ella que Gerios Salim ingresó a los Estados Unidos, mucho menos que introdujo allí sustancias prohibidas pues las trasladadas se dicen ficticias, ni hay experticia sobre identificación de esos elementos, todo lo cual indica que simplemente se trata de un montaje y lo que es peor, relacionado con hechos que ni siquiera constituyen en el derecho colombiano una tentativa.

La equivalencia de la decisión también resulta cuestionable -añade-, por falta de identificación del acusado cuya descripción física se omite, ni indica el delito ni la pena y mucho menos resume y contesta las explicaciones del imputado como sí ocurriría en una resolución proferida bajo aplicación del derecho colombiano.

4.5 A las razones jurídicas agrega la defensa otras que considera de índole político afincantes con los motivos que al decir del retenido suscitaron su visita a Colombia, transitoria, con vocación turística y vía de destino de regreso a su patria donde las desavenencias conyugales lo habían presionado a salir temporalmente, de manera que ante estas circunstancias y las del defectuoso pedido de extradición, debe prevalecer la

orden del Gobierno colombiano que había dispuesto la expulsión del señor Gerios Salim Kerbage, con mayor razón si el Gobierno requirente no logró probar la identidad del ciudadano a quien reclama, rematando con la afirmación de decidirse ahora no la suerte sino la vida misma del ciudadano libanés en cuya representación se pide.

Consideraciones de la Sala

1. Como en criterio de la Cancillería y "por no existir Convenio aplicable al presente caso, es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal, se impone someter el pedimento que en este asunto se despacha a los parámetros del Capítulo 3º, Título I del Libro Segundo del Decreto 2700 de 1991 y a los principios del derecho internacional, particularmente al de la reciprocidad.

2. Consultadas, como consecuencia, las exigencias de los artículos 546 y siguientes del citado Decreto 2700 de 1991, adviértese en primer lugar que la extradición del individuo requerido, establecida su nacionalidad como ciudadano libanés no se halla prohibida por los cánones constitucionales ni legales que solamente la exceptúan para los colombianos por nacimiento, y que los trámites previos al pronunciamiento de la Corte cabalmente se han cumplido, porque la Nota Verbal que inicialmente reclamaba la retención del extranjero señor Gerios Salim Kerbage se impulsó por la vía diplomática, mereciendo a continuación su trámite en el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General de la Nación y el Departamento Administrativo de Seguridad, y de igual modo su formalización consta bajo idéntica rutina, concluyendo los documentos para su estudio en esta sede.

3. Sometiendo los elementos recaudados al cotejo que de ellos impone el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal concluyese como a continuación se expresa:

3.1 *Identidad plena del solicitado*

La documentación originalmente remitida por el Gobierno solicitante señaló al individuo requerido con el nombre de Gerios Salim Kerbage, añadiendo como datos complementarios su nacionalidad libanesa y la utilización de los siguientes nombres: Abou Salim, George Salim Addass, Georges Rizkallah y Georges Louftallah El-Helou. También añadió que se trataba de un hombre de raza blanca que utilizaba el pasaporte libanés 0495930 expedido a nombre de Georges Loutfallah El-Helou quien se hallaba en Colombia desde el mes de diciembre de 1992, y a quien las autoridades colombianas habían retenido como portador de documentos de identidad falsos.

La segunda Nota Verbal adicionó la declaración jurada de Joseph M. Walker III Fiscal Federal Adjunto del Distrito de Massachusetts, copia de la acusación del Gran Jurado en contra de Gerios Salim Kerbage y compañeros de causa, copia de la legislación penal de los Estados Unidos pertinente para el presente caso y la declaración jurada de Greg A. Millioughby Agente Especial de la DEA quien suministra pormenores relacionados con los hechos y la participación del retenido ciudadano libanés, pero sin que en ella se arrojen nuevas luces sobre la filiación o datos morfológicos del requerido.

Como a juicio de la Corte la información anterior no resultaba aún satisfactoria para colegir que la persona aprehendida fuese la misma reclamada en extradición, ni para conocer las circunstancias relativas al ingreso y permanencia del retenido en Colombia,

dispuso allegar los pormenores que sobre el ciudadano Gerios Kerbage registraran la Fiscalía General y el Departamento Administrativo de Seguridad, y coincidiendo con la solicitud de la defensa demandó del Gobierno solicitante la información adicional que permitiera el grado de certeza necesario sobre la individualización del a extraditar.

Los resultados obtenidos durante la etapa probatoria redundaron en la confirmación de la identificación del aprehendido, como en la seguridad de que se trata de la misma persona cuya entrega se impetra:

El Gobierno de los Estados Unidos de América atendió la exhortación mediante el envío de una ampliación del testimonio jurado del Agente Greg Willoughby dentro de la cual ratifica la nacionalidad libanesa de Salim Kerbage, pero además aporta una fotografía que dice haberle sido suministrada por el Agente Especial Rick Weber de la Administración para el Control de los Estupefacientes quien la identificó como correspondiente a Gerios Salim, que el declarante utilizó para integrarla a otras de diferentes individuos y someterla al reconocimiento del agente encubierto IC-1 quien fuera secuestrado en Colombia por el aquí aprehendido, obteniendo como resultado la ratificación de Gerios Salim como el mismo individuo partícipe de las actividades reprochadas, entre ellas la de retención del agente que realizó el reconocimiento.

Los datos suministrados a su vez por las autoridades colombianas cotejaron en plena coincidencia con los anteriores, pues el Departamento Administrativo de Seguridad señaló que en sus registros y bajo el R.G. número 125858 tiene inscrito a Gerios Kerbage nacido en Beirut el 7 de septiembre de 1935, hijo de Naila y Salim, de profesión agricultor y estado civil casado como ingresado al país el 7 de diciembre de 1992 por el Aeropuerto de Eldorado, ratificando que esa entrada al territorio la consiguió el extranjero utilizando un pasaporte libanés que no le pertenecía, expedido con el número 0673493 a nombre de Georges Emile Rizkallah, valga decir, otro de los nombres bajo los cuales se conoce y señala al imputado.

Para mayor seguridad anotó el DAS que en versión libre y espontánea rendida ante sus dependencias el 3 de febrero último, el señor Gerios Kerbage admitió la utilización del pasaporte ajeno para su ingreso al territorio colombiano, excusándose, como así consta en el texto duplicado de esa versión, en que su esposa le había destruido su documento original de identificación internacional. Este ingreso fraudulento, sumado a la solicitud de extradición, sirvió para que la Dirección de Extranjería dispusiera desde el mes de marzo de 1993 la expulsión del retenido del territorio nacional.

Cruzadas las informaciones anteriores se deduce sin la menor dificultad que el individuo retenido y puesto a órdenes de este asunto para fines de extradición es realmente Gerios Salim Kerbage, según personalmente lo admitió ante las autoridades nacionales; que efectivamente se trata de la misma persona que ingresara a Colombia utilizando fraudulentamente el pasaporte de Georges Emile Rizkallah, y que por los mismos datos confirma su permanencia en el país durante el tiempo en que la acusación del Gran Jurado le concreta las actividades delictivas por las cuales se reclama su extradición, datos a los cuales se suma la coincidencia de los rasgos físicos que muestran las fotografías aportadas tanto por el DAS y por el Gobierno requirente como correspondientes a Gerios Kerbage.

No pueden, de consiguiente, acogerse en este aspecto los reparos que formula la defensa, luego de ser el acusado mismo quien suministra los datos confirmatorios sobre su nombre, referencias biográficas, atribución de un segundo nombre para su identificación que coincide con aquel que le atribuye su juzgador con motivo de la formalización del cargo y quien reconoce, por lo demás, las circunstancias de ingreso y permanencia en Colombia que sirven de presupuesto de los cargos que se le imputan, rematando en el reconocimiento de pertenecer la fotografía remitida en su información complementaria por el Gobierno requirente a su representado, aceptación que por encima de las circunstancias que mediaron para su consecución tiene ante todo como poder probatorio la afirmación de haber servido para el reconocimiento certero Cierios Kerhurge como el mismo individuo concertado para de la exportación de sustancias estupefacientes de Colombia a los Estados de América e involucrado en el secuestro del agente encubierto que terminó haciendo su reconocimiento.

3.2 *La doble incriminación*

Exige la ley de procedimiento penal que el hecho motivante de la extradición "también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años".

Sobre el particular aparece como hecho naturalísticamente considerado dentro del cargo primero de la acusación del Gran Jurado y que involucra al señor Cierios Salim Kerbage el de haberse unido a sabiendas e intencionalmente con Nidal Daoud Garabed, Pedro Hidalgo y Francisco Hernández y con ellos conspirado y acordado "para poseer cierta cantidad de una mezcla o sustancia que contenía cierta cantidad perceptible de heroína ...con intención de distribuirla y para distribuirla", lo mismo que para "poseer cierta cantidad de una mezcla o sustancia que contenía cierta cantidad de cocaína... con intención de distribuirla y para distribuirla, en violación de las Secciones 841a)1) y 841b)1)C del Título 21, Código de los Estados Unidos. Todo ello con violación de la Sección 846 del Título 21, Código de los Estados Unidos" y prevención de aplicabilidad de las Secciones 841b)1)A)i y ii Título 21 del mismo Código, precisando que la cantidad de las sustancias se aproximaba a 1 kilogramo de heroína y 5 kilogramos de cocaína.

Complementariamente y sobre el contenido de estas disposiciones que en la segunda Nota Verbal se transcriben, tiénese que la sección 846 del Título 21 del Código de los Estados Unidos se refiere a la asociación o intento de comisión de delitos definidos en ese subcapítulo, extendiéndole las penas previstas para los tipos allí descritos, y que dentro de éstos se prevé en la sección 841)A)a) la fabricación, distribución o posesión de sustancias controladas o falsificadas como infracción, cuya sanción (aparte b) de acuerdo con la clase y cantidad de la sustancias implica encarcelamiento no menor de 10 años ni mayor de una cadena perpetua, aclarándose con reproducción de la sección 3282 del Título 18 de la misma codificación la vigencia de la acción penal, en cuanto transcurrió un lapso inferior a cinco años entre la ocurrencia del hecho y la Acusación del Gran Jurado.

No es cierto, entonces, como lo viene objetando la defensa, que a pesar de imputarse una asociación para la comisión de delitos se haya omitido el señalamiento de los varios involucrados en la concertación, tampoco que en la decisión acusatoria se omitiera señalar

la cantidad de la sustancia ni las disposiciones aplicables, y mucho menos que se omitiese la precisión de los cargos que en concreto vinculan al reclamado ahora en extradición, pues todos esos datos se contienen en el pliego y la documentación complementaria, pero tampoco acertado su reparo relacionado con la inadecuación de la conducta a una de las descripciones punibles de la ley penal colombiana, o a la sugerencia de una tentativa que, bien por su frustración pudiese estimarse no punible, o cuando menos sancionada con una pena inferior a aquella que exige la ley como requisito para que el concepto sobre extradición pueda extenderse favorable.

Es de rigor en este sentido recordar que en la normatividad penal colombiana, el Estatuto Nacional de Estupefacientes contenido en la Ley 30 de 1986 reprime las conductas relacionadas en general con el tráfico de drogas prohibidas, dentro de las cuales el artículo 32 inciso primero reprime con pena de 4 a 12 años de prisión a quien saque del país, adquiera u ofrezca sustancias que originen dependencia física o psíquica, característica de las manipuladas por el señor Kerbage, y que la pena mínima se elevará al doble cuando, como también aquí ha sucedido -se dice que en parte en el territorio colombiano y parte en los Estados Unidos de América-, el sujeto agente hubiere ingresado al país con engaños o en forma fraudulenta -empleo de un pasaporte falso-, sin perjuicio de las sanciones aplicables en caso de concurso (artículo 382).

Pero, además y para descontar la tesis de la tentativa como de su frustración o imposibilidad, ha de remitirse a la defensa al integral contenido de los elementos de juicio aportados como al texto del artículo 44 de la Ley 30 de 1986, porque sobre el aspecto fáctico es cabal que cuando los declarantes mencionan la entrega en Boston de una sustancia "licticia" se refieren a aquella que tuvieron que dar para que al agente encubierto conocido como IC-1 liberara en Colombia, mas no a la droga que ya se había negociado por Kerbage y sus asociados la que en verdad mezclaba estupefacientes, y en cuanto al precepto del invocado artículo 44 este constituye en infracción autónoma y sancionada con 6 a 12 años de prisión el hecho de concertarse para delinquir, cuando esa asociación criminal tiene por fin como aquí se acusa "realizar algunas de las conductas descritas en los artículos antes citados" dentro de los cuales se ubica el 32 de cuyos apartes pertinentes se ha hecho ya mención.

Es incuestionable, entonces, que la doble incriminación es aquí un hecho demostrado, como probado queda que las infracciones imputadas al señor Salim Kerbage tienen en la legislación nacional una represión que por su naturaleza y duración reúnen los requisitos de sustento para una extradición.

3.3 *Equivalencia de la decisión proferida con la resolución de acusación:*

La documentación contenida en la segunda Nota Verbal mediante la cual se formaliza el pedido de extradición que satisface como queda visto las exigencias del artículo 551 del Código de Procedimiento Penal contiene ante todo en transcripción autenticada y traducida con los avales del Ministerio de Relaciones Exteriores la "Acusación del Gran Jurado" del Tribunal Federal del Distrito de Massachusetts, dentro de la causa penal número 93-10067-WD, de cuyo texto se desprende la formulación de cinco cargos

concretados tanto con la relación a los hechos constitutivos de cada uno como de las disposiciones en cada caso vulneradas y el señalamiento de las personas comprometidas con la infracción y a las cuales cobija el enjuiciamiento.

En esa pieza procesal y respecto del primero de los cargos, único comprensivo del aquí solicitado, aparecen precisados los hechos respecto del lugar de ocurrencia (Boston, sus alrededores y otros sitios), la fecha (a partir de noviembre de 1992 y hasta el 1° de febrero de 1993) y el nombre de los acusados (Nidal Daoue Garabed, alias Rolando Mekaem, alias Rolando Pacheco; Pedro Hidalgo; Francisco Herrández y Gerios Salim Kerbage), concretando el presupuesto fáctico de la imputación, su adecuación típica y la cita de las disposiciones aplicables.

Como complementariamente y según se tiene advertido, respecto del recaudo probatorio la documentación contiene la versión formal rendida por el Fiscal Federal Adjunto del Distrito de Massachusetts Joseph M. Walker donde se da cuenta de las pruebas que sustentan la actuación y comprometen al requerido, ninguna duda asoma sobre la paridad que existe entre el procedimiento foráneo advertido y la resolución de acusación de que trata el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal colombiano, sin que en ello puedan acogerse tampoco las objeciones formuladas por el señor defensor de Gerios Salim Kerbage, porque la exigencia de los artículos 551 y 558 del Decreto 2700 de 1991 se refiere a una equivalencia con la resolución de acusación y no a una identidad o paralelismo, pero además porque en el trámite cuya gestión le ha sido atribuida a la Corte no corresponde entrar a cuestionar las pruebas sobre las cuales se funda la acusación ni a esclarecer la responsabilidad del solicitado, como que ello implicaría una competencia plena de la cual no ha sido revestida la Sala o una supeditación instancial repugnante frente a la autonomía de las autoridades judiciales de cada país, siendo entendido que de proceder la extradición serán las autoridades competentes que le juzgan y reclaman aquéllas ante las cuales se realice el debate probatorio, no ante las encargadas solamente de revisar la presencia de unas exigencias formales sobre las cuales ha de emitirse concepto atinente a la viabilidad o no de la extradición.

Infiérese, pues, de todo lo precedentemente analizado, el lleno de los requisitos previstos en el invocado artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, razón suficiente para que la Corte anuncie su concepto favorable a la extradición solicitada.

Sin embargo y como tanto en el planteamiento defensivo como de la información suministrada por el Gobierno solicitante asoman todavía aspectos *sui lateris* que conviene por breve que ello sea esclarecer, a ellos aludirá la Corte a continuación:

Reprocha la defensa que la captura de Gerios Salim fue ilegal porque ni obedeció a orden de autoridad competente ni se realizó en flagrancia. A ese respecto bien merece resaltar que si bien resulta cierto que la aprehensión del extranjero se produjo el 2 de febrero de 1993 en tanto el auto de la Fiscalía General sólo vino a producirse dos días después, no escapa la explicación que se contiene en la Resolución de expulsión proferida por el Director de Extranjería del Departamento administrativo de Seguridad y que satisfactoriamente entera sobre la razón de aquella condección, pues al señor Kerbage se le sorprendió en el curso de una diligencia de allanamiento portando como documento de identificación un pasaporte que él mismo confesó haber adulterado para

que le sirviera pese a no ser su titular, y ese hecho constituía infracción de falsedad cuyo sorprendimiento *in situ* autorizaba la actividad cumplida por la Policía.

También sugiere la defensa que se conceda prelación a la orden de expulsión decretada por el Departamento Administrativo de Seguridad en contra del señor Gerios Salim, pero una petición de tal naturaleza escapa a la competencia de la Corte que no la tiene para referirse a temas diferentes de la emisión del concepto que se le solicita, sentido en el cual limita su respuesta a tales inquietudes.

Por último y como las certificaciones expedidas por la Fiscalía General de la Nación dejan entrever que esa entidad no registra aún la información que en este trámite aparece respecto de las actividades ejecutadas por el retenido dentro del territorio nacional, procederá la Corte a expedirle copia de lo pertinente para lo atañadero a su competencia.

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

RESUELVE:

Primero. Rendir concepto favorable a la extradición del ciudadano libanés Gerios Salim Kerbage, de anotaciones personales consignadas en esta providencia, atendiendo a la solicitud formal en tal sentido cursada por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Déjese en consecuencia al retenido a disposición del Ministerio de Justicia para lo de su cargo, y

Segundo. Por la Secretaría de la Sala y con destino a la Fiscalía General de la Nación expídanse las copias indicadas en la parte considerativa.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

SENTENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

La sentencia -que representa la declaración final jurisdiccional de la voluntad de la ley en un supuesto específico llevado a conocimiento del juez- debe ser congruente, esto es, guardar armonía con los cargos formulados en la resolución de acusación o también con la posible variación que pueda acaecer en la audiencia pública (artículo 501 C.P.P. de 1987). La materia de acusación fija el objeto y el ámbito propio del fallo. Por tanto, no le es dable al juzgador condenar al imputado por una conducta distinta a la seleccionada en aquel pronunciamiento que torne más gravosa su situación penal o por un delito que no se ha discutido. El juez sólo se halla subordinado a los hechos incluidos en la acusación. Para entender a cabalidad el alcance de los cargos deducidos en la resolución de acusación debe acudirse no sólo a la formulación del proveído calificatorio y las razones que lo fundamenten, sino también los actos posteriores de la defensa, en especial de la audiencia pública, pues ellos revelan con exactitud el entendimiento que se tiene de los reproches. Al ser analizados como un todo, es posible extraer la exacta dimensión de los cargos formulados.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8032.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 78.

Santafé de Bogotá, D. C., 26 de agosto de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Arturo León Aroca contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, calendada a treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), por medio de la cual revocó el fallo absolutorio de primera instancia, condenando al citado León Aroca y a José Filemón Forero Castro a la pena principal de

veintidós (22) meses de prisión y a las accesorias de ley como autores penalmente responsables del delito de corrupción.

Declarado admisible el recurso, fue sustentado en escrito ajustado formalmente a las exigencias de ley.

Hechos

Abusos sexuales cometidos contra su hija de nueve (9) años, Leslie Johana, llevaron a su padre, Luis Carlos Castro, a poner los hechos en conocimiento de las autoridades, el catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa (1990). De los ilícitos se pudo enterar por su compañera Martha Londoño quien escuchó los detalles de la ofendida. Según la versión de la niña, sus tíos, José Forero y Arturo Aroca, en varias oportunidades realizaron en su cuerpo maniobras eróticas a cambio de regalos y dinero, siendo además objeto de amenazas para que guardara silencio. Aunque la menor aseguró que hubo penetración del asta viril en su vagina y en su ano, el peritazgo de Medicina Legal encontró intactos los tejidos correspondientes.

Sinopsis Procesal

Se ocupa de ella la Delegada en términos que bien merecen suscribirse:

"Denunciados los hechos se dio inicio a la respectiva investigación penal y dentro de ella se vinculó mediante indagatoria a los señores Arturo León Aroca y José Filemón Forero Castro, a quienes se les definió situación jurídica sin proferir medida de aseguramiento en principio. Cerrada la investigación penal se calificó el mérito del sumario, profiriendo resolución de acusación en contra de los procesados por el delito de acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir del artículo 300 del C.P. Iniciada la audiencia pública, dentro de ella la Representante del Ministerio Público solicitó se decretara el cambio de calificación jurídica provisional, por lo cual mediante providencia de diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991) el Juzgado accedió a ello, considerando que el pliego de cargos se debía proferir pero por el delito de corrupción, previsto en el artículo 305 del C.P., posteriormente se realizó la diligencia de audiencia pública, y una vez terminada la misma se dictó sentencia de primera instancia en la que se absolvió a los procesados. Apelada esta decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, revocó la sentencia absolutoria y condenó a los procesados al encontrarlos responsables del delito de corrupción en concurso homogéneo, imponiéndoles en consecuencia una pena de veintidós (22) meses de prisión. Conocida la decisión se recurrió en casación ante la Corte Suprema de Justicia".

La Demanda

Con fundamento en la causal segunda, contemplada en el artículo 220 del C. de P.P. considera el recurrente que existe incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia por cuanto a Arturo León Aroca se le reprocha una violación a los artículos 305 y 306 ordinales 2 y 5 de C.P., empero se le condena, aparte de éstos, por el título III, artículo 26, *ibidem*; esto es, se le condenó por hechos desconocidos que no fueron

ni atribuidos ni debatidos en el auto enjuiciatorio. Por consiguiente, afirma el censor, al condenársele por una figura concursal de cuyas características legales jamás tomó conocimiento el acusado, se le incrementó la sanción en seis meses más.

Deprecа, por tanto, se case la sentencia y se adopten las decisiones previstas en el numeral 2° del artículo 229 del C. de P.P.

Concepto del Procurador Primero (1°) Delegado en lo Penal

Entiende la Delegada que el censor alega una inconsonancia entre el pliego de cargos y la sentencia por haber contemplado la segunda la figura concursal que no había mencionado el primero. Rechaza el reproche recordando la jurisprudencia nacional que ha declarado que si la resolución acusatoria no invoca expresamente las disposiciones legales que se refieren al concurso de hechos típicos, pero se deduce de la misma acusación y los actos de defensa en la audiencia, se debe aceptar su presencia en el vocatorio en juicio.

Este es el caso del presente debate y por ello solicita a la Sala *no casar* la sentencia impugnada.

La Corte

1. Por considerar que existe incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia condenatoria de segundo grado, el casacionista acude a la causal segunda de casación prevenida en el artículo 220 del C. de P.P. Sostiene la demanda que al procesado se le enjuicia por el delito de corrupción (artículo 305 del C.P.) pero se le condena, además, por una figura concursal inexistente en el auto calificador de cuyas características jamás tomó conocimiento el acusado, incrementándole la sanción en seis (6) meses más.

2. La sentencia que representa la declaración final jurisdiccional de la voluntad de la ley en un supuesto específico llevado a conocimiento del juez debe ser congruente, esto es, guardar armonía con los cargos formulados en la resolución de acusación o también con la posible variación que pueda acaecer en la audiencia pública (artículo 501 C. de P.P. de 1987). La materia de acusación fija el objeto y el ámbito propio del fallo. Por tanto, no le es dable al juzgador condenar al imputado por una conducta distinta a la seleccionada en aquel pronunciamiento que torne más gravosa su situación penal o por un delito que no se ha discutido. El juez sólo se halla subordinado a los hechos incluidos en la acusación.

3. Al calificarse el mérito del sumario se llamó a responder en juicio criminal a los coprocesados por el delito-tipo prevenido en el artículo 300 del C.P., esto es, acto sexual en persona puesta en incapacidad para resistir. En la diligencia de audiencia pública y a petición del representante del Ministerio Público se impetró el cambio de la calificación jurídica provisional de los hechos a lo que accedió el Juzgado de conocimiento por considerar que era el delito de corrupción el punible que recogía la conducta achacada a los culpables. Por dicha infracción se absolvió a éstos, mas el Tribunal, al revisar por apelación la decisión absolutoria la revocó y en su lugar condenó a Forero Castro y a Aroca por el delito antecitado en la modalidad de concurso homogéneo (artículo 26 del C.P).

4. En el acto *sub examen* es palmar que el juzgador al momento de la var ación tuvo el buen cuidado de examinar no solamente el contenido ilícito del comportamiento denunciado sino también las circunstancias que acompañaron su comisión. Con la claridad deseada se refirió de manera precisa e inequívoca a la conducta punible y a la pluralidad de acciones de la misma especie subsumibles dentro de un mismo tipo legal, bien que deberá reconocerse que no hizo mención ni a la designación doctrinal como se conoce a este fenómeno concursal ni a la nomenclatura legal que lo recoge.

5. No estará de más anotar que la expresión del alcance y contenido del injusto -a partir del instante procedimental referido- no constituyó motivo de duda o irresolución, ni tampoco el señalamiento de todas y cada una de las modalidades principales o accesorias del hecho punible. Estas verdades procesales se conocieron y agitaron en la audiencia y los actos de defensa -si bien se ve- se ocuparon de ellas, controvirtiéndolas. No hubo, pues, quebrantamiento del derecho de defensa, ni tampoco se sorprendió al acusado con enjuiciamientos arbitrarios o desconocidos. Por el contrario, él y su defensor tuvieron la oportunidad amplia y eficaz de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescritas por las leyes respectivas.

6. No hay obstáculo, entonces, para afirmar rotundamente que el pliego de cargos se acomodó a los presupuestos que para su producción reclama el código de la materia. Como tampoco lo hay para pregonar que no implica desafuero alguno ni falta grave contra la sistemática procedimental, el que el juzgador hubiera prescindido de prolijos detalles teóricos en el estudio del asunto que echa de menos el demandante, o que no hubiera encarado con todo el tecnicismo formulando la denominación exacta del fenómeno jurídico involucrado.

7. Es útil hacer notar, que la sentencia acogió en toda su extensión y con un criterio metódico los presupuestos legales asentados en la calificación de los hechos. Se subordinó a ellos y su decisión final respeta en un todo aquellas previsiones. Nada más, pero tampoco nada menos.

Cabe recordar que la Corte en varias oportunidades (por ejemplo, diciembre 2 de 1992) ha hecho claridad sobre el asunto, enseñando que para entender a cabalidad el alcance de los cargos deducidos en la resolución de acusación debe acudirse no sólo a la formulación del proyecto calificatorio y las razones que lo fundamenten, sino también los actos posteriores de la defensa, en especial de la audiencia pública, pues ellos revelan con exactitud el entendimiento que se tiene de los reproches. Al ser analizados como un todo, es posible extraer la exacta dimensión de los cargos formulados.

Obsérvese

En el auto calificatorio, desde los primeros renglones, se insinúa el tema concursal. Al abordar la "cuestión fáctica" advierte el instructor que la menor "...venía siendo víctima de sus tíos ...de diversos actos sexuales... Hechos que tenían ocurrencia en la casa de la ofendida o en la residencia de la madre de la misma" (fl. 111). Como bien se ve, la pluralidad de las acciones delictuosas es manifiesta.

A continuación y al adentrarse en el "aspecto subjetivo", cita con profusión el dicho de la impúber poniendo especial énfasis en los varios comportamientos reprochables

cometidos por los procesados contra la niña, transcribiendo apartes de su relato sobre las veces que ejecutaron actos libidinosos sobre su cuerpo. Finalmente, en el acápite correspondiente a la culpabilidad, el funcionario advierte que "los imputables tenían pleno conocimiento que los actos que efectuaban eran de carácter sexual... y luego al hablar de la infante resalta la veracidad que le asiste "...narrando los hechos ilícitos...".

En la audiencia pública también se hizo clara la intención de poner en relieve los diversos actos eróticos de que fue víctima la pequeña. En tal sentido se indagó a su hermano Luis Carlos y luego de suspenderse el debate, se hizo eco de la petición del Ministerio Público, variándose la calificación provisional, luego de detallarse las diversas conductas prohibidas realizadas por los enjuiciados, tales como "...los besos, los tocamientos lúbricos hasta los coitos interfémoras, las masturbaciones, el tocamiento de los órganes genitales...". Más adelante el juzgador acepta "...que se ejecutaron actos eróticos sexuales, diversos del acceso carnal en la humanidad de la niña Leslie Johana Castro, pretendiéndose su concurso y con la consiguiente satisfacción del instinto sexual..." (fls. 199 y 200). Al reiniciarse la audiencia y después de escucharse de nuevo a los implicados sobre los diversos hechos que se les imputan, el Ministerio Público habló sobre el relato de la menor. De igual manera, tanto el representante de la parte civil como la defensa, enmarcaron sus intervenciones con base en la pluralidad de acciones imputadas a los coacusados.

Esto lo entiende a cabalidad la sentencia de primera instancia y por ello el desarrollo de su argumentación sigue igual camino. Temprano, al relatar los hechos aclara que la denuncia versa sobre la noticia que recibió el padre de la menor acerca de que "...desde hacía tiempo venía siendo objeto de abusos sexuales por parte de sus tíos...". Posteriormente, para sustentar la absolución, habla de las plurales ocasiones en que, presuntamente, la menor fue sometida a diversos vejámenes sexuales, detallando las circunstancias en que se cometieron.

8. Como bien se observa, tanto en el auto calificatorio como a lo largo de la etapa de la causa, la controversia gira siempre en torno a las varias ocasiones en que la menor fue víctima de las agresiones contra su libertad sexual. En tal sentido se acusó a los procesados y para refutar los cargos se contestó en igual manera. Siempre la defensa estuvo avisada sobre ello, dedicándose a desvirtuar dichas acriminaciones.

Por ello, al concretarse el tema de la adecuación típica en la segunda instancia, no se hizo cosa diferente a desarrollar en debida forma el pliego de cargos. La congruencia jamás fue rota. Simplemente se buscó con el aserto una precisión mayor desde el punto de vista jurídico de un tema sobre el que había suficiente ilustración para todos los coautores que, en ningún momento se vieron sorprendidos, pues cada cual, como ya se dijo, enfocó sus argumentos teniendo como mira la pluralidad de acciones denunciadas.

La demanda no prospera.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó) *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

El numeral 3º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal exige que en la demanda se señale la causal que se aduce, con la indicación clara y precisa de los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estima infringidas: Quien va a elaborar una demanda de casación debe concretar estos aspectos: 1. Identificación del error que motiva la inconformidad del recurrente. 2. Selección de la causal aplicable, el motivo y el sentido. 3. Formulación del cargo. 4. Demostración, y 5. Petición.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8605.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 78.

Santafé de Bogotá, D. C., 26 de agosto de 1993.

Vistos

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado César Augusto Martínez Gallego, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Once Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual le impuso al acusado dieciseis años de prisión como autor del delito de homicidio agravado.

La Demanda

El libelista invoca la causal primera de casación, por estimar que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por infracción indirecta, y aduce como sustento de su afirmación lo siguiente:

"A) Se ignoró que en el acervo probatorio no existe prueba alguna y que demuestre con absoluta certeza que César Augusto Martínez Gallego fue quien le dio muerte a Luis Eduardo Reales Polo, y la honorable Sala para confirmar la sentencia condenatoria, se fundamentó en la presunción probatoria de naturaleza conclusiva y no se tuvo en cuenta que después a que los desconocidos abordaran el automotor con el hoy obirado, los

señores Roberto Emilio Fernández Charrys, propietario del establecimiento La Conga Robinson Enrique Gaviria Herrera mesero del establecimiento y Ramiro Efrén Palma Rodríguez, propietario de la heladería La Preferida, en donde la noche del insuceso se hallaba el procesado, son claros, concordantes y verosímiles en afirmar que Martínez Gallego, se hallaba en la preferida posteriormente a que el interfecto abandonara La Conga, razón por la que la defensa considera la inexistencia de los presupuestos del artículo 247 del C.P.P".

"B. Se condenó al acusado, dándole más valor probatorio a las deposiciones de los testigos de cargo, todos familiares del interfecto, quienes desde el inicio de la investigación y por el interés que le asiste, mostraron predisposición en endilgarle la autoría del punible a Martínez Gallego y llegaron al extremo de utilizar al menor Dagoberto Medina Reales, para que narrara una persecución fantasiosa de los presuntos homicidas, hecho que sólo existió en la mente de los interesados en que el procesado fuera condenado. No obstante a lo anterior, los testigos de cargo fueron desmentidos por los señores Yesid José Castellanos Rodríguez y Otto Reales Hernández a quienes no le asiste ningún interés en el proceso, más sin embargo la honorable Sala, no les da ningún valor probatorio, a pesar que sus deposiciones son concordantes y verosímiles".

"C. Honorables Magistrados, a pesar de ese caudal de dudas existentes en el proceso sobre la presunta participación del acusado en el punible y que el artículo 247 del C.P.P., señala unos presupuestos mínimos para proferir sentencia condenatoria, esas lagunas dudativas (sic) las resolvió la honorable Sala en contra del procesado y para llegar a esa convicción de certeza absoluta, se hizo a través de presunciones probatorias de naturaleza conclusiva, dándole más valor al decir de los familiares y testigos de cargo, descartando apartes de las deposiciones de: Roberto Emilio Fernández, Robinson Enrique Gaviria Herrera y Ramiro Efrén Palma Rodríguez, quienes son concordantes, claros y verosímiles en afirmar que una vez el interfecto abandonará el lugar de los hechos, el encartado permaneció en la heladería La Preferida hasta cuando apagaron las luces y cerraron el establecimiento".

Consideraciones de la Sala

El numeral 3º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal exige que en la demanda se señale la causal que se aduce, con la indicación clara y precisa de los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estima infringidas.

En el presente asunto el libelista invoca la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial, pero no presenta ningún cargo, simplemente se limita a hacer tres afirmaciones generales indicativas de su inconformidad, sin ubicarlas dentro de los sentidos que puede tener la violación aducida.

La primera se reduce a sostener que no hay prueba alguna que demuestre que su elicnte fue el autor del hecho. La segunda a quejarse de que le hubieran reconocido credibilidad a los testigos de cargo, sin hacer el más mínimo esfuerzo por insinuar siquiera la existencia de algún error; y el tercero, a aseverar que existen dudas en el proceso sobre la participación del acusado, y que el Tribunal para llegar a la certeza le dio más valor a las declaraciones de los familiares de la víctima.

Desconoce el demandante que la violación indirecta de la ley puede presentarse a través de un error de hecho por falso juicio de existencia o de identidad, o a un error de derecho por falso juicio de legalidad o de convicción, sentidos de la violación que tienen sus particulares características, que a su vez hacen que la demostración tenga que apuntar a un preciso objetivo y sujetarse a determinadas reglas propias del recurso.

Quien va a elaborar una demanda de casación debe concretar estos aspectos: 1. Identificación del error que motiva la inconformidad del recurrente. 2. Selección de la causal aplicable, el motivo y el sentido. 3. Formulación del cargo. 4. Demostración, y 5. Petición.

El actor no supo diferenciar la pura y simple disparidad de criterio, con la existencia de un error que haga viable la formulación y demostración de un cargo en casación, de ahí que su escrito no reúne los requisitos de ley, por lo tanto se rechazara *in limine*, declarando a su vez desierto el recurso.

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

RESUELVE:

Rechazar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado César Augusto Martínez Gallego, y en consecuencia se declara desierto el recurso.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firma), Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia.

Rafael E. Cortés Garnica. Secretario.

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD

No basta con invocar tan sólo la ocurrencia de un presunto vicio para solicitar que en sede de casación se invalide lo actuado, pues las ineludibles exigencias formales de la demanda imponen en el recurso extraordinario que la proposición de vicios in procedendo, a diferencia de cuanto ocurre en las instancias, señale con especificidad la naturaleza del vicio acusado, la causal de nulidad a la cual apunta esta trasgresión, fije el concepto sobre la insuperabilidad de aquel defecto e indique de modo claro y preciso su trascendencia dentro del proceso, pues concebidas las nulidades como remedios extremos con los cuales se busca el restablecimiento de una garantía sustancial reconocida, tendrá ello que vincularse con alguna de las taxativas causales previstas en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, valga decir, la incompetencia del funcionario, la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o, la violación del derecho de defensa, aspectos que dentro del principio de limitación compete plantear y demostrar al libelista.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8013.

Magistrado Ponente. Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 078.

Santafé de Bogotá, D. C., 27 de agosto de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el procesado Edgar Fernando Flórez Díaz, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual le impartió confirmación a la de condena que por el delito de hurto calificado y agravado emitiera el Juzgado 41 Penal del Circuito de la misma ciudad en contra del recurrente y del coacusado Alvaro Frank Guzmán Torres, revocando la obligación impuesta sobre indemnización de daños y perjuicios ocasionados con la infracción.

Hechos y Actuación Procesal

1. El 3 de marzo de 1992 los aquí implicados acompañados de un tercer individuo, penetraron a la residencia ubicada en la calle 36 sur No. 27-41, Interior 2 A del Barrio Bravo Páez de esta ciudad, portando armas de fuego y corto punzantes, procediendo mediante la fuerza a encerrar en uno de los baños a cinco menores que allí se encontraban. Mientras dos de los asaltantes procedían a alistar los electrodomésticos y enseres que iban a sacar de la casa, el tercero cuya identidad no logró establecerse, se apropio de cien mil pesos en efectivo que estaban destinados al pago del arrendamiento de la vivienda, saliendo de allí en búsqueda de un camión en el cual se retirarían los elementos valorados en suma superior a los dos millones de pesos.

Respondiendo al llamado de alerta que hiciera una vecina del lugar, agentes de la policía lograron aprehender a los acusados Edgar Fernando Flórez Díaz y Alvaro Frank Guzmán Torres, incautándoles una pistola marca Star, calibre 22 largo, un proveedor y once cartuchos; dos puñales, una navaja "pata de cabra" y una cachucha militar camuflada, elementos que a instancia de los capturados, habían sido guardados por uno de los menores-víctimas dentro de una mochila, bajo una cama.

2. La etapa de investigación estuvo a cargo del Juzgado 88 de Instrucción de Bogotá, ante el cual rindieron indagatoria los imputados, a quienes se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, señalando allí que el procedimiento a seguir sería el abreviado. Contra esta determinación el abogado de la defensa interpuso el recurso de reposición, denegado por el juzgado que en su lugar dispuso el envío de las diligencias al juzgado Penal del Circuito Reparto de la misma ciudad.

3. Mediante informe secretarial se dejó constancia de la asignación del proceso por reparto al Juzgado 41 Penal del Circuito de Bogotá y con auto de sustanciación de abril 22 del mismo año, se dispuso la práctica de las pruebas que habían sido señaladas en el interlocutorio que definió la situación jurídica de los acusados.

Culminada la diligencia de audiencia, el juzgado del conocimiento profirió fallo de condena, imponiendo a los acusados la pena principal de 33 meses de prisión por el punible de hurto calificado y agravado, las accesorias de ley y la obligación de resarcir los perjuicios materiales por la suma de treinta mil pesos y diez gramos oro en razón de los perjuicios morales, denegando el subrogado de la condena de ejecución condicional. Dispuso además el *a quo* que se compulsaran copias para que por separado se investigara lo relacionado con el arma de fuego, la munición y la prenda incautada.

4. En contra del anterior fallo interpuso el defensor de los procesados el recurso de alzada, decisión que mereció confirmación en el Tribunal salvo en lo relacionado con la indemnización de daños y perjuicios, que se revocó, por cuanto el perjudicado había hecho expreso desistimiento de la acción civil. Esta última determinación ha sido objeto de impugnación extraordinaria en casación por parte del acusado Edgar Fernando Flórez Díaz a través del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Tres cargos formula el casacionista en su escrito sustentatorio para atacar la sentencia de segunda instancia, los dos primeros al amparo de la causal primera

del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal y el tercero, a través de la causal tercera de la norma citada.

En el *cargo primero* sostiene el actor que la sentencia "esta en desacuerdo con los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los mismos, las imputaciones de elementos y de actuaciones de los procesados y los bienes muebles objeto del punible", aplicándose indebidamente los artículos 350 y 351 del Código Penal, cuando se han debido preferir los artículos 22 y 349 del Código Penal, en concordancia con los artículos 64 y 374 *ibidem*.

Asegura que si bien el proceso cuenta con las pruebas que fundamentan el hecho, inexisten aquellas de las cuales pudiera inferirse la certeza de su veracidad, añadiendo que el procedimiento abreviado no permitía la adecuada defensa; que no se demostró la existencia del apoderamiento de los bienes de propiedad del denunciante, ni que ellos fueran removidos del sitio en que se encontraban, o que hubieran salido del ámbito de custodia o posesión de su dueño, por lo que el punible no se consumo.

Atenido al informe rendido por los agentes de la policía que se agrega al folio 3 entiende que ellos "estuvieron custodiando el inmueble y protegiendo a sus moradores, lo que no permitía que los implicados desarrollaran actividad de desplazamiento de bienes y menos pensar en sacarlos", y en cuanto a la pérdida de los cien mil pesos replica que no existió el sujeto de quien se afirma se fue con esa suma, ni se demostró la preexistencia del dinero, pero que aun admitiendo el apoderamiento debe entenderse ese hecho como ajeno a los condenados y que no puede serles imputado, porque de él no fueron sus autores.

Desatendiendo el juzgador los hechos anteriores, violó "la Ley Sustancial en la aplicación de la Norma, pese al enorme vacío del recaudo probatorio y esta violación proviene de apreciación errónea en el acontecer de este Proceso" que ha debido calificarse como constitutivo de una tentativa de hurto simple.

En el planteamiento del *segundo cargo* lacónicamente la demanda afirma que la sentencia viola como norma de derecho sustancial el artículo 68 del Código Penal, porque los falladores no le reconocieron a los acusados el subrogado de la condena de ejecución condicional, pese a que no se requería de tratamiento penitenciario, pues se trataba de unos estudiantes que no registraban antecedes penales o de policía, uno de los cuales se hallaba recién salido de prestar el servicio militar.

En el *último cargo*, propuesto bajo la causal tercera de casación, el actor se limita a plantear como defecto:

"El hecho de que el señor Juez 41 Penal del Circuito *no avocó* el conocimiento del proceso, mediante Auto que así lo diga y por ende debe Decretarse la Nulidad de todo lo actuado a partir del auto que cita para Audiencia Pública".

Con base en las anteriores premisas el actor solicita de la Corte *revoque en su integridad el fallo recurrido*, y conceda en el evento que considere la existencia de punible alguno, *la condena de ejecución condicional a favor de los implicados, casando la sentencia*".

Concepto del Ministerio Público

A juicio del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal el libelo debe ser desestimado por no ajustarse a los preceptos técnicos que exige la impugnación extraordinaria.

Refiriéndose en inicio al cargo de nulidad lo califica como "un agónico esfuerzo defensivo", donde salvo la cita legal que lo ampara, carece en lo demás de fundamento y de razón algunos, pues de ninguna manera de la omisión del Juzgado 41 Penal del Circuito en cuanto de manera expresa no dijo que avocaba el conocimiento de la causa, puede desprenderse de una fórmula sacramental capaz de invalidar lo actuado dentro del proceso, porque el conocimiento de la actuación se asumió efectivamente con el proveído mediante el cual se ordenó la práctica de pruebas; argumento suficiente que releva de cualquier otra consideración, y que torna la acusación imprósperа.

Refiriéndose en seguida al primer cargo contenido en la demanda, deduce del rechazo del censor a los hechos que se dan como probados que la crítica se enmarca a través de la violación indirecta, pues ninguna otra precisión se hace en la demanda a ese respecto, limitando el casacionista a expresar que en su parecer el hecho no llegó a consumarse. En ese breve esfuerzo se omite sin embargo toda mínima referencia a las razones que tuvo en cuenta el fallador, como es el caso de la sustracción de los cien mil pesos y su devolución posterior al denunciante; la forma como se prepararon los muebles, colocándolos fuera de la esfera de custodia de su dueño, y la manera como iban a ser sacados de la vivienda, según relato del denunciante ante el juzgado investigador. Tampoco señaló el casacionista en aparte alguno de su demanda en qué consistió el error invocado, y mucho menos demostró la equivocación por parte de los juzgadores.

Asevera la Delegada que el escrito resulta incluso deficiente como alegato de instancia, al prescindir de cualquier referencia a las contundentes pruebas de cargo que al lado de la denuncia obran en el informativo, como a las consideraciones consignadas en los fallos de primera y segunda instancia respecto al momento consumativo del delito, pues:

"...si bien el censor propugna por una sentencia de sustitución que condene a los acusados por el delito de hurto simple en grado de tentativa, ninguno de sus argumentos se dirige a criticar las valoraciones que en las instancias se hicieran en torno a las condiciones calificantes y agravantes del delito, resultando por tanto imposible adentrarse en el estudio de esta proposición, puesto que la demanda no señala a la Corte los caminos por los cuales ha de discurrir para encontrar la violación de los preceptos sustanciales aplicados en la sentencia".

La evidente falta de técnica hace imprósperа de nuevo esta censura.

Al segundo reproche se le formula similar reparo. Como el censor no hace en este caso referencia a los elementos probatorios, deduce que su ataque opta por la vía directa por falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal.

Sin embargo, y como tampoco se preocupa el casacionista por acreditar de qué manera el sentenciador omitió aquel precepto, cuando las sentencias de primera y de segunda instancia consignaron las razones por las cuales se inaplicó el subrogado, el Procurador observa que:

"...queda sin pista cualquier alegación de falta de aplicación de la ley sustancia, porque es evidente que ésta se llamó a regir el aspecto específico de la libertad de los procesados, se confrontó con las condiciones procesales existentes y se decidió en sentido negativo al no reunirse, en opinión del fallador, los presupuestos que impondrían su aplicación".

Con transcripción de los apartes pertinentes de los fallos de primera y de segunda instancia, el concepto concluye afirmando que por haber sido debidamente estudiada la aplicabilidad del subrogado, mal puede pretenderse la falta de aplicación del precepto que el censor invoca, cuyo análisis sirvió para negarle a los acusados sus efectos al considerar que la personalidad de éstos sumadas a las circunstancias violentas del hecho, marginaban la condicional ejecución de la condena.

La sugerencia con la cual concluye el concepto, es la de un fallo desestimatorio.

Consideraciones de la Corte

Siguiendo el mismo orden que aconseja la Delegada en el análisis de los cargos que contiene la demanda, habrá de contestarse en primer lugar a la propuesta nulidad que invoca, pues el tema reclama prelación en cuanto de llegarse a prosperar su planteamiento resultaría superfluo aludir a las razones de fondo que en los cargos primero y segundo apuntan a un fallo menos gravoso o cuando menos al otorgamiento de la condena de ejecución condicional, opciones que presuponen la validez de lo actuado.

Sea lo primero en este aspecto recordar que no basta como lo hace el censor con invocar tan sólo la ocurrencia de un presunto vicio -que el Juzgador no declaró aquí expresamente en un auto ordenatorio que avocaba el conocimiento de la causa- para solicitar que en sede de casación se invalide lo actuado, pues las ineludibles exigencias formales de la demanda imponen en el recurso extraordinario que la proposición de vicios *in procedendo*, a diferencia de cuanto ocurre en las instancias, señale con especificidad la naturaleza del vicio acusado, la causal de nulidad a la cual apunta esa trasgresión, fije el concepto sobre la insuperabilidad de aquel defecto e indique de modo claro y preciso su trascendencia dentro del proceso, pues concebidas las nulidades como remedios extremos con los cuales se busca el restablecimiento de una garantía sustancial desconocida, tendrá ella que vincularse con alguna de las taxativas causales previstas en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, valga decir, la incompetencia del funcionario, la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o, la violación del derecho de defensa, aspectos que dentro del principio de limitación compete plantear y demostrar al libelista.

En el caso propuesto y ni siquiera interpretando con amplitud que la lacónica referencia del censor a la omisión de un acto de sustanciación en que el Juzgado del Circuito avocase el conocimiento de la causa, pudiera redundar en su falta de competencia o en la ocurrencia de irregularidades capaces de afectar el debido proceso podría de algún modo aceptarse la trascendencia o insuperabilidad de un vicio, pues el conocimiento del respectivo asunto lo fijaba por la naturaleza del hecho, su territorialidad y su cuantía la ley y no una declaración formal del funcionario, pero además, y es ese un

aspecto frente al cual pretendió pasar el casacionista inadvertido, de los folios 60 al 63 del cuaderno de la causa aparece que el reparto del proceso fue surtido al Juzgado 41 Penal del Circuito de esta ciudad, y que este Despacho hizo referencia expresa de la medida de aseguramiento y el procedimiento fijados por el Juzgado 88 de Instrucción Criminal, procediendo a radicar en libros esa novedad, y a ordenar las pruebas que el investigador había decretado, sin dejar así la menor duda respecto del conocimiento que asumía, sin dejar margen a equívocos relacionados con el sentido y fines de esa actuación.

El planteamiento, por informal e impreciso, como alejado de la realidad, carece de toda solidez y seriedad que pudieran conducir a su prosperidad.

Pasando así al análisis del *primer cargo contenido en la demanda*, y en coincidencia con las críticas que a su descuidada proposición hiciera el Ministerio Público comienza la Sala por advertir que su proposición se matizó de imprecisiones, contradicción y tal falta de fundamentación, que no otra solución asoma diferente a la desestimación que propone también la Delegada.

Aún subestimando el silencio del censor que no indica si la violación que acusa es la directa o la indirecta, y deduciendo que de la segunda se trata al concretarse un desacuerdo con los hechos y las circunstancias en que los fallos dan por consumado el delito, la misma claridad no asoma para saber si los errores acusados son los de hecho o de derecho, ni para definir los términos de la fundamentación que precariamente se intenta.

En este orden se observa que cuando la acusación parecería orientarse a la proposición de falsos juicios de existencia porque en sentir del casacionista se condenó sin la prueba sobre el apoderamiento de los bienes o su remoción, lo que hace suponer que el juzgador imaginó los elementos de juicio que le llevaron a esa conclusión; o por omisión, en cuanto a juicio del actor, si el juzgador hubiese visto el informe rendido por los agentes que intervinieron en el operativo, habría reconocido que el hurto se quedó en el grado de la tentativa, lejos de intentarse un análisis sobre todos los elementos que sopesaron las sentencias, la atención se centra y se restringe a sostener que a los agentes se le debía creer por ser los representantes de la autoridad, variando el enfoque crítico hacia aspectos precisos de valoración demostrativa que son propios de los errores de derecho por falso juicio de convicción, que tampoco se desarrollan de manera adecuada, porque desconociendo en ello el demandante que la tarea de los jueces no se ciñe a una tarifa probatoria sino al principio de la sana crítica, jamás acreditó que de estos parámetros rectores se hubiese marginado el Tribunal *ad quem*, haciendo del escrito de censura un antitécnico alegato impropio de la impugnación extraordinaria hacia la cual anunciaba su camino, pues olvidó en su curso que en casación el ataque sobre la prueba se restringe a la demostración precisa y clara de los errores de hecho o de derecho que con lógica y cuidado se concreten, nunca a la reviviscencia de los debates superados de la instancia, en los que el juez ha contado con toda la amplitud que la ley le confiere para la apreciación racional de los medios legalmente aportados.

Consecuente con la causal que había invocado, el casacionista debió orientar su crítica a desquiciar los fundamentos todos en que venía basada la sentencia, dentro de la cual se expresó de manera clara e inequívoca que el sorprendimiento de los acusados ocurrió en flagrancia, que la agresión ocurrió con despliegue de violencia y utilización de armas que para mayor evidencia fueron incautadas, y que el hecho se consumó en la

medida en que las víctimas habían quedado reducidas a la impotencia para reaccionar o proteger los bienes que a voluntad los agresores seleccionaron, empacaron y aun sacaron parcialmente de la casa como ocurrió con la suma de cien mil pesos que ya en el proceso restituyeron a los ofendidos.

A estos claros argumentos no se concreta el debate por el casacionista ni se da íntegra respuesta, distraído su atención tan sólo en el informe de la Policía y dentro de un impertinente debate a la credibilidad de esa prueba, con lo cual se acredita que los verdaderos pilares demostrativos de los fallos de instancia no se incluyeron como objeto de las críticas y por lo mismo inocuumes deben inferirse en esta sede, como que si a ella llega la sentencia revestida de la doble presunción de legalidad y acierto, era de la exclusiva iniciativa y responsabilidad del censor el socavar sus fundamentos, sin que pueda la Corte, dentro del principio de limitación que consagra el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal entrar a suplir las deficiencias del libelo o variar los cargos hacia otras vías no contempladas por el casacionista.

No prospera la censura.

Como acertadamente lo entendió el Procurador, en el cargo segundo de la demanda el censor plantea -así tampoco lo haya dicho expresamente- la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal, en cuanto el debate aquí se centra con prescindencia de la prueba, en exclusivos aspectos de derecho atinentes con el contenido del precepto que a juicio del casacionista se desatendió y su alcance favorable a los enjuiciados, pues éstos merecían la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia.

Ocurre en este evento que las exiguas razones del censor se equivocan tanto al sostener que el Tribunal no tuvo en cuenta el artículo 68 del Código Penal, como al ignorar los motivos que para su inaplicación se dieron en las dos instancias, pues luego de dedicar el Juzgado varios párrafos al análisis de los requisitos y fundar sus conclusiones de denegación, en la sentencia de segunda instancia se lee que para confirmar la inaplicación del beneficio la Sala tuvo en cuenta:

"...la naturaleza, modalidades y gravedad del hecho delictuoso que determinó la condena de Edgar Fernando Flórez y Alvaro Frank Guzmán, las cuales reflejan en ellos una personalidad proclive" pues se trata de "un delito de hurto calificado y agravado, en cuantía superior a cien mil pesos, cometido por dos o más personas inescrupulosas que prevalidas de sendas armas (de fuego y cortopunzantes), intimidaron a las víctimas y se apoderaron de los bienes materia de la ilicitud.

Este tipo de delincuencia -añadiría la Sala-, tan propagada a lo largo y ancho del territorio nacional, merece el más profundo grado de reproche no solamente por el grave daño social que ocasiona, sino también por el riesgo que representan para la colectividad, personas como las aquí sentenciadas".

Cobra así valor la réplica de la Procuraduría Delegada cuando contesta al actor que la sentencia no desconoció el precepto sustancial, sino que a su inaplicación llegó luego de inferir ausentes los requisitos en él exigidos para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, pero ante todo se pone en evidencia que lejos de adentrarse el actor en una contradicción de las razones esgrimidas en cada una de las dos instancias,

a manera de sustentación simplemente se limita a hacer expresión de su criterio con relación a los hechos, sin aproximarse a demostrar en qué pudo consistir el error dentro del fallo, deber que no se suple con la sola voluntad de minimizar subjetivamente la gravedad del hecho o de resaltar exclusivamente cuando favorece a los acusados, pues con ello deja en firme y sin contradicciones aquella parte de la argumentación central de la sentencia.

Si en su decisión los juzgadores no resultaron ajenos al análisis del derecho que los procesados podían tener frente a la suspensión condicional de los efectos del fallo de condena, ello acredita que no desconocieron ni desestimaron el precepto sustancial que la demanda invoca. Y si cuanto pretendía entonces el actor era promover con sus críticas una comprensión diferente y más acertada del sentido de la norma, jamás se orientó el desarrollo de su análisis a demostrar la equivocada interpretación de las instancias, deficiente presentación que sólo lleva a la respuesta desestimatoria que en su caso propone la Procuraduría Delegada.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

No casar el fallo recurrido por el acusado Edgar Fernando Flórez Díaz.

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no firmó), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL / IMPEDIMENTO / HABER PARTICIPADO EN EL PROCESO

El tema jurídico que tiene que ver con la prohibición de que el mismo funcionario judicial que dicta resolución de acusación profiera la sentencia, tratado como causal de impedimento al tenor del numeral 6° del artículo 103 ibidem, en la hipótesis de "haber participado en el proceso" en nada contribuiría al desarrollo o unificación de la jurisprudencia nacional. Existe abundante y reiterada doctrina de la Sala mayoritaria de la Corte, sin que sobre el mismo punto de derecho se hubiesen proferido jurisprudencias encontradas que sea preciso unificar.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8635.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 77 (25-08-93).

Santafé de Bogotá, D. C., 30 de agosto de 1993.

Vistos

Es del caso decidir sobre la admisibilidad o rechazo del recurso excepcional de casación interpuesto por el defensor de la procesada María Eugenia Gómez de Sánchez contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Santafé de Bogotá en proceso por lesiones personales en accidente de tránsito.

Antecedentes

El 24 de abril de 1991 el Juzgado Cincuenta y Ocho Penal Municipal de Bogotá calificó por segunda vez el mérito del sumario seguido contra María Eugenia Gómez de Sánchez por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito, con cesación de

procedimiento en favor de la procesada; pronunciamiento recurrido en reposición y apelación subsidiaria por el representante del Ministerio Público.

Negada la reposición y concedida la apelación, correspondió conocer de la misma al entonces Juzgado Noveno Superior de esta ciudad a cargo del Doctor Orlando Contreras Forero; despacho que por auto de 31 de julio del citado año revocó la decisión impugnada y en su lugar profirió resolución de acusación en contra de la procesada.

Rituado el juicio, el juzgado del conocimiento puso fin a la instancia condenando a la acusada a pena privativa de la libertad y multa, a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional, fallo apelado por la defensa.

Habiendo correspondido conocer de la alzada a Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito que sustituyó al Noveno Superior, su titular, el Doctor Orlando Contreras Forero se declaró impedido para conocer de ella apoyado en la causal contenida en el numeral 6º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal vigente, concretamente por haber tenido participación dentro del proceso: incidente que correspondió dirimir al Tribunal Superior de este Distrito declarando infundado el impedimento manifestado por el juez.

Argumentó dicha Corporación que no era dable "extender la interpretación y alcance del numeral 6" del artículo que se acaba de citar a aquellos eventos de pronunciamiento del juez en su órbita funcional de asuntos que la misma ley le atribuye, acudiendo a un seudoimperio del sistema acusatorio que, aún no cobijando los procesos de conocimiento de los Jueces Penales Municipales, se quiere implantar en la segunda instancia de los mismos y cuando la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa y explícita en el señalamiento de que el cumplimiento del deber funcional dentro de un mismo proceso y en la medida en que debe efectuarse pronunciamiento no genera impedimento para los venideros, ya que: "la opinión o concepto anticipado que constituye motivo de impedimento, debe ser sustancial, vinculante y sobre todo emitido fuera del proceso y no dentro del mismo...".

El Juez Penal del Circuito resolvió la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia, confirmándola, mediante la que es objeto del recurso excepcional de casación con las modificaciones atinentes a una correcta dosificación de la pena.

Dentro del término de ejecutoria de la anterior providencia el defensor de la sentenciada interpuso el recurso excepcional de casación contemplado en el inciso final del artículo 218 *ibidem*, el que sustentó en el hecho de haber sido el mismo funcionario que dictó la resolución de acusación el que profirió la sentencia, fenómeno que en su opinión "contradice abiertamente toda la filosofía del nuevo procedimiento penal", e incluso la razón de ser de la Fiscalía General y del llamado (aunque impropiamente), sistema acusatorio; ya que lo que se pretende es que exista independencia de criterios y que nunca el funcionario que acusa sea el mismo fallador.

"En este caso se rompe esa filosofía, y sería muy conveniente para el país jurídico el que la honorable Corte sentara doctrina sobre el particular, como que son muchos los casos que están ocurriendo".

Consideraciones de la Corte

Si bien es cierto que la solicitud para que se revise en sede de casación la sentencia de segunda instancia dictada por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de esta ciudad, por la vía excepcional prevista en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, proviene de parte legitimada para recurrir, esto es, del defensor de la procesada y la impugnación fue intentada dentro del término de quince días siguientes a la última notificación de la sentencia de segundo grado; es decir, dentro del término de ejecutoria fijado para esta clase de providencias por el artículo 223 *ibidem*, y además el impugnante esbozó, aunque de manera breve pero concisa, las razones que lo llevaron a acudir a este excepcional medio impugnatorio, con lo que se satisfacen los requisitos y exigencias orientados a justificar su aceptación; sin embargo, a juicio de la Sala, los argumentos expuestos respecto a su viabilidad o pertinencia no ameritan imprimirle al recurso la correspondiente tramitación.

En efecto, el tema jurídico traído a colación como sustento del mismo y que tiene que ver con la prohibición de que el mismo funcionario judicial que dicta resolución de acusación profiera la sentencia, tratado como causal de impedimento al tenor del numeral 6º del artículo 103 *ibidem*, en la hipótesis de "haber participado en el proceso" en nada contribuiría al desarrollo o unificación de la jurisprudencia nacional, razón para justificar su aceptación, porque respecto a la naturaleza y alcances de este específico motivo de impedimento existe abundante y reiterada doctrina de la Sala mayoritaria de la Corte, sin que sobre el mismo punto de derecho se hubiesen proferido jurisprudencias encontradas que sea preciso unificar.

Pronunciamientos recientes como los emitidos el 3 de febrero de 1993 (Ricardo Calvete Rangel); el 8 de febrero (Dídimo Páez Velandia) y el 5 de marzo (Gustavo Gómez Velásquez), para no citar otros, recuerdan que dicho impedimento no es aplicable al juez de segunda instancia que funcionalmente debe conocer de un mismo proceso (hipótesis de autos); sino al que en actuaciones suyas en instancias anteriores ha intervenido en él, ya como juez, ya como auxiliar de la justicia o ya como agente del Ministerio Público y que, el hecho de que el mismo funcionario formule la acusación y luego falle el proceso, no es reprochable ni constituye causal impediente, por corresponder tales decisiones a etapas diferentes y a exigencias probatorias distintas.

De manera que si el aspecto jurídico en que se fundamenta el excepcional recurso de casación interpuesto lejos de constituir una novedad ha sido uno de los temas debatidos por la jurisprudencia en vigencia del actual Estatuto Procedimental Penal y fue objeto de controversia y decisión durante las instancias, no encuentra la Sala como pueda contribuir al loable propósito de enriquecer la doctrina o mejorarla.

No debe perderse de vista que el presente proceso se tramitó sin la intervención de la Fiscalía General de la Nación, porque al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) ya se había calificado por primera vez el mérito del sumario con reapertura de la investigación como lo prevé el artículo 473 de la anterior codificación; siguiendo un procedimiento que no delimitaba o separaba la función acusatoria de la falladora, característica del llamado sistema acusatorio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal *declara inadmisible* el recurso excepcional de casación interpuesto por el defensor de la procesada María Eugenia Gómez de Sánchez.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

TERMINO / DEMANDA DE CASACION

El artículo 224 del Código de Procedimiento Penal consagra una garantía más del ejercicio del derecho a la defensa de los procesados en el recurso extraordinario de casación, estableciendo que los traslados para presentar las demandas se surtan en forma independiente para cada uno de los recurrentes. Pero así como el término representa un derecho, también implica un deber para la parte beneficiada, de tal manera que si aspira a ser escuchado tiene la obligación de intervenir dentro de los límites que para ese específico efecto le ha otorgado la ley. De lo contrario, se convierte en desertor del recurso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8648.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*.

Aprobado acta número 77 de agosto 25/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 31 de agosto de 1993.

Vistos

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia revisa el trámite del recurso de casación instaurado en el proceso penal que se adelanta contra Jesús Policarpo Millán Carvajal y Miguel Antonio Velásquez Polanía y decide lo pertinente.

Antecedentes

Mediante pronunciamiento del primero de diciembre de 1992, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por vía del recurso de apelación, revisó la sentencia proferida el 4 de agosto de ese año por medio de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Funza, condenó a Millán Carvajal a cincuenta y seis meses de prisión como autor de los delitos de peculado por apropiación y falsedad documental y a Velásquez Polanía a treinta y ocho meses de prisión, como responsable de los hechos punibles de peculado por apropiación y peculado por extensión.

El fallo de segundo grado fue corregido y adicionado el 23 de enero de 1993 para reducir la pena privativa de la libertad a treinta y cuatro meses de prisión para cada uno de los procesados.

Por auto del primero de marzo de 1993, el Magistrado Sustanciador concedió el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto por el Doctor Guillermo Rodríguez Bohórquez, apoderado de los dos procesados y, en consecuencia, dispuso correr traslado por treinta días "a cada uno de los representados por el recurrente".

La última notificación de dicho auto se surtió el 9 de marzo del año en curso. Por lo tanto la ejecutoria se surtió los días 10 (miércoles), 11 (jueves) y 12 (viernes) del citado mes, y el traslado al primer recurrente, Jesús Policarpo Millán Carvajal, se inició el 15 de marzo, concluyendo el 3 de mayo siguiente; y el del segundo recurrente Miguel Antonio Velásquez Polanía comenzó el 4 de mayo y culminó el 16 de junio pasado.

El defensor dejó transcurrir, sin actuación, el primer lapso; y el 15 de junio, antes del vencimiento del segundo traslado, presentó ante la secretaría del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá la demanda de casación, a nombre de los dos procesados.

En las anteriores condiciones se remitió el expediente a la Corte para proseguir el trámite del recurso extraordinario.

Consideraciones

El artículo 224 del Código de Procedimiento Penal consagra una garantía más del ejercicio del derecho a la defensa de los procesados en el recurso extraordinario de casación, estableciendo que los traslados para presentar las demandas se surtan en forma independiente para cada uno de los recurrentes. Pero así como el término representa un derecho, también implica un deber para la parte beneficiada, de tal manera que si aspira a ser escuchado, tiene la obligación de intervenir dentro de los límites que para ese específico efecto le ha otorgado la ley. De lo contrario, se convierte en desertor del recurso.

En este caso, si bien el defensor es uno solo para los dos implicados, presentó una sola demanda de casación a nombre de ambos cuando el primer traslado ya había vencido, lo que implica que no cumplió con el deber que le competía en esta vía extraordinaria con respecto a su poderdante Jesús Policarpo Millán Carvajal. Por lo tanto, con respecto a este procesado, corresponde a la Corte declarar desierto el recurso.

Ahora bien, al revisar la demanda presentada, en lo atinente al procesado Miguel Antonio Velásquez Polanía, se advierte que reúne los requisitos formales mínimos de admisibilidad, descritos en el artículo 225 del C. de P.P., por lo que, con la restricción indicada, se la declara ajustada a los presupuestos de ley. En consecuencia, se dispone correr el traslado que impone el artículo 226 *ibidem*, al Procurador Delegado en lo Penal.

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

RESUELVE:

Declarar desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto en representación del sentenciado Jesús Policarpo Millán Carvajal.

Declarar ajustada a los requisitos de ley la demanda de casación presentada por el defensor Guillermo Rodríguez Bohórquez, en lo que se refiere únicamente con el procesado Miguel Antonio Velásquez Polanía.

Córrase el traslado de dicha demanda, con la restricción indicada, al Procurador Delegado en lo Penal, de conformidad con lo establecido en el artículo 226 del C. de P.P.

Cópiese, 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 Cortés Carrica, Secretario.

ACCION DE REVISION / LIBERTAD PROVISIONAL

Enseña el artículo 241 del Código de Procedimiento Penal, que "en el fallo en que se ordene la revisión, la Sala decretará la libertad provisional del procesado..."; es decir, que tal medida sólo será posible en el evento de la prosperidad de la acción. Y si el término de 15 días, para la solicitud de pruebas, aún no ha corrido, es claro que el beneficio demandado resulta impertinente, ya que aquél no puede proferirse hasta tanto no se haya agotado el trámite previsto en los artículos 253 y ss., del citado estatuto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8503.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 080.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

El apoderado del procesado José Isidro Muñoz Sussa, quien se halla detenido en la Penitenciaria Central de Colombia La Picota, solicita el beneficio de libertad provisional en el artículo 241 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto "es inocente del homicidio imputado".

Consideraciones de la Corte

El Juzgado 27 Superior de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de fecha 15 de mayo de 1992, condenó a Muñoz Sussa a la pena privativa de la libertad de 10 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad, en fallo del 6 de agosto del mismo año.

El proceso seguido contra Muñoz Sussa se encuentra en esta Corporación, en virtud de la acción de revisión instaurada por su apoderado, cuya demanda fue admitida por auto del 17 de junio del corriente año y abierto a pruebas el 9 de agosto siguiente.

Enseña el artículo 241 del Código del Procedimiento Penal, que "en el fallo en que se ordene la revisión la Sala decretará la libertad provisional del procesado..."; es decir, que tal medida sólo será posible en el evento de la prosperidad de la acción. Y si el

término de 15 días, para la solicitud de pruebas, aún no ha corrido, es claro que el beneficio demandado resulta impertinente, ya que, aquél no puede proferirse hasta tanto no se haya agotado el trámite previsto en los artículos 253 y ss. del citado estatuto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declara improcedente* el beneficio de libertad provisional que demanda el apoderado de proceso José Isidro Muñoz Sussa.

Cópiese, 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 Cortés Gornica, Secretario.

NOTIFICACION / IMPUGNACION / TERMINO

La notificación se instituyó como una garantía para los sujetos procesales. Decisiones trascendentales del proceso deben serle comunicadas a fin de que tengan el tiempo y la oportunidad no sólo de apoyar u oponerse al acto en sí, sino también para ir afinando la estrategia que mejor consulte sus intereses. Taxativamente la normatividad ha señalado las determinaciones que deben ser regladas de esta manera (art. 186 C. de P. P.) disponiéndose que cualquier providencia de sustanciación que no contemple específicamente este tratamiento sea de cumplimiento inmediato, excluyéndose cualquier tipo de recurso en su contra. Es cierto que el auto que declara admisible el recurso extraordinario de casación no tiene prevista su notificación por lo que ha de entenderse que contra él no cabe impugnación alguna y ha de cumplirse en el acto (art. 224 del C. de P. P.). Sin embargo, la Sala ha entendido que dada su característica especial, la de permitir el acceso al recurso extraordinario de casación, su importancia es mayúscula y amerita que todas las partes se enteren de la decisión. / Los términos procesales fueron instituidos no sólo para ponerle orden a la actuación sino también para dotar de seguridad jurídica a todos los intervinientes. / No puede pretenderse que ante el descuido, la abulia o el error, el administrador de justicia, so pretexto de que éstos fueron para "beneficiar" a las partes, convalide la actuación de la parte, alargándolos a su arbitrio sin causa razonable que lo justifique, enmarcada dentro de las prescripciones de la normatividad. / Interrupción y suspensión son términos sinónimos en la jurisdicción penal. Muestra de ello es que indistintamente, el C. de P. P. se refiere a una y a otra en los arts. 160 y 171, dándose por entendido que la actuación procesal continuará luego de cesar los motivos que justificaron la medida. Así las cosas, el lapso corrido con anterioridad al fenómeno mantiene su vigor, por lo que el regreso a la normalidad implica reanudar el conteo, agregándose los días transcurridos antes de presentarse la anomalía. / Censurable sería en el supuesto de que por la carencia de una firma, una fecha mal colocada, en fin, una inadecuada presentación aludiendo a un despacho diferente o la falta de claridad sobre el recurso impetrado (apela en lugar de recurrir en casación), provoque su rechazo, pues, como lo mandan las normas superiores, el derecho sustancial ha de prevalecer sobre el rito, pero ello no quiere decir que, a virtud de este mandato, se condene a la desaparición al derecho procesal desobedeciéndose sus preceptivas. Ello equivaldría a prohijar la inseguridad jurídica, permitiéndole a cada parte elaborar sus propias reglas, sin lugar a discusión alguna.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8478.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 80.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre 1º de mil novecientos noventa y tres (1993)

Vistos

Decide la Sala sobre los recursos de reposición interpuestos por Ricardo Fierro Zamora y por su apoderada, contra la providencia de julio quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993) que declaró desierto el recurso extraordinario de casación por haber sido presentada en forma extemporánea el libelo de casación.

Antecedentes

La Sala, luego de hacer las cuentas correspondientes, encontró que la demanda presentada por la apoderada de Ricardo Fierro Zamora, había sido presentada fuera de tiempo. Para sustentar su decisión acudió a la normativa procedimental civil (art. 69, inc. 4º) que aclara que la renuncia no pone término al poder sino cinco días después de notificarse por Estado el auto que la admita y se le haga saber el hecho al poderdante.

Con esta preceptiva se estableció que si bien el traslado al primer recurrente comenzó el diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), que el veinticinco (25) siguiente renunció al poder el abogado que representaba los intereses de Fierro y que sólo hasta noviembre treinta (30) se le notificó del suceso al procesado, únicamente hasta diciembre siete (7), a las seis (6) de al tarde cesó en sus funciones el citado profesional del derecho, habiendo transcurrido trece (13) días del traslado de rigor. Por consiguiente, sólo a partir de diciembre nueve (9) quedaron interrumpidos los términos, reanudándose el primero (1º) de febrero hasta el veintitrés (23) del mismo mes, día en el que se cumplieron los diecisiete (17) días restantes, para completar los treinta (30) que prescribe la ley. No obstante, la apoderada de oficio apenas allegó su escrito el ocho (8) de marzo, quedando por fuera del tiempo reglamentario. Ante tal extemporaneidad, la Sala declaró desierto el recurso impetrado.

Las Reposiciones

1. En nombre propio, Ricardo Fierro Zamora solicita la reposición del proveído que declaró extemporánea la demanda presentada por su apoderada. Al respecto recuerda el desacuerdo de su abogado con su decisión de recurrir en casación y su imposibilidad de sustentarlo en nombre propio.

Luego advierte que el auto que ordenó correr traslado al recurrente por el término legal no es notificable y, por ende, es de cumplimiento inmediato. Por tal razón, jamás

pudo enterarse que los términos para presentar la demanda se encontraban surtiéndose. De haberlo sabido con tiempo hubiera efectuado ante el Tribunal Nacional la petición de que se le nombrara un defensor de oficio.

Por consiguiente, asegura, desde el mismo momento que su defensor manifestó su inconformidad con la impugnación, quedó en completo desamparo en cuando a la defensa técnica. "¿Por qué razón entonces -se pregunta- se cuentan días en mi contra de los que yo ni siquiera tuve conocimiento se encontraban corriendo?". Luego asevera: "La improrrogabilidad y perentoriedad de los términos persigue es que los mismos corran de manera ininterrumpida para que el beneficiado con ellos obtenga de los mismos todo su provecho. No pueden utilizarse estas dos figuras para escindirlos en perjuicio precisamente del procesado quien es el que menos puede defenderse, menos si no tiene defensa técnica".

Posteriormente, advierte que los términos se deben tener como interrumpidos y no suspendidos, diferencia que ilustra con transcripciones de un fallo de la Sala de Casación Civil de esta Colegiatura. Luego aborda los temas de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de lo que debe entenderse por debido proceso, citando al efecto fallos de la Corte Constitucional para luego referirse a la carencia de defensa técnica que tuvo durante los primeros trece días de traslado para presentar la demanda de casación. Ello provoca la nulidad de esta porción procesal, no sólo por no saber que estaban corriendo los términos y estar imposibilitado para impedirlo, sino también porque no podía presentar la demanda por sí mismo ni tampoco podía obligar a su abogado a hacer lo propio, amén de que no contaba con los recursos para designar su reemplazo.

Finaliza su escrito citando a un tratadista extranjero sobre el particular, invocando que si no se declara que un término perentorio se ha interrumpido debe decretarse la nulidad por violación al derecho de defensa, por encontrase ante un caso de fuerza mayor al que le era totalmente imposible resistir.

2. A su turno, la representante judicial de Pierro Zamora considera, respecto a los términos, que no puede confundirse la interrupción (deja sin efecto el tiempo transcurrido) con la suspensión (no corren los términos quedando válido el lapso acaecido) y que, con fundamento en tal *formalismo* no puede dejarse de lado el derecho a la defensa. Destaca, entonces, que el procesado presentó a nombre propio el recurso, que su abogado al tener conocimiento de ello renunció al poder otorgado, que en consecuencia el acusado quedó en total imposibilidad de ejercer su derecho a la defensa, que éste debía reconocerse inmediatamente por lo cual habían de interrumpirse los términos, y por consiguiente "...no se debe tener en cuenta el tiempo transcurrido y se debe volver a contar nuevamente desde el momento en que quedó asistido por un defensor...".

Como normas que apoyan su aserto cita el artículo 168 del C. de P. C. y el artículo 2325 (no menciona la codificación), concluyendo que, pese a que el primer abogado manifestó desde un principio que no quería sustentar el recurso, los términos corrieron inexorablemente en contra del reo quien se encontraba totalmente impedido para evitar que transcurrieran, a más de que el nuevo abogado tenía que tomarse el tiempo necesario para su estudio y presentación adecuada, resaltando al final, que no se ve en este proceso que se hayan intentado dilatar los términos, reduciéndose el hecho a un caso de fuerza mayor.

La Corte

1. El procesado comienza sus críticas analizando el auto que declaró admisible el recurso extraordinario. Dos razones esgrime para demostrar su ignorancia sobre el curso que tomó su decisión de impugnar el fallo del Tribunal. La primera, de orden procesal, se refiere a la calidad de auto de sustanciación que posee, lo que indica su cumplimiento inmediato. La segunda, la imposibilidad de saber que el traslado se estaba llevando a cabo, inexorablemente. Antes de responderle en concreto valgan las siguientes explicaciones.

1.1 La notificación -nuevo la Sala regresa al asunto- se instituyó como una garantía para los sujetos procesales. Decisiones trascendentales del proceso deben serles comunicadas a fin de que tengan el tiempo y la oportunidad no sólo de apoyar u oponerse al acto en sí, sino también para ir afinando la estrategia que mejor consulte sus intereses. Taxativamente la normatividad ha señalado las determinaciones que deben ser regladas de esta manera (art. 186, C. de P. P.) disponiéndose que cualquier providencia de sustentación que no contemple específicamente este tratamiento sea de cumplimiento inmediato, excluyéndose cualquier tipo de recurso en su contra.

1.2 Es cierto que el auto que declara admisible el recurso extraordinario de casación no tiene prevista su notificación por lo que ha de entenderse que contra él no cabe impugnación alguna y ha de cumplirse en el acto (art. 224 del C. de P. P.). Sin embargo, la Sala ha entendido que dada su característica especial, la de permitir el acceso al recurso extraordinario de casación, su importancia es mayúscula y amerita que todas las partes se enteren de la decisión.

No es un simple auto de impulso procesal pues para dictarlo ha de realizarse un examen riguroso sobre la legitimación del recurrente, si se impetró dentro de los plazos establecidos por la ley y si se interpuso contra una sentencia de segunda instancia proferida por un tribunal. Además, en tratándose de la Parte Civil si la cuantía alcanza el monto requerido para impugnar y, en el caso excepcional planteado por el último inciso del artículo 218 del C. de P. P., si en verdad es necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Decisión trascendental, sin duda, máxime cuando se abre la posibilidad de que las decisiones de las instancias puedan ser revocadas o reformadas, mediante la intervención de la cabeza de la jurisdicción ordinaria. Este nuevo ámbito de controversia, desuyo especialísimo y estricto, no debe tomar por sorpresa a los no recurrentes quienes desde ese momento deben prepararse con el esmero debido a enfrentar las tesis de sus oponentes. También le permite conocer al impugnante si le fue aceptado el recurso, instándolo a que se aliste a presentar el libelo de rigor.

1.3 Su cumplimiento, por tanto, no es inmediato. Ha de esperarse que de su existencia sepan las partes para que con el traslado al casacionista el trámite del recurso comience su marcha. El celo de la Sala en este aspecto siempre ha sido proverbial pues están de por medio el derecho que se tiene a un juicio justo, imparcial y ponderado, razón de ser de la administración de justicia.

1.4 Sorprende -aunque hablar de estupor reflejaría mejor lo que siente la Corporación- que su esmero por salvaguardar las garantías fundamentales de los intervinientes, sea materia de polémica y se queje, como lo hace el procesado, de que el auto en cita haya

sido notificado. Debió haberse cumplido inmediatamente, asegura, así esto le hubiera reportado un perjuicio pues, de ser así, muy seguramente el lapso habría podido vencerse sin fórmula de juicio ante la renuencia de su apoderado a prohijar su impugnación. No sucedió así. Merced a la notificación cuestionada, el profesional fue enterado de la aceptación del recurso, hecho que le permitió renunciar al poder conferido, dejando en libertad a su cliente para designar otro representante judicial.

1.5 Ahora bien, aclarado el aspecto jurídico del asunto, la Sala se refiere al segundo aspecto de su desacuerdo: nunca supo del auto en mención por lo que los términos comenzaron a correr a sus espaldas. La verdad no acompaña a sus palabras. En el proceso aparece constancia (fl. 30, C. Trib.) que el seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992) se le notificó este auto y que sólo hasta el diecinueve (19) siguiente, luego de cumplirse el trámite que repudia, comenzó el lapso de treinta días.

Dos días antes, el diecisiete (17), es claro que aún su apoderado no había tomado la decisión de no respaldar a su representado, pues, ante la notificación personal que se le hizo, nada manifestó al respecto. Solamente hasta el veinticinco (25) informó sobre su decisión de marginarse del proceso. ¿Por qué hasta ese momento? Para la Sala resulta transparente que estos pocos días los ocupó en concertar una cita con su cliente y tratar en lo posible de llegar a un acuerdo sobre el particular.

No se sorprendió al procesado, como pretende hacerlo creer, continuando los trámites sin su concurso. Recuérdese que de inmediato, el veintisiete (27) (viernes) el Tribunal aceptó la renuncia del abogado y ordenó enterar del hecho a Fierro, expidiéndose el oficio el treinta (30) de noviembre (lunes), solicitándole al asesor jurídico del centro carcelario avisarle sobre la determinación de su defensor. Aparte de esto, el tres (3) de diciembre el propio Tribunal acudió a dicha institución a enterarlo de la cuestión, sin que durante todo este tiempo hubiese hecho la menor alusión a que necesitaba del concurso de un apoderado de oficio.

Mientras su compañero William Uribe otorgaba el poder de rigor (nov. 29), Fierro, guardaba total mutismo. El dieciséis (16) de diciembre un informe secretarial puso de presente la anómala situación y después de varios requerimientos, sólo hasta el cuatro (4) de enero del año en curso, por fin manifestó que se le nombrara un procurador judicial de oficio. No es cierto, por tanto, que haya quedado desamparado en lo referente a la defensa técnica, así como tampoco que de haberse "...enterado con tiempo hubiera efectuado ante el Tribunal Nacional la petición de que se me designara un defensor de oficio...".

1.6 La Sala se ha detenido a realizar esta prolija secuencia de hechos para demostrar que no es veraz que desde un principio el apoderado de Fierro hubiese estado en desacuerdo con la interposición del recurso extraordinario. De haber sido así su rechazo habría sido inmediato. Por consiguiente, en los días transcurridos antes de que se interrumpiera el ritual del proceso, el procesado contó no sólo con la asistencia legal en sí, sino también con la anuencia de su apoderado quien, sólo después de algunos días, decidió renunciar a la defensa de su poderdante.

2. El segundo tema que presenta en su impugnación se refiere a la improrrogabilidad y perentoriedad de los términos judiciales y la "utilización" que hizo la Corte en su contra pese a que fueron instituidos para que "el beneficiado con ellos obtenga de los mismos

todo su provecho". Estos lapsos procesales -se le responde- fueron instituidos, no sólo para ponerle orden a la actuación sino también para dotar de seguridad jurídica a todos los intervinientes. De ahí que la parte que se sirva de ellos en un momento dado tiene la opción de utilizarlos en su beneficio o desecharlos cuando lo crea conveniente.

No puede pretenderse, como lo hace el memorialista, que ante el descuido, la abulia o el error, el administrador de justicia, so pretexto de que éstos fueron hechos para "beneficiar" a las partes, convalide la actuación de la parte, alargándolos a su arbitrio, sin causa razonable que lo justifique, enmarcada dentro de las prescripciones de la normatividad.

En el asunto de ahora, se siguieron con fidelidad los mandatos legales. Se estuvo alerto a la renuncia del defensor, se le avisó con tiempo al procesado, se esperaron los cinco días estipulados como transición entre un apoderado y otro, pero no se obtuvo sino el silencio de Fierro, pese a las constancias procesales que establecen, sin hesitación, que de la renuencia de su apoderado se le dijo con premura. Si los términos continuaron corriendo hasta el límite dicho (5 días después de la renuncia) fue por culpa del procesado quien por su desinterés privó al nuevo representante de contar con ellos. Si hubo "perjuicio" como lo alega el memorialista, se lo ocasionó él mismo. Nada puede hacer la Corte al respecto.

3. Restaría por estudiar lo referente a su alegato sobre interrupción y suspensión, sus diferencias, y su incidencia en el caso personal. Como quiera que este asunto también lo trata su apoderada, se les responderá conjuntamente y ahora. Como ya se dijo, la impugnante plantea su intervención sobre la base de que suspensión e interrupción son términos sustancialmente diferentes, lo que le sirve para elaborar sus tesis en favor de su representado. La verdad le asiste, pero como ella bien lo cita, desde el punto de vista de la jurisdicción civil donde tienen connotaciones especiales pues, cada cual tiene un origen diferente, el uno por circunstancias aledañas al proceso, el otro, por situaciones ocurridas dentro de él.

La situación es diferente en la jurisdicción penal donde no existe la complejidad del asunto. Aquí, interrupción y suspensión son términos sinónimos por lo que la diferencia que pretenden establecer, con fundamento en la normativa civil, no tiene razón de ser. Muestra de ello es que, indistintamente, el C. de P. P., se refiere a una y otra en los artículos 160 y 171, dándose por entendido que la actuación procesal *continuará* luego de cesar los motivos que justificaron la medida. Así las cosas, el lapso corrido con anterioridad al fenómeno mantiene su vigor, por lo que el regreso a la normalidad implica *reanudar* el conteo, agregándose los días transcurridos antes de presentarse la anomalía.

Aparte del anterior argumento, alégase una violación al derecho de defensa por dos razones fundamentales, una, por el formalismo, otra, por dificultarse la tarea del abogado, pues en apenas diecisiete (17) días era materialmente imposible estudiar la actuación procesal y elaborar la respectiva demanda.

Sobre lo primero, el *formalismo* al que alude el escrito en forma peyorativa, debe resaltarse que únicamente se está cumpliendo con los términos estipulados taxativamente en la ley. Si el lapso pasa en silencio sin realizar el acto que se espera del sujeto procesal, pierde su oportunidad. Distinto es el supuesto que por la carencia de una firma, una fecha

mal colocada, en fin, una inadecuada presentación aludiendo a un despacho diferente o la falta de claridad sobre el recurso impetrado (apela en lugar de recurrir en casación), provoque su rechazo. Censurable sería esta decisión pues, como lo mandan las normas superiores, el derecho sustancial ha de prevalecer sobre el rito, pero ello no quiere decir que, a virtud de este mandato, se condene a la desaparición al derecho procesal, desobedeciéndose sus preceptivas. Ello equivaldría a prohijar la inseguridad jurídica, permitiéndole a cada parte elaborar sus propias reglas, sin lugar a discusión alguna.

Tampoco es razón suficiente predicar que los diecisiete (17) días fueron insuficientes para estudiar el proceso y elaborar el libelo casacional, creándose una fuente de iniquidad al recortar los trece (13) días que permaneció el primer apoderado renuente desde el principio a la alzada. Si el estudio del proceso era dispendioso y complejo; más aún, si era denso y en extremo dilatado por la cantidad de pruebas practicadas para darle vida, hubiese podido invocar el artículo 172 del C. de P. P., señalando la causa grave y justificada para prorrogar el término. El silencio guardado implica que los días asignados eran suficientes y que sólo un descuido impidió que el libelo fuera presentado en tiempo.

4. Es aventurado afirmar, entonces, que el encartado quedó desprotegido. Y si en sede de casación no puede defender sus intereses, el hecho sólo se debe a la desatención de su representante. Tales las razones para encontrar la sin razón del recurso invocado.

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

RESUELVE

No reponer el proveído de julio quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993), en el que se declaró desierto el recurso de casación interpuesto por Ricardo Fierro Zamora y por su apoderada, con fundamento en las consideraciones anteriores.

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 E. Cortés Carrica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL

Según el artículo 89 del C. de P. P., cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del Juez Regional y de cualquier otro funcionario judicial, el conocimiento de todos ellos le corresponderá a aquél.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión de Competencia número 8692.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 80.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre 1º de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Decide la Sala sobre la colisión de competencias suscitada entre el Juez Regional de Medellín y el Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Risaralda).

Antecedentes

El tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), comienza la historia procesal. El asalto a una tienda rural por parte de tres individuos motivó la intervención de los campesinos de la región, enfrentándose a los delincuentes, dando muerte a uno e hiriendo al segundo, al tiempo que el tercero lograba escapar. Las fuerzas del orden ponen a disposición del Juez Dieciséis (16) de Instrucción Criminal de Belén de Umbría (Risaralda) al antisocial herido, de nombre Joaquín Helí Saldarriaga Orozco, imputándole la comisión de hurto calificado. Además, el informe policial señala el encuentro en su poder de "...un uniforme camuflado del ejército, (y) una chapusa (sic) interna...". En la indagatoria, aparte de mostrarse ajeno al ilícito contra el patrimonio que se le endilga, Saldarriaga niega que las prendas militares le pertenezcan.

Al resolverse la situación jurídica al sindicado, el Despacho Judicial aludido le dictó detención preventiva como presunto responsable de los delitos de hurto calificado y agravado. Como concurrían los posibles ilícitos de uso y comercio ilegal de prendas militares y concierto para delinquir, ordenó enviar el proceso a la Dirección Seccional de Orden Público, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado de Instrucción de Orden Público de Medellín quien confirmó -con los peritos de rigor- que la vestimenta incautada es de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Agotado el trámite instructivo y ya entrada en funciones la Fiscalía General de la Nación, le correspondió calificar el mérito del sumario a la Fiscalía Regional de Medellín, profiriendo en contra de Saldarriaga resolución de acusación por los delitos previstos en el Título XIX, Capítulo 1° del C. P. y artículo 19 del Decreto 180 de 1988, acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991. Se continúo con el trámite de la etapa de la causa produciéndose la citación para sentencia, poniéndose las diligencias a disposición de las partes para que sustentaran sus alegatos de conclusión.

El señor defensor de oficio del implicado presentó un memorial admitiendo la participación de su representado en el delito de patrimonio económico. Sin embargo, en lo que se refiere al punible tipificado en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988, advierte que la tenencia del uniforme castrense era imputable exclusivamente al compañero de fechorías de Saldarriaga, quien resultó muerto en el encuentro con los campesinos, "*...lo cual permite pensar que bien pudo tratarse de alguna de aquellas burladas y acostumbradas maniobras empleadas por los organismos de seguridad para agravar o comprometer la situación de las personas capturadas...*". Por consiguiente, dado que esta imputación carece de solidez jurídica, solicita se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la calificación del proceso, disponiendo en su lugar el envío de las diligencias al juez competente para conocer del punible de hurto.

El Juzgado Regional de Medellín aceptó las tesis esgrimidas por el procurador judicial de Saldarriaga, disponiendo la remisión del proceso al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Risaralda), por competencia proponiéndole colisión de competencia negativa. Este último Despacho no aceptó los argumentos de su colega, remitiendo las diligencias a esta Colegiatura para resolver el conflicto presentado.

La Controversia

1. Para sustentar la ajenidad del procesado al delito de porte del uniforme de uso privativo de las Fuerzas Militares, el Juzgado Regional recuerda las palabras de la víctima al señalar que la tela que contenía la prenda la llevaba quien a al postre resultara muerto por los campesinos, señalando a Saldarriaga únicamente como la persona que le apuntó con un arma y se apoderó de su cadena. Corrobora lo anterior la versión del capitán Manrique y del agente Aguirre quienes aseveran que la prenda fue hallada junto al cadáver del compañero del procesado. Lo propio asevera el Inspector de Policía encargado del levantamiento de rigor. No obstante, pone de resalto las declaraciones de quienes persiguieron a los asaltantes, los mismos que aseguran que el morral era transportado por Saldarriaga.

De la anterior información, el Juzgado Regional deduce que no existe prueba que permita endilgar este comportamiento a Saldarriaga, por lo que considera que al subsistir únicamente el ilícito contra el patrimonio económico, su conocimiento escapa a su competencia.

2. A su turno, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría rechaza la argumentación del Juzgado Regional basándose en el artículo 89, inciso final, que radica en cabeza de estos funcionarios el conocimiento de los punibles ajenos a su competencia pero que guarden conexidad con los que les ha asignado la ley. Por consiguiente, "... si al dictar el fallo decidía absolver al implicado por el delito de su competencia, conservaba

la competencia para decidir también sobre el delito cuyo conocimiento le correspondió por conexidad, porque en esta circunstancia se opera la prórroga de la competencia".

La Corte

1. Desde el primer instante procesal, cuando apenas se contaba con el informe policial que daba cuenta del asalto de los delincuentes, se habló sobre el hallazgo de un uniforme castrense, hecho que motivó a que la jurisdicción de orden público conociera del asunto. Con el correr de la investigación, aunque se fueron precisando algunos detalles como el del sujeto portador material del uniforme (el occiso), de todas maneras se continuó con el convencimiento de que este delito permanecía incólume y que por tal razón, los Jueces Regionales debían seguir conociendo de él.

Sorpresivamente, al entrar a dictar sentencia de primera instancia, el funcionario acogió el alegato de la defensa acerca de las dudas existente sobre la identidad de quien llevaba la prenda militar. Decide, entonces, con la exégesis en la mano y el olvido de la figura de la coparticipación, dar cuenta de la no responsabilidad de Saldarriaga. El envío a quien considera que es el funcionario competente (aunque por la cuantía no lo sería) es el próximo paso.

2. La perplejidad, es la respuesta, ante el magro razonamiento. Es cierto, que el porte material del uniforme no puede endilgársele a Saldarriaga. Era una prenda y, por fuerza, sólo una persona del grupo de delincuentes podía llevarla consigo. Pero es claro también que, los demás, quienes actuaban de consuno con quien cargaba la tula, aceptaban y compartían el porte de esta prenda.

Se quiere exculpar a Saldarriaga con el testimonio del capitán Manrique que da cuenta del hallazgo del uniforme al pie del delincuente que fue muerto por los campesinos. Vista apenas es una visión parcial de los acontecimientos. Recuérdese que, además, también fue hallada al pie suyo otra bolsa que contenía el producto del hurto, elementos abandonados por los sobrevivientes al emprender la huida. No es un argumento serio, mediando estas circunstancias, el culpar de un ilícito únicamente a quien se le encuentre en su poder los elementos materiales del reato.

Y aún aceptando en gracia de discusión que Saldarriaga y el compañero que logró huir nunca llevaron consigo la prenda prohibida, esto no indica su ajenidad a este comportamiento. La participación se caracteriza por las aportaciones causales de los intervinientes y su solidaridad en la ejecución del hecho.

3. Ahora bien, aún en el supuesto de admitir que existen dudas serias sobre la no actuación de Saldarriaga en el punible en comento, a cualquier título, con ello no se excluye ni la tipicidad ni la antijuridicidad del ilícito, quedando pendiente el asignarle la responsabilidad que al procesado pueda caberle. A lo sumo, como bien lo anota el funcionario promiscuo, procedería una absolución por este cargo en la sentencia, luego del análisis consiguiente.

4. De otra parte, resulta insólito permitir que se discuta, se valore y se decida sobre la ajenidad de procesado a una conducta prohibida, descartándola de plano -como se observa en el auto del Juzgado Regional de Medellín- que haciendo alusión a la ausencia de responsabilidad de Saldarriaga, procede, sin más, a enviar el proceso a su colega. De

todas formas, en este momento procesal aún se encuentra enhiesta la acusación por parte del uniformado militar en cabeza de Saldarriaga, pues apenas se tiene la muestra de la inconformidad del funcionario expresada en un auto que ordena la remisión del expediente a otro juez, proponiéndole la respectiva colisión de competencia negativa.

Aceptar este singular procedimiento equivaldría a permitir que un Juez del Circuito decidiera -sin tener competencia para ello- sobre el delito en comento, generándose la nulidad consiguiente. Tal es' galimatías que pretende construir el colisionante.

5. Por consiguiente, teniéndose en cuenta que, según el artículo 89 del C. de P. P., cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del Juez Regional y de cualquier otro funcionario judicial, el conocimiento de todos ellos le corresponderá a aquél, se dirime la colisión de competencias materia de estudio, asignándosele este proceso al Juzgado Regional de Medellín, remitiéndose copia de esta actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, para su información.

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

RESUELVE:

Asignarle el conocimiento del proceso que se sigue en contra de *Joaquín Hell* Saldarriaga Orozco, al Juzgado Regional de Medellín, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Copia de esta decisión envíese al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría para su información.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

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 E. Cortes Garnica, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

Para que la Corte pueda ejercer la facultad de aceptar el trámite de un recurso de casación excepcional, es fundamental que quien lo interpone precise las razones por las cuales considera que el pronunciamiento es "necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales", pues ese será el punto de referencia para la decisión y al cual deberá posteriormente concretarse de manera exclusiva la demanda.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8533.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 81.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre 2 de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Tulio Elías Sampayo Noguera, contra la sentencia de segunda instancia del Juzgado Penal del Circuito de Aguachica, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Gamarra, en la cual impuso al acusado cuatro (4) años de prisión por el delito de lesiones personales.

Interposición del Recurso

El defensor sustenta su pretensión acudiendo que la sentencia es violatoria de las tres causales de casación previstas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, "...resultando de interés capital de la Sala Penal de Casación de la honorable Corte Suprema de Justicia para el desarrollo de la jurisprudencia nacional pronunciarse sobre los hechos aquí investigados y por los cuales se condenó al sindicado en violación de los derechos fundamentales suyos del *debido proceso* y el de *defensa*, ya que los fines primordiales del recurso extraordinario de la casación es preservar la efectividad del derecho material y de las garantías debida 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".

Consideraciones de la Sala

El actor incurre en el error de creer que bastan las afirmaciones generales y abstractas para que proceda el recurso de casación de manera excepcional, de ahí que en su memorial se limite a decir que es de interés para el desarrollo de la jurisprudencia que la Corte se pronuncie sobre los hechos, sin precisar cuál es el tema en particular, y la razón por la que cumple esa exigencia legal.

De igual manera sostiene que se violaron las garantías fundamentales del debido proceso y el derecho de defensa, sin hacer la más mínima mención de en que pudo consistir esa irregularidad, pretendiendo así que la Sala haga un examen oficioso del expediente en procura de descubrir la actuación que motiva su inconformidad, procedimiento ajeno a la previsión del inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

La vaguedad consignada en el memorial con el cual se interpone el recurso, tiene su punto más sobresaliente en la aseveración de que la sentencia viola las tres causales de casación del artículo 220 *ibidem*, aspecto éste que al carecer de explicación aleja mucho más la posibilidad de que se admita la impugnación.

Para que la Corte pueda ejercer la facultad de aceptar el trámite de un recurso de casación excepcional, es fundamental que quien lo interpone precise las razones por las cuales considera que el pronunciamiento es "necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales", pues ese será el punto de referencia para la decisión y al cual deberá posteriormente concretarse de manera exclusiva la demanda.

Como el escrito presentado por el recurrente, no cumple los requisitos mencionados, la decisión procedente es la inadmisión.

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

RESUELVE:

Inadmitir el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Tulio Elías Sampayo Noguera. Ejecutoriado este proveído se devolverá las diligencias al juzgado de origen.

Cópiese, 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.

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

IMPUGNACION / ACCION DE TUTELA

Con relación a la impugnación de los fallos de tutela deben observarse las reglas previstas en el Decreto 2591 de 1991; es decir, recurrirse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, así no se sustenten los motivos de discrepancia con él.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8704

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 087.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Decide la Corte sobre el recurso de hecho interpuesto por la apoderada de Greenstone Resources Limited of Colombia contra la providencia que negó el recurso de apelación de la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Medellín.

Antecedentes

Ante el Tribunal Superior de Medellín -Sala Penal- la apoderada de la sociedad Greenstone Resources Limited of Colombia interpuso una acción de tutela contra la Sala Laboral de la citada Colegiatura, con resultados adversos a su pretensión.

Inconforme con la decisión, la profesional recurrió en apelación utilizando algunos términos que el Tribunal consideró irrespetuosos. Por ello, teniendo en cuenta el artículo 39-3 del Código de Procedimiento Civil, ordenó la devolución el escrito como "enseñanza de la moderación".

Esta determinación motivó a la abogada a solicitar su reposición, presentando las disculpas de rigor, y advirtiendo que la posible injuria provino particularmente de ella y no de la parte del proceso de tutela, razón por la cual no tiene por qué sufrir las consecuencias de un acto ajeno. Por consiguiente, solicita la revocatoria de la providencia, pidiendo se acepte el memorial de apelación. No obstante, sus palabras no

encontraron eco en el Tribunal, quien luego de adverar que "...la expresión que sirvió de fundamento para rechazar el escrito encierra una afirmación irrespetuosa...", y que los errores de los apoderados "terminan radicándose en las partes que representan", opta por conservar incólume el auto impugnado. Y aclara que la devolución del escrito "significa que éste no se tiene por presentado en ese momento", por lo que el nuevo memorial allegado para subsanar el defecto, lo entiende presentado por fuera del término ilegal. Por tanto, su extemporaneidad implica denegar el recurso de apelación.

Tal negativa impuso a la quejosa elevar un nuevo memorial de reposición. Cita al efecto la Carta fundamental para señalar que en ella no se contempla ninguna otra formalidad a la acción de tutela, a excepción de ejercitarse dentro de los términos establecidos para ello. Y si no se requiere sustentar la respectiva apelación -dice- mucho menos puede negarse con el argumento de considerar su fundamentación como injuriosa. En el evento de no compartirse sus argumentos, subsidiariamente interpone el recurso de hecho.

La respuesta del Tribunal continuó siendo contraria a sus apreciaciones. Advirtió que el recurso de apelación "...no se negó porque el escrito contuviera una expresión injuriosa...". Ello determinó únicamente la devolución del memorial, teniéndose por no presentado. Agrega que, el nuevo escrito subsanando la irregularidad, infortunadamente se presentó por fuera del término legal, juez no se pierde por el hecho de que se trate de una acción de tutela, que los poderes correccionales son una herramienta de que se dispone para ejercerlo en todos los procesos, que la preservación de las garantías fundamentales no autoriza los excesos, y que el acceso a la administración de justicia no puede ejercerse con el desconocimiento de las normas básicas de consideración y respeto.

La Corte

La acción de tutela como lo recuerda la recurrente, persigue resguardar las garantías fundamentales y no requiere, aparte de su invocación ante un Juez de la República y dentro de los términos establecidos por el Decreto 2591 de 1991, de ningún otro requisito. Sus evados fines y el brindarle la posibilidad a todo aquel que se sienta agraviado de que le sea reconocido y protegido el derecho vulnerado, simplificaron el rito para acceder por esta vía a la administración de justicia.

No obstante lo anterior, con relación a la impugnación de los fallos de tutela, deben observarse las reglas previstas en el Decreto 2591 de 1991; es decir, recurrirse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, así no se sustenten los motivos de discrepancia con él. Tal ritual cada en efecto, la cumplió la Doctora Bernardina Pérez Restrepo, pero por aplicación del numeral 3º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, su escrito le fue devuelto mediante providencia susceptible del recurso de reposición y en subsidio el de queja, cosa que no hizo, limitando su actividad a presentar nuevo escrito en el que introdujo el recurso de apelación, desde luego en forma extemporánea como lo precisó el *a quo*.

Siendo así que el recurso que ocupa la atención de la Sala está referido a la negativa del Tribunal Superior de Medellín para conceder el de apelación, contenido en su segundo escrito, es claro que aquél estuvo bien denegado y por tanto, improcedente éste por extemporaneidad.

A esta misma conclusión llegó la Corte en la parte motiva de la sentencia de fecha 25 de agosto del corriente año, en la cual se pronunció sobre la impugnación interpuesta por los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, Doctores Celedonio Posada Medina, Mateo Uribe Ruiz y Juan Guillermo Zuluaga contra el fallo del 25 de junio inmediatamente anterior proferido por la Sala Penal de la misma Corporación.

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

RESUELVE:

1. *Declarar* bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la Doctora Bernardita Pérez Restrepo, apoderada de la Sociedad Greenstone Resources Limited of Colombia, contra la sentencia de fecha 25 de junio del año en curso, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por extemporáneo.

2. Remítase la actuación a la Corte Constitucional para que forme parte del proceso radicado en esta Corporación bajo el número 581.

3. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de 1991.

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., (salvo mi voto).

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

IMPUGNACION / ACCION DE TUTELA / MEMORIAL IRRESPETUOSO

(Salvamento de Voto)

No concita duda alguna, que en el presente asunto, la parte actora hizo la manifestación de que la providencia negatoria de la acción de tutela interpuesta por ella, fuera revisada por la instancia superior.

Independientemente de los términos utilizados y en guarda del principio de la doble instancia, el Tribunal ha debido conceder el recurso. Y, si como consecuencia de los términos empleados en el escrito consideraba que tenía una connotación injuriosa, o por lo menos irrespetuosa, debió expedir las copias pertinentes para que la jurisdicción disciplinaria realizara la investigación de rigor.

Recurso de hecho 8704.

No aceptó la Sala el proyecto por mí presentado. Sirvan entonces las razones allí expuestas para mostrar mi disentimiento al criterio de la mayoría.

"1. Aunque con proposiciones respetuosas el Tribunal llama la atención de la letrada sobre el acato y consideración que merece la administración de justicia, no sucede lo propio cuando -en guarda de los poderes correccionales que le otorga la ley- en la práctica le cierre el paso para que acceda a la segunda instancia, so pretexto que, como resultado del enfrentamiento, el escrito impugnatorio se entiende por no presentado y, por ende, se considera interpuesto el recurso por fuera del término legal.

2. La acción de tutela como lo recuerda con tino la recurrente, persigue resguardar las garantías fundamentales y no requiere, aparte de su invocación ante un Juez de la República y dentro de los términos establecidos por el Decreto 2591 de 1991, de ningún otro requisito. Sus elevados fines y el brindarle la posibilidad a todo aquel que se sienta agraviado de que le sea reconocido y protegido el derecho vulnerado, simplificaron el rito para acceder por esta vía a la administración de justicia.

3. No concita duda alguna que, en el presente asunto, la parte actora hizo la manifestación de que la providencia negatoria de la acción de tutela interpuesta por ella, fuera revisada por la instancia superior. Independientemente de los términos utilizados y en guarda del principio de la doble instancia, el Tribunal ha debido conceder el recurso. Y, si como consecuencia de los términos empleados en el escrito consideraba que tenían

una connotación injuriosa, por lo menos irrespetuosa, debió expedir las copias pertinentes para que la Jurisdicción Disciplinaria realizará la investigación de rigor.

4. Resulta insólito que, el agravio verbal de un recurrente a la administración de justicia -si es que lo hubo- sé responda con otro, conculcándole sus garantías fundamentales, estableciendo de paso una sanción no sólo desproporcionada sino ajena a su misión de resolver los conflictos sociales. Pero más aún, pese a la insistencia que la normatividad hace sobre la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el Tribunal pretende desconocerle al recurrente su voluntad, argumentando una presunta extemporaneidad.

5. Es claro que la impugnante dentro del término de ley, apeló el proveído. También lo es que la Colegiatura se negó a darle curso aduciendo un supuesto agravio. Pero no se puede aceptar que después de impedírsele el acceso a la segunda instancia se coloque la responsabilidad en cabeza de la recurrente, aduciendo que ha de entenderse que el escrito no fue presentado y que, por consiguiente, el que le precedió y el pedimento de que a la interposición del recurso se le diera el trámite de rigor, se presentaron extemporáneamente. Este formalismo exagerado merece el enérgico rechazo de la Corporación.

6. En consecuencia, la Sala considera que el recurso de apelación fue interpuesto dentro de los términos legales y, por tal motivo el Tribunal ha de darle el trámite que corresponde, para ante la Corte".

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*.

INTERVINIENTES EN EL PROCESO / PERITO / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

No es desatinado afirmar que el momento procesal indicado para designar perito avaluador de los daños y perjuicios, si a ello hubiere lugar dada la complejidad del asunto, es el que sigue al vencimiento del término de los treinta días de que habla el artículo 446 del C. de P. P. y antes de que se celebre al audiencia pública, evento en el que deberá rendirse el dictamen dentro del término probatorio establecido en el artículo 448 *ibidem*. / No resulta lógico ni atendible pretermitir el procedimiento diseñado en los artículos citados, pretextando vacío en la normatividad instrumental aplicable al caso, máxime que el decreto y el recaudo del peritazgo, en el estado procesal de que dan cuenta los autos, no armoniza con el sistema ideado por el legislador, sino que contribuye a desquiciarlo festinando la actuación a seguir en desmedro del debido proceso, garantía de raigambre constitucional que ha sido quebrantada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8657.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*.

Aprobado Acta número 80 (1º 09-93).

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Defensor de la ex Juez Civil del Circuito de esta ciudad, Doctora Stella María Reyes Neira contra la providencia de doce de julio pasado, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá se negó a revocar el acto que dispuso el avalúo pericial de los daños y perjuicios ocasionados con los hechos punibles a ella imputados.

Antecedentes

El 17 de noviembre de 1992 la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte confirmó, por vía de apelación, la resolución acusatoria proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá contra la ex Juez Catorce Civil del Circuito de esta ciudad capital

Doctora Stella María Reyes Neira por el delito de prevaricato por omisión de que trata el artículo 150 del Código Penal, adicionándola en el sentido de comprometerla en juicio por el ilícito de Abuso de Función Pública descrito en el artículo 162 *ibidem*, en concurso con el anterior.

Consistió la acusación en que la Doctora Reyes Neira, a cuyo cargo se encontraba la tramitación del proceso de Concordato Preventivo Voluntario instaurado por el señor Manuel Antonio Manrique Soriano, omitió enviar el expediente al superior para que dirimiera la recusación formulada por la apoderada del comerciante quebrado y porque continuó ejerciendo su actividad funcional durante más de cuatro años, no obstante que por ministerio de la ley, el proceso de quiebra se encontraba suspendido a partir del recibo del escrito de recusación hasta cuando se resolviera el incidente.

Ejecutoriada la anterior decisión, tomaron las diligencias el Tribunal Superior y acto seguido el Magistrado Sustanciador por auto de diecisiete de febrero postrero dispuso el avalúo pericial de los daños y perjuicios causados con los delitos, designando como perito avaluador a uno de los que figuran en la lista oficial correspondiente a la Sala Civil de esa Corporación.

Resueltas varias peticiones hechas por la profesional nombrada como perito avaluador, el defensor de la procesada solicitó la revocatoria de la providencia ordenadora de la prueba pericial porque en su opinión contravenía las claras previsiones del artículo 446 del C. de P. P., cuyo texto transcribe, debiéndose ordenar que la Secretaría de la Sala Penal diese cumplimiento a dicha norma para luego proceder a la práctica del peritazgo decretado "en los términos establecidos por el artículo 448" de la citada codificación.

El Tribunal Superior, mediante auto de doce de julio del año en curso, se negó a revocar el que dispuso el avalúo pericial de los daños y perjuicios causados con los delitos imputados argumentando que en ausencia de disposición legal que hubiese previsto el momento procesal para dicha evaluación, característica del Código de Procedimiento Penal expedido por el Decreto 2700 de 1991 y su inmediato antecesor, el Decreto 050 de 1987 "corresponde al juez singular o colegiado, atendiendo la interpretación sistemática de la ley, elegir el momento; y al haberse procedido como se hizo no se ha incurrido en irregularidad sustancial ni por siquiera insustancial que afecte el debido proceso ni el desarrollo del derecho de la defensa".

Agrega que el dictamen pericial para la cuantificación de los daños y perjuicios causados con el hecho punible es prueba "totalmente ajena a la tipicidad, y huelga advertir, también ajena a la antijuridicidad y a la culpabilidad" y que las pruebas a que alude el artículo 448 citado por el defensor de la acusada "en forma exclusiva y excluyente solamente tiene relación con el hecho punible: si hubo causación de daños y perjuicios éste es un tema que no está integrado a los elementos del delito como tampoco lo está la punibilidad porque son simplemente sus consecuencias...".

Consideraciones de la Corte

Es verdad que el Código de Procedimiento Penal vigente (Decreto 2700 de 1991) no señaló el momento procesal en que debería designarse el perito o peritos que avaluaran los

daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible, como sí lo hicieron de modo expreso los Estatutos Procedimentales contenidos en la Ley 94 de 1938 y el Decreto 409 de 1971 al indicar que dicho nombramiento debería hacerse en el mismo auto de apertura de juicio a prueba, si así lo solicitaba el agente del Ministerio Público, o la parte civil, o si hubiere bienes del sindicado embargados o secuestrados; pero dicho silencio no autoriza al juzgador para proceder a la designación del perito avaluador contrariando el claro texto de la ley.

En efecto, el artículo 446 de la actual codificación expresa que al día siguiente de recibido el proceso por el juez encargado del juzgamiento, previa constancia secretarial de ello, el expediente quedará a disposición de los sujetos procesales por el término común de treinta días hábiles para los siguientes fines: preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades originadas en la etapa de instrucción que no hayan sido resueltas y pedir las pruebas que fueren conducentes.

La conducencia de las pruebas se predica, no sólo de aquellas que tienen que ver con el hecho imputado excluyendo o aminorando los rigores de la acusación, sino también las que como el avalúo pericial sirven para liquidar o cuantificar el monto de los perjuicios de orden moral y material causados con el delito, cometido fundamental de la investigación a las voces del artículo 334-6 *ibidem*.

Finalizado el término anterior, dice el artículo 447, el funcionario judicial decretará las pruebas que considere procedentes, las cuales se practicarán dentro de la audiencia (art. 448), con lo que se garantiza el principio de la inmediación de la prueba, salvo las que deban recaudarse fuera de la sede del juzgado o requieran estudios previos, las que se decretarán y practicarán en un término que no podrá exceder de quince días hábiles.

Armonizando las anteriores disposiciones legales resulta fácil entender que durante la etapa de juzgamiento el legislador delimitó claramente las fases relacionadas con la petición, decreto y recaudo de las pruebas conducentes a los fines indicados.

Si además se relacionan con normas afines insertas en estatutos procedimentales que sirvieron de antecedente reciente al vigente, no es desatinado afirmar que el momento procesal indicado para designar perito avaluador de los daños y perjuicios, si a ello hubiere lugar dada la complejidad del asunto, es el que sigue al vencimiento del término de los 30 días de que habla el artículo 446 del C. de P. P. y antes de que se celebre la audiencia pública, evento en el que deberá rendirse el dictamen dentro del término probatorio establecido en el artículo 448 *ibidem*.

No resulta lógico ni atendible pretermitir el procedimiento diseñado en los artículos citados, pretextando vacío en la normatividad instrumental aplicable al caso, máxime que el decreto y recaudo del peritazgo, en el estado procesal de que dan cuenta los autos, no armoniza con el esquema ideado por el legislador, sino que contribuye a desquiciarlo festinando la actuación a seguir en desmedro del debido proceso, garantía de raigambre constitucional que ha sido quebrantada.

El correctivo aplicable en aras de la sanidad del proceso no es otro que la declaratoria de invalidez de la actuación a partir, inclusive, del auto de 17 de febrero del año en curso, por el cual se ordenó el avalúo pericial de los daños y perjuicios causados con los delitos imputados, por la comprobada existencia de irregularidad sustancial que

afecta el debido proceso, a fin de que se reponga la actuación conforme a derecho comenzando por el traslado común a las partes contemplado en el artículo 446 del C. de P. P.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal *declara la nulidad* del juicio a partir inclusive, del auto sigrado el diecisiete de febrero pasado, en adelante, a fin de que se reponga la actuación conforme a derecho.

Cúmplase, 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 Cortés Gurnica, Secretario.

CULPABILIDAD / CULPA

El que los pasajeros no hubieran permitido el cierre de la puerta del bus por hallarse en tal forma aglomerados que era imposible, no es circunstancia eficaz para estructurar la causal de inculpabilidad porque en manos del conductor del bus estaba abstenerse de continuar la marcha si los pasajeros no permitían el cierre de la puerta y por ende la desaparición del riesgo de accidente que él había previsto pero confió no se materializaría: no se trató de un acaecimiento imposible de evitar.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7981.

Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 081.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Conoce la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia emitida el 10 de junio de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual, por revocación de la de primera instancia, condena al procesado Franklin Valderrama Valderrama como autor responsable de homicidio culposo en accidente de tránsito en la persona del menor Jorge Iván Uribe, a las penas principal de prisión de dos años y suspensión del oficio de conductor de vehículos por un año y accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena privativa de la libertad. Así mismo, le otorga el sustituto de la ejecución condicional y le impone la obligación civil indemnizatoria.

Hechos y Actuación Procesal

El 6 de noviembre de 1990, cuando viajaba como pasajero del bus urbano de placas TK-1349 que conducido por Franklin Valderrama Valderrama cubría la ruta hacia el barrio Manrique Oriental de la ciudad de Medellín, asido de las manijas de la puerta delantera del vehículo -que estaba abierta- y con sus pies apoyados en el estribo, el joven

estudiante Jorge Iván Uribe cayó mientras el desplazamiento se hacía por la carrera 37 entre calles 71 y 72, y fue arrollado por las llantas traseras del mismo automotor, lo que le ocasionó numerosas y graves heridas determinantes de la muerte. El vehículo estaba afiliado a la empresa "Transmayo".

El cúmulo de pasajeros en el lugar aledaño a la puerta impidió que el conductor se diera cuenta al instante de lo sucedido, pero avisado que fue, detuvo el vehículo y ante la imposibilidad de remediar en algo los acontecimientos, se puso a disposición de las autoridades de Policía.

El levantamiento del cadáver fue realizado por las autoridades policivas de Tránsito de Medellín y correspondió iniciar el proceso penal al Juzgado 4º de Instrucción Criminal, en donde el sindicado rindió indagatoria y se recepcionaron numerosos testimonios. Clausurada la etapa investigativa sumarial, el mismo despacho judicial calificó su mérito con resolución acusatoria imputándole al procesado el delito de homicidio culposo, criterio éste que compartió el Tribunal Superior del Distrito al conocer por apelación de la defensa la decisión.

El Juzgado 6º Superior, una vez celebrada la audiencia pública, profirió sentencia absolutoria, a la que se opuso la representante de la parte civil mediante el recurso de apelación, con el resultado de que el *ad quem* lo revocara y en su lugar impartiera condenación de acuerdo con el pliego de cargos, en los términos referidos anteriormente, mediante la sentencia contra la cual formuló impugnación extraordinaria de casación la defensa (fls. 6 v, 12, 21, 72, 94, 100 y ss., 108, 123 y ss., 135, 144 y ss., 149 y ss., 174, 191 y ss., 207 y ss. cd. ppl. 1).

La Demanda

El cargo que el demandante presenta contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín consiste en que es violatorio, en forma indirecta, de la ley sustancial, debido al error de hecho manifiesto en que incurrió en la apreciación de algunas pruebas por falso juicio de identidad, al interpretarlas confiriéndoles un sentido distinto "por yactar (sic) -dice- el verdadero alcance de la prueba objetiva en su exacto significado".

Señala que las pruebas sobre las cuales recayó el error fueron la indagatoria del procesado y los testimonios de Gerardo Parra Salazar, Blanca Edilma Giraldo y Zulima Giraldo. Que aquél explicó que la puerta del vehículo iba abierta mientras rodaba, porque los estudiantes acumulados en ella no se la dejaban cerrar, y fue corroborado en ese aserto por los mentados testigos, sin embargo de lo cual el Tribunal, al referirse a Gerardo Parra Salazar dejó "por fuera esa parte de la versión para darle una directriz probatoria a lo manifestado por el testigo distinta a su estricto sentido". De las otras deponencias especificadas no señala forma alguna de tergiversación, y seguidamente, sin comentario adicional dice que "Apreciación igual ocurre con los otros testimonios", sin añadir a los enlistados otros.

Luego advierte que "si la puerta iba abierta, no fue por la negligencia del procesado, sino por la intransigencia, por la protuberante imprudencia de los pasajeros, entre ellos el occiso, que al no dejar cerrar la puerta, le sustraían físicamente toda posibilidad al

conductor de cumplir con las normas de tránsito, que no se cerró la puerta por voluntad de los pasajeros y, de ahí el que el *a quo*, haya advertido que es lamentable condenar por responsabilidad objetiva, ya que ello está proscrito de la ley penal, retrocediendo mil años en cuestiones penales, con la tesis del Tribunal, etc." (fl. 219).

Después de afirmar que el Tribunal le atribuyó el hecho de no haber cerrado la puerta del vehículo exclusivamente al conductor, con prescindencia de la participación que en él tuvieron los pasajeros, y que tal fue el yerro de apreciación probatoria, añade que por virtud de tal error no se admitió que esa acción del procesado "no provino de su mente, de su persona, que no aceptó escuetamente llevar la puerta abierta, sino que no se la dejaron cerrar, se le impedía físicamente hacerlo", y que entonces, se tomó en "sentido contrario el significado de las palabras" y se cambió su "sentido fáctico", y nuevamente reitera el relato de lo sucedido según la prueba antes referida, para, en últimas, ratificar su criterio de que el *ad quem* distorsionó el sentido de la prueba al hacerle producir "efectos probatorios que no se derivan de su contexto" como fue, inferir que "la terquedad, la imprudencia del conductor fue la única causa, remota y próxima de no cerrar la puerta".

En el aparte que destina al registro de las normas indirectamente violadas, incluye los artículos 296, 294, 247 del C. de P. P. y el 5º del C. P. y explica las razones de esas transgresiones en cada caso. Respecto del artículo 296 del C. de P. P. afirma que el Tribunal despreció la confesión calificada, al acoger de ella solamente que la puerta iba abierta, y añadir que esta irregularidad se debió al querer del procesado, cuando la verdad es que los pasajeros le impedían cerrarla; el artículo 294 se violó porque también a los pasajeros deponentes antes referidos se les puso a decir solamente que la puerta estaba abierta sin atender a su dicho de que ello se debió al impedimento para cerrarla, de los pasajeros agolpados a su alrededor, y atribuir la irregularidad nuevamente al querer del conductor; el 247 se infringió porque con esa errada apreciación de la prueba se dedujo la responsabilidad del implicado; y el 5º del C. P., porque se condenó con base en mera responsabilidad objetiva. El error en que a su juicio incurrió el fallador determinó el sentido equivocado del fallo, y demostrado como así se halla, debe casarse, para que en esta sede se absuelva al procesado.

El Alegato Apreciatorio de la Parte Civil

La señora representante de la parte civil se opone a la casación impetrada tras advertir que la demanda "vuelve sobre la prueba ya discutida en el proceso y no logra demostrar el error en que incurriera el honorable Tribunal Superior", y que "ni los argumentos en que sustenta el error de hecho, ni la técnica de la demanda, llegan a ser suficientes para que la sentencia sea casada".

Al referirse al contenido probatorio del proceso, afirma su contundencia en cuanto demostrativo de la violación por el conductor, de claras disposiciones sobre tránsito vehicular, y agrega que "los pretendidos motivos ajenos a su voluntad para permanecer con la puerta abierta se caen por su propio peso, si solamente pensamos en que ningún recurso empleó para evitar el ingreso al vehículo de los usuarios, y que mantuvo la puerta abierta por su propio querer".

Estima que "no puede pretenderse entonces la existencia de violación indirecta de la norma sustancial, porque el Tribunal no dio al dicho del procesado las inflecciones (sic) pretendidas por la defensa".

Concepto del Ministerio Público
y Consideraciones de la Corte

No tiene vocación de prosperidad la censura, como con innegable acierto lo señala el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, cuyo criterio hace suyo la Sala.

Acuce el censor la errada apreciación de la indagatoria del procesado y de los testimonios de Gerardo Parra, Blanca Edilma Giraldo y Zuleima Giraldo, porque al estudiarlos el Tribunal habría distorsionado su contenido material para extraer de tales elementos hechos diversos a los que ellos relatan y así ignoró circunstancia excluyente de culpabilidad traducible en eventual caso fortuito o fuerza mayor que hubiera proporcionado respaldo a la absolución.

El error de hecho, pues, habría consistido en un falso juicio de identidad que generó la indirecta violación del artículo 5° del C. P., pues proscribía como está en la norma toda forma de responsabilidad objetiva, la sentencia no podía condenar al procesado con la prueba apreciada de la equivocada manera en que lo fue -con violación también forma indirecta de los artículos 296, 294 y 247 del C. P. P.

La demanda afirma que el Tribunal dio por establecido que el vehículo transitaba con la puerta abierta y que esta circunstancia irregular obedeció a la voluntad del conductor procesado, mientras que la prueba cuya errada evaluación pregona indicaba que la puerta permanecía abierta durante la operación del bus porque los estudiantes pasajeros amontonados a su alrededor le impidieron cerrarla, y considera que este disper enfoque es la distorsión propia del falso juicio de identidad, causante de la inferencia de responsabilidad culposa en la sentencia.

Sin embargo, como lo revela el contexto de las consideraciones del fallo y lo destaca el Ministerio Público en su concepto, es evidente que el Tribunal no distorsionó el contenido de las pruebas sino que, no obstante partir del mismo, "llega a conclusiones diversas, al realizar una valoración conjunta del material probatorio".

En efecto, "el Tribunal transcribe un aparte de la indagatoria de Franklin Valderrama en la que el procesado explica que "no cerró la puerta porque los estudiantes no lo dejaron". Igualmente cita los testimonios de los pasajeros del bus, concluyendo con base en ellos, que el conductor circulaba con las puertas abiertas, atiborradas de estudiantes y que, por tanto, era consciente del peligro que corrían, pues, además, les advirtió a los estudiantes, no en los mejores términos, que podían accidentarse si no dejaban cerrar la puerta" -alerta el distinguido coadyuvador representante de la Sociedad-.

Al admitir el Tribunal la aglomeración de pequeños pasajeros -los estudiantes que en sitios aledaños al del insuceso a la hora del almuerzo salían de su sitios de enseñanza y subieron al bus en apretados grupos-, obviamente no descartó que la puerta del bus no pudiera ser cerrada, y tan así fue, que copió el aparte de la indagatoria del sentenciado en

que lo manifiesta e hizo referencia al cúmulo de pasajeros en las puertas según lo habían relatado los testigos a que alude el demandante, de dos de los cuales -el de Blanca Edilma Giraldo y Zulcima Giraldo- dijo la Corporación que "al unísono afirman que éste (el conductor procesado) advirtió a los menores la factibilidad de un accidente, enojado porque no dejaban cerrar la puerta". Si así asumió el fallador la objetividad probatoria, no se ve de qué manera distorsionó las pruebas como para haber incurrido en el falso juicio de identidad de que habla el actor.

La responsabilidad culposa que el Tribunal imputó al acusado resultó de no haber procurado con medios adecuados que se corrigiera la situación anómala para continuar la marcha del vehículo, sino que habiendo previsto la posibilidad de accidente confió en que no sucedería: sabía que la puerta iba abierta porque no pudo cerrarla debido al número de persona en el área de su movimiento, y aunque molesto por la aglomeración continuó la marcha, insultando además a los niños, incómodos viajeros: "y les decía muy feo", dice la testigo Blanca Edilma Giraldo, refiriendo a continuación los términos y amenazas del conductor contra aquéllos. Con razón la Procuraduría advierte que el acusado asumió "una actitud imprudente que genera una culpa con representación, pues no obstante haber previsto el resultado lesivo del bien jurídico ajeno -lo cual se deduce de las advertencias que hizo-, confió en que tal resultado no se produciría".

Así la situación, doble motivo se alza para provocar la desestimación de la censura. Por una parte, el Tribunal no varió la realidad probatoria, sino que admitió la que el acusado y los testigos vertieron a la investigación, esto es, no incurrió en el error de hecho por falso juicio de identidad de que habla el demandante, y adelantó su juicio apreciativo de los elementos de convicción conforme a las reglas de la sana crítica; por la otra parte, y ya como aclaración al libelista: el que los pasajeros no hubieran permitido el cierre de la puerta de bus por hallarse en tal forma aglomerados que era imposible, no es circunstancia eficaz para estructurar la causa de inculpabilidad por la que aboga, porque en manos del conductor del bus estaba abstenerse de continuar la marcha si los pasajeros no permitían el cierre de la puerta y por ende la desaparición del riesgo de accidente que él había previsto pero contó no se materializaría: no se trató de un acaecimiento imposible de evitar.

De otra parte, y en ello también la Corte acoge el concepto del Ministerio Público, "Tampoco la imprudencia de la víctima tiene relevancia como causa del suceso, pues como lo explica acertadamente el Tribunal: el comportamiento culposo del menor fue conocido y valorado de antemano por el conductor del vehículo, quien no obstante lo anterior, permitió que utilizara el servicio en forma peligrosa".

El cargo pues, resulta inatendible.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida. En firme, *devuélvase* el expediente a la oficina de origen.

Cópiese 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 E. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO / DEBIDO PROCESO / DERECHO SUSTANCIAL

Que la mera forma no pueda prevalecer sobre la justicia material o el derecho sustancial (art. 228 C. N. y 9º C. P.), en manera alguna significa que se dejen de acatar las normas procesales, pues el debido proceso es también disposición constitucional (art. 29). Quiere decir lo anterior que el llamado derecho sustancial presupone para su aplicación la observancia de un debido proceso, y que únicamente, dentro de éste pueden los sujetos procesales reclamar sus garantías. / En manera alguna puede admitirse que ya no sea necesario demostrar el error, simplemente porque si no lo hace el casacionista, su impugnación fracasará. / Como la sentencia está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, al casacionista tócale derruir esa presunción, para lo cual es imprescindible que el fallador haya cometido un error manifiesto, así la ley ahora no utilice ese calificativo. Para que resulte un error de hecho por "credibilidad" tiene que el error respectivo ser de bulto, manifiesto, detectable a simple vista y sin requerir valoraciones o reflexiones. Se trata, solamente de "constatar" en el proceso la objetividad de una cosa u otra. O si no, tocaríale al casacionista demostrar que el fallador inventó o desconoció una prueba (error de existencia) o que le hizo decir a la misma, una cosa que materialmente no dice (error de identidad por distorsión o desfiguramiento). / Que no exista el sistema de prueba tasada o de tarifa legal, no está mucho menos autorizando a los casacionistas a cambiar el otrora posible error de derecho por falso juicio de convicción (credibilidad de las pruebas) por un presunto error de hecho por atentado a la sana crítica. En esa equivocación incurren muchos casacionistas, la mayor de las veces sin lograr demostrar, claro está, la irracionalidad o mero capricho del fallador en la apreciación de las pruebas; o sea que se quedan sin demostrar el error de hecho que alegan.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7989.

Aprobado Acta número 80 de septiembre 1º/93.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Santafé de Bogotá, D. C., seis de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de julio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó al procesado Abelardo Pamplona Blandón, por el delito de homicidio -agravado-, a la pena principal de 16 años de prisión.

Antecedentes

1. En la ciudad de Medellín, en las primeras horas de la noche del 8 de enero de 1991, el joven John Fredy Ruiz Ospina caminaba por la carrera 39A con calle 86A (barrio Manrique Las Granjas), cuando sorpresivamente desde atrás le dispararon Abelardo Pamplona Blandón (alias Abelino) y Carlos Enrique Cárdenas Chavarriaga, este último menor de edad. Estos dos sujetos estaban acompañados de un hermano de Abelardo, Wálter Orlando, y de otro individuo que no logró ser identificado. A Cárdenas Chavarriaga se le conoce como "Camacho".

A causa de esos disparos John Fredy falleció momentos después en la clínica de los Seguros Sociales.

2. La denuncia por esos hechos fue puesta por la madre del occiso, Blanca Dilia Ospina de Ruiz, quien dijo haber oído que los autores del homicidio habían sido los hermanos "Wálter y Abelino Pamplona y un tal Camacho" (f. 5).

La necropsia (fls. 11 y 12) estableció que los disparos mortales entraron por el hueso occipital de John Fredy y que la trayectoria de los mismos fue de "atrás hacia adelante".

En agosto 14 del citado año, un hermano de la víctima hizo capturar a Pamplona Blandón y Cárdenas Chavarriaga. El primero en su indagatoria negó toda imputación, incluso la de pertenecer a la banda "los cariñositos", como se decía. Con relación al segundo, por ser menor de edad, se expidieron las copias del caso (fls. 25 y ss.).

El Juzgado 21 de Instrucción Criminal de Medellín continuó la investigación y luego de la indagatoria en mención escuchó a varios familiares del occiso, quienes coincidieron en decir que un tío de éste le vendió un lote a Amalia Blandón, madre del procesado, y que a raíz de ello hubo problemas.

Entre esas declaraciones vale la pena mencionar la rendida por Bertha Nohemí Echavarría Holguín, casada con un tío del occiso, quien dijo haber visto cuando se cometió el homicidio por parte de Abelardo Pamplona Blandón y de "Camacho". Dice que desde su casa pudo ver bien a esos sujetos y a Wálter, el hermano de Abelardo, y que esa identificación fue especialmente clara cuando, luego del hecho, los autores llegaron hasta la puerta iluminada de su casa, a cuyos pies cayó tiroteado John Fredy. Dice también que apenas se hicieron los primeros disparos, la víctima empezó a correr en zigzag, tratando de evitar la muerte. Como los demás familiares del occiso, señala que la familia Pamplona Blandón se cambió de residencia una vez ocurrido el homicidio (fls. 34 y 35).

3. Por auto de 21 de agosto de 1991, se dictó auto de detención contra Pamplona Blandón, por el delito de homicidio, agravado por la circunstancia de indefensión, de conformidad con el artículo 324-7 del Código Penal (fls. 36 y ss.).

Practicadas otras pruebas, se cerró investigación y se la calificó mediante auto de 10 de diciembre (fls. 97 y ss.), con resolución acusatoria por el citado delito, con la

agravante, "ya que la víctima se encontraba en condiciones de indefensión, y Abelardo y sus cómplices se aprovecharon de ella, puesto que John Prady no tenía forma de repeler el ataque de cuatro sujetos armados que le dispararon en repetidas oportunidades, mientras huía y en el suelo..." (fls. 108). En esa misma providencia se dispuso la compulsa de rigor para establecer la participación que pudo tener Wálter Orlando en el hecho, bajo la estimación de que no se podía vincular a esta investigación por no estar plenamente identificado.

4. El Juzgado 15 Superior de Medellín celebró audiencia pública el 13 de marzo de 1992 (fls. 124 y ss.) y dictó sentencia de acuerdo con el pliego de cargos, imponiendo a Abelardo Pamplona Blandón la pena principal de 16 años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y condenándolo, además, al pago de los perjuicios. Se negó, finalmente, la condena de ejecución condicional. Aparte del testimonio de Bertha Nohemí Echavarría Holguín, tuvo en cuenta el Juzgado como indicios: la negociación del lote con la madre del procesado, el abandono de su residencia luego de cometido el hecho, el acoso a unos familiares del occiso (a su hermano Jaber Arley y a su prima Erika Sonaida Flórez Ospina) y la retractación negativa del procesado de ser hermano de Wálter Orlando (fls. 141 y 142).

El defensor del procesado apeló esa sentencia alegando, primero, inocencia, y subsidiariamente, que no se da la agravante por indefensión. El Tribunal, mediante el fallo que recurrió en casación el referido apoderado, confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. Además, dispuso la expedición de copias para investigar por falso testimonio a las declarantes Erika Daidé Valencia Toro y María Astrid Flórez Ospina, quienes trataron de corroborar la coartada del procesado, en el sentido de que se hallaba en lugar diverso al del punible cuando éste se realizó.

La Demanda

Invoca el actor la causal primera de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por "errores en la apreciación de la prueba". Luego de señalar que de acuerdo con las nuevas disposiciones prevalece el derecho sustancial sobre la mera forma, dice: "De todos es clara la supresión de ciertas exigencias, específicamente en cuanto al cuerpo segundo de la causal primera, desaparece el requisito de demostración del error, su catalogación entre hecho y derecho y el que éste aparezca manifiesto en autos; con lo que se amplió o mejor profundizó la capacidad de revisión que hace la Corte" (fls. 198).

Con esa premisa, dos cargos hace al fallo:

Cargo Primero

Dice que en la aplicación de la agravante prevista en el numeral 7° del artículo 324 del Código Penal, se incurrió en error de hecho al examinar varios elementos de juicio, dejándose de lado la sana crítica que debe presidir el análisis de las pruebas. Expresa el censor:

"Por lo visto, el apoyo probatorio de la conclusión que no comparto se encuentra en la declaración de la testigo Bertha Nohemí Echavarría Holguín, en la prueba pericial o que hace relación a los orificios de entrada de los proyectiles que hicieron impacto en

la víctima y en la declaración de la ya citada y de Erika Soraida Flórez Ospina, Blanca Dilia Ospina de Ruiz y Jaber Arley Ruiz Ospina, puesto que todos ellos son coincidentes en afirmar que la víctima y los Pamplona Blandón no habían tenido problemas" (fls. 200).

Agrega que se trata de distorsión de la prueba, "esto es, que a dichos medios probatorios se les hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto o expresión fáctica" (fls. 201) e individualiza así el ataque:

1. En cuanto a la declaración de Echavarría Holguín sostiene que esta testigo dice haber visto los hechos sólo desde que se hicieron los disparos, por lo cual no puede deducir el fallador que la víctima caminaba inerme cuando fue sorprendida por sus atacantes, con los cuales no se sabe, pues, si el occiso tenía problemas y rivalidades, y si antes de los hechos hubo algún enfrentamiento de aquél con éstos.

Es decir, el actor reitera que no se sabe, y la testigo no lo dice, lo que ocurrió antes de los disparos.

2. Esa testigo y Jaber Arley Ruiz Ospina, Blanca Dilia Ospina de Ruiz y Erika Soraida Flórez Ospina, coinciden en sostener que previamente al homicidio, no había existido problema entre la víctima del mismo y el procesado.

Arguye que del hecho de que no les conste a ellos la existencia previa del problema, no se puede inferir que éstos no hayan ocurrido, como concluyó el sentenciador:

"En resumen -anota- el error de apreciación probatoria que aquí se endilga consiste a que a unos testimonios, sacándolo (sic) de sus contextos propios, por suposición se les dio un carácter definitivo, cuando se refería a un hecho indefinido y se le dio un alcance total, cuando sólo se referían a la inexistencia de rivalidades entre algunos de los supuestos protagonistas, puesto que hay alguno oculto, de acuerdo a la prueba que se distorsionó" (fls. 203 y 204).

3. Respecto de la necropsia, dice que "en realidad no es cierto que el dictamen establezca 4 impactos en la parte posterior o la mayoría por la espalda" (fl. 204). Enfatiza en que ningún disparo dejó tatuaje (lo que en su sentir excluye el "rematamiento"), y dice que "a esta prueba sostengo que se le pone a decir lo que no expresa y de ello mismo se deduce una situación de indefensión que no consta en autos" (fl. 205).

Dice que no se tuvo en cuenta que el occiso corría en zigzag, lo que permite establecer "que se percató del ataque", y que, en definitiva, no puede sostenerse que la víctima fue cogida por sorpresa.

Cargo Segundo

"Acuso la sentencia de violar, indirectamente, norma de derecho sustancial, específicamente por violación de los artículos 323, 61, 67 y 324-7 del Código Penal, en concordancia con los artículos 23, 2 y 5 del mismo Código, que también fueron aplicados indebidamente. Para llegar a esta infracción de la ley sustancial, se cometieron yerros *in iudicando* que tienen que ver con la responsabilidad, que más adelante se especificarán y que pueden denominarse, de acuerdo a la vieja denominación, como de hecho, por distorsionar el sentido de algunos medios probatorios y por suponer la existencia de

otros, y que en conjunto determinaron la violación de normas procesales tales como el (sic) art. 246, 247 y 254 del C. de P. P., siendo este medio para la infracción inicialmente relacionada" (fls. 206 y 207).

Agrega el casacionista que como no existe tarifa legal ataca el testimonio de Echavarría Holguín y los varios indicios, por error de hecho.

1. En cuanto al testimonio de Echavarría Holguín, dice que únicamente se percató del hecho después de los disparos y que apenas "supone" que el menor capturado junto con Pamplona Blandón sea "Camacho".

Asevera que la testigo afirma que la prima del occiso, Erika Soraida Flórez Ospina "fue víctima de disparos que le hizo Abelino (sic)", lo cual no es cierto, si se coteja con la declaración de esa dama.

En fin, plantea que a este testimonio no se le debe dar credibilidad, "lo que hace generar el supuesto de que se haya equivocado en el reconocimiento de los sujetos que atacaron a su sobrino" (fl. 210).

2. Afirma que los hechos fuente de los indicios, no se encuentran plenamente probados, como ordena la ley.

a) No se encuentra probado que la familia del procesado se haya cambiado de residencia luego de los hechos. De todos modos, dice, esa mudanza había ocurrido en noviembre de 1990; es decir, antes de los hechos, como declaró Luz Mery Calle Montoya;

b) Sobre el "seguimiento al hermano de la víctima", esto es, al testigo Jaber Arley Ruiz Ospina, dice el actor que no hubo tal seguimiento, según aparece en el testimonio de Arley, quien sí admite que hizo aprehender al procesado (fl. 211);

c) Agrega que en relación con las amenazas y el "seguimiento" subidos por la menor Erika Soraida, se distorsionó "la expresión fáctica" de su testimonio, pues "lo que la menor llama seguimiento bien puede ser la expresión de su propio temor ante el hecho de que el señor Abelardo Pamplona caminaba tras ella";

d) Que se haya "oído decir" que los autores del hecho eran "Walter, Abelino y un tal Camacho", no puede ser tomado como indicio, porque -dice- no se sabe de dónde salió esta versión o "rumor" (fl. 212);

e) Es cierto que hubo la negociación del lote y que el procesado "se justifica mal". Respecto de lo primero, dice que ese hecho habría ocurrido mucho tiempo atrás y que la víctima no era el "directamente obligado", en ese negocio. Estima, pues, que se le dio "demasiada trascendencia a este hecho".

En cuanto a la mala justificación, dice que es propio de los habitantes de la "comuna oriental", el hermetismo y hasta la torpeza. "El querer ocultar -expresa- algunas circunstancias como forma de defensa no lleva inexorablemente a entender que el procesado ha realizado la conducta por la que se le juzga, entre otras cosas porque estamos ante el derecho penal de acto y no de autor y es posible que lo que se esconda sea otra responsabilidad u otra cosa distinta a la responsabilidad de le investigado" (fl. 213).

Agrega que, así, se inculpó como autor del homicidio "a quien no lo era", y propone a la Corte "constatar" lo expuesto en el libelo, "de modo tal que se establezca si efectivamente aparece en los autos la fuente de los razonamientos realizados, si éstos son trascendentes, como deben serlo, puesto que se atacó y relacionó toda la prueba incriminatoria y la que puede subsistir no conserva la entidad suficiente para ser soporte de un fallo condenatorio" (fl. 214).

Pide entonces que se absuelva al procesado, si prospera el segundo cargo, y se le rebaje la pena, si sale exitoso el primero.

Concepto de la delegada y consideraciones de la Sala

Acerca de lo extraordinario del recurso

Que la mera *forma* no pueda prevalecer sobre la justicia material o el derecho sustancial (arts. 228 C. N. y 9º C. P.), en manera alguna significa que se dejen de acatar las normas procesales, pues el debido proceso es también disposición constitucional (art. 29). Quiere decir lo anterior que el llamado derecho sustancial presupone para su aplicación la observancia de un debido proceso, y que únicamente dentro de éste pueden los sujetos procesales reclamar sus garantías.

Se anota lo anterior porque claramente el actor da a entender que el recurso de casación es una tercera instancia, cuando no es cierto que lo sea. Sobre el particular, dijo esta Sala en providencia de 18 de mayo de 1993, con ponencia del suscrito Magistrado Sustanciador:

"...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.

"..."

"...Todas estas modificaciones que ha tenido la regulación de este recurso (ampliación de la cobertura, incremento de las facultades oficiosas de la Corte y posibilidad de formular cargos excluyentes), de ninguna manera lo han desnaturalizado, pues éste sigue siendo lo que tradicionalmente ha sido: un recurso extraordinario, que requiere una especial técnica para su fundamentación y decisión, y que está regido por los principios de 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 iudicando* o *in procedendo*, es preciso que en la demanda, que no es más que el escrito sustentatorio del mismo, se señala 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 las causales distintas de las invocadas, ni corregir o ampliar la fundamentación que de ellas se hizo en la demanda.

"Tampoco podrá la Corte elucir 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.

"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 exigía un pronunciamiento expreso sobre este punto y facultaba a la Corte para declarar desierto el recurso, 'si la demanda no reúne los requisitos' " (art. 226).

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal trae los requisitos formales de la demanda, entre los cuales cabe destacar el número 3: "la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas". Por considerar que la demanda a nombre de Abelardo Pamplona Blandón reunía esos requisitos, la impugnación fue admitida.

El artículo 220 *ibidem* prevé las causales de casación, siendo la primera de este tenor:

"Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial.

"Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente".

En manera alguna puede admitirse, como expresamente lo plantea el actor, que ya no sea necesario demostrar el error, simplemente porque si no lo hace el casacionista, su impugnación fracasará.

Por otra parte, si bien es cierto que la norma ya no exige al actor decir si el error que alega es de derecho o de hecho, no se ve cómo en su planteamiento el casacionista pueda salirse de la respectiva demostración, según lo que contenaria jurisprudencia de la Corte ha entendido por esas clases de error. No se le exige, pues, al actor, se repite, que diga expresamente si invoca un yerro de hecho o uno de derecho, pero el desenvolvimiento del cargo conducirá fatalmente a uno u otro, así no lo diga explícitamente el censor.

Ahora bien: como la sentencia está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, al casacionista le toca derruir esa presunción, para lo cual es imprescindible que el fallador haya cometido un error manifiesto, así la ley ahora no utilice ese calificativo.

En resumen, jamás puede prevalecer la opinión del actor respecto del mérito probatorio (por ser sólo eso: un punto de vista o criterio valorativo), sobre la plasmada en el fallo por el sentenciador.

"Sin embargo -dice al respecto la Delegada-, ...el censor se muestra notoriamente desorientado en relación con el tema de la 'desformalización' de este recurso extraordinario, pues ella no implica que la Sala de Casación Penal se haya convertido en una tercera instancia, a la que pueden acudir los demandantes con el único propósito de enfrentar su personalísimo criterio de valoración probatoria al acogido por los jueces en las instancias, desconociendo que los medios de prueba no están tarifados legalmente en derecho procesal colombiano" (fl. 20).

Tiene razón entonces el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal. Ahora, el casacionista advierte que no existe esa tarifa, por lo cual invoca correctamente el error de hecho, pues lo que estima transgredido es la "sana crítica" y la lógica con que se deben examinar las pruebas (art. 254 C. P. P.). Pero para que resulte un error de hecho por "credibilidad" tiene que el error respectivo ser de bulto, manifiesto, detectable a simple vista y sin requerir valoraciones o reflexiones. Se trata, como dice el actor, solamente de "constatar" en el proceso la objetividad de una cosa u otra. O si no, tocaríale al casacionista demostrar que el fallador inventó o desconoció una prueba (error de existencia) o que le hizo decir a la misma una cosa que materialmente no dice (error de identidad por distorsión o desfiguramiento).

En esos términos, pues, se pasa a examinar los dos cargos del libelo, compartiendo la Sala la obvia anotación de la Delegada de que en primer término hay que estudiar el cargo segundo, porque éste tiende a demostrar la inocencia total del procesado, al paso que el primer cargo únicamente pretende que se le quite la agravante por indefensión, es decir que se le rebaje la pena.

Cargo segundo

1. Dice el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que la prueba más importante dentro del proceso es la declaración de Bertha Nohemy Echavarría Holguín, quien señala directamente al procesado como una de las personas que disparó contra su sobrino político John Fredy Ruiz Ospina. "Además -señala- no se entiende por qué el libelista se dedica a controvertir la valoración de los jueces frente a este testimonio, no obstante haber apoyado el cargo en un supuesto error de hecho" (fl. 20 del cuaderno de la Corte).

En cuanto a los indicios, expresa:

a) El cambio de residencia de la familia del procesado no puede decirse que ocurrió antes del hecho, pues si bien la testigo Luz Mery Calle da cuenta época "un año atrás" (es decir, noviembre de 1990), esta versión es "contradictoria y confusa", pues no consigue precisar si para entonces hubo el traslado de casa o "simplemente conoció a la familia citada, como consecuencia de un disparo que con arma de fuego le propinaron a Walter Pamplona" (fl. 84 vto.).

En contraste con ese testimonio están los rendidos por la madre y el hermano de la víctima, Blanca Dilia Ospina de Ruiz y Jaber Arley Ruiz, y por la citada Bertha Nohemy Echavarría Holguín, quienes precisan que el cambio de domicilio se dio después de los hechos.

Sostiene, pues, que el hecho indicador "se encuentra plenamente demostrado";

b) En cuanto a la persecución que el acusado hiciera a Jaber Arley, hermano de la víctima, dice que la misma ocurrió, pues ese testigo es bien claro (fl. 32) al reiterar que

"lo siguió en compañía de otro señor, y por ello se vio precisado a acudir a las autoridades, haciéndolo capturar. No se observa entonces dónde radica la distorsión del hecho indicador, ni las suposiciones del testigo como producto de su temor. El relato no puede ser más ecuánime, y al hecho indicador se le dio por tanto el verdadero valor que se deriva de su contexto" (fl. 22);

c) En cuanto al comportamiento de Erika Soraida Flórez Ospina, menor prima del occiso, dice que ésta es enfática en afirmar (fls. 55 y 56) que el procesado la amenazó por intermedio de su amiga Amelia, "y posteriormente la persiguió, pero logro escapársele. El hecho de que no se haya escuchado en declaración a Amelia, no significa que se dé por no probado este hecho indicador, o que el Tribunal lo haya distorsionado en su verdadero sentido" (fl. cit.).

Termina así el Procurador el examen de este cargo:

"En síntesis, existe en este proceso una testigo directa de los hechos, que señala a Abelardo Pamplona como el responsable del hecho materia de juzgamiento. Esta prueba es complementada con una serie de indicios que corroboran la conclusión acogida por los jueces de instancia, quienes al apreciar y valorar estos medios probatorios, no incurrieron en ninguno de los errores de hecho señalados por el demandante, motivo por el cual esta censura carece de toda perspectiva de éxito" (fl. 23).

2. La Sala está en un todo de acuerdo con el concepto de la Delegada, por resulta él mismo fiel a la realidad procesal y al derecho.

Pero coherente la Sala con lo dicho en primer término, de que la Corte no es tercera instancia, y que si se alega error de hecho "por credibilidad" el mismo tiene (justamente por ser de hecho) que emerger evidente, manifiesto, meramente "objetivo"; precisamente por eso repítese -la Sala no hará sino la "constatación" a la cual acertadamente la invita el casacionista; es decir, que brevemente la Sala retomará la prueba de cargo que ha sido combatida, para finalmente establecer que el fallador no olvidó en su apreciación ni en su valoración la lógica o la sana crítica.

a) Bertha Nohemy Echavarría Holguín dijo sobre las personas que intervinieron en el homicidio de John Fredy: "Sí, el uno era el Abelardo Bladón Pamplona (sic) y el otro era el hermano de Wálter, y el otro era Carlos Enrique, le dice Camacho" (fl. 31).

La testigo dice haber visto los hechos desde el "mirador" de su casa, y al responder sobre la iluminación en el lugar manifiesta que era oscuro el sitio donde inicialmente estaban los atacantes, "pero al llegar a la entrada de mi casa la iluminación es buena, ahí hay una lámpara en todo el frente. Cuando ellos fueron arrimándose donde John Fredy, yo los pude ver a la luz y los reconocí (fl. 34 vto.);

b) La denunciante y madre de la víctima, Blanca Dilia Ospina de Ruiz, el hermano de aquél, Jaber Arley Ruiz Ospina, y la testigo en mención, Bertha Nohemy Echavarría Holguín, son coincidentes al afirmar que la familia Pamplona Blandón se mudó de casa una vez sucedido el hecho: ello puede constatarse a folios 11, 12, 31, 32, 32 vto. y 34 del expediente;

c) Sobre el seguimiento a Jaber Arley, éste dice a folios 22: "Ya el martes hace ocho días yo iba por el Palo, para el Colegio, y llegando al Cefa yo iba elevado mirando para

el otro andén y mire para el frente y viste (sic) a Abelardo y con otro, pero no sé quién era el otro y crucé la calle y si no me vieron los hago coger y si me vieron corro y miré por el hombro y vi que ya venían detrás y corrí para la avenida oriental... vi a dos agentes y los vi que venían por la otra cuadra y lo señalé y me metí a una residencia y los agentes fueron y los cogieron";

d) Con respecto a la actitud tomada por el procesado con la prima del occiso, menor Erika Soraida Flórez Ospina, ésta declaró que una vez ocurrido el hecho, estaba en casa de su amiga Amelia Pulgarín, cuando vio pasar al procesado, informándose al día siguiente por su amiga, que éste le había dicho que no se metiera con Erika Soraida porque ésta "se la debía", agregando Pamplona Blandón que la esperaría (a Erika Soraida) a la entrada y salida del colegio, como efectivamente lo hizo, lo que llevó a Erika Soraida a dejar los estudios. También declara que en cierta ocasión el procesado la persiguió: "Sí -dice-, porque él salió detrás de mí y yo salí corriendo, yo siempre le llevaba varias cuadras de ventaja y me le volé" (fls. 55 vto. y 56).

De lo referido se constata claro que no se desconoció la sana crítica o valoración racional de la mencionada prueba. Tampoco se nota, y el casacionista no lo demuestra, que el sentenciador haya distorsionado o desfigurado el aspecto meramente material de los diversos y aludidos medios de prueba. Como señala la Delegada a la cardinal y directa imputación de Bertha Nohemy Echavarría Holguín, se suman esos hechos indicadores que se acaban de reseñar.

Que no exista el sistema de prueba tasada o de tarifa legal, no está ni mucho menos autorizando a los casacionistas a cambiar el otrora posible error de derecho por falso juicio de convicción (credibilidad de las pruebas) por un presunto error de hecho por atentado a la sana crítica. En esa equivocación incurren muchos casacionistas, la mayor de las veces sin lograr demostrar, claro está, la irracionalidad o mero capricho del fallador en la apreciación de las pruebas; o sea, que se quedan sin demostrar el error de hecho que alegan, como en este caso ha acontecido.

El cargo no prospera.

Cargo primero

Sostiene el actor que no se da la agravante por indefensión prevista en el artículo 324-7 del Código Penal. También invoca error de hecho por desconocimiento de la sana crítica.

1. Al respecto dice el señor Procurador Delegado que al estar probado testimonialmente que la víctima no tenía problemas con sus agresores, "considera el Tribunal que el encontrarse con sus victimarios, el hoy occiso asumió una actitud desprevenida. Ello es así, porque según las reglas de la experiencia, no se espera ningún ataque de las personas que aparentan amistad o se muestran cordiales" (fls. 24).

Dice que el sentenciador en momento alguno distorsionó la declaración de Bertha Nohemy Echavarría Holguín. "Si bien es cierto asevera que la testigo no puede dar fe de lo que ocurrió antes del primer disparo, el Tribunal sí puede, a través del conjunto de pruebas, realizar un juicio *ex ante* para concluir que al venir el señor por la calle y estar cuatro personas en sitio oscuro, éstos lo estaban acechando, y al ser observados por John

Fredy, asumió una actitud pasiva, ya que se conocían de tiempo atrás y se saludaban, produciéndose posteriormente el primer disparo y el resultado a que hace alusión la testigo" (fl. 25).

Del mismo modo estima que la prueba pericial (necropsia) fue apreciada correctamente, "al concluir que el occiso recibió los disparos por la espalda (sic) y por los lados, lo cual indica que trató de huir al percatarse del ataque, pero no fue posible ya que los homicidas lo acribillaron inmediatamente. Si bien es cierto que no recibió la mayoría de los disparos por la espalda (sic), ello no desvirtúa de ninguna manera el aprovechamiento de la indefensión de la víctima" (fl. 26), causal que tampoco se demerita por el hecho de que la víctima haya corrido en zigzag, ni porque los disparos hayan sido hechos a más de un metro de distancia.

Pide, pues, no casar el fallo recurrido.

2. Dígase en primer término que la anotada prueba pericial encontró en el cadáver de John Fredy Ruiz Ospina las siguientes heridas de bala:

"1) Orificio de entrada sin tatuaje de 1.5 por 1 cm. de diámetro, en tercio distal antero interno de brazo derecho, con orificio de salida de 3 por 2 cms. en tercio medio anterior del mismo. 2) Orificio de entrada sin tatuaje, de 0.5 cms. de diámetro, *occipito-temporal derecho*, con orificio de salida en mejilla izquierda. 3) Orificio de entrada sin tatuaje, de 0.5 cms. de diámetro, *occipital derecho*, con orificio de salida retromastoideo izquierdo. 4) Laceraciones epidérmicas en ambas rodillas, flanco izquierdo, pómulo izquierdo. 5) Orificio de entrada sin tatuaje, de 0.7 cms. de diámetro, glúteo derecho medio, con orificio de salida externo (ver gráfica)" (fl. 11, se destaca).

Se percibe claro, pues, antes que todo, que los disparos mortales fueron hechos desde atrás, cuando la víctima ya había pasado, razón atendible para predicar la causal de indefensión prevista en el numeral 7° del artículo 324 del Código Penal.

En cuanto al correr en zig-zag a que se refiere la testigo Bertha Nohemy Echavarría Holguín, se torna consecuentemente lógico y lejos está de debilitar o aniquilar la agravante, pues escuchado el primer disparo, o sentido el mismo en su cuerpo (no se sabe si el primer disparo hizo blanco y dónde exactamente), aparece lógico deducir que la víctima trató de salvarse corriendo de esa manera.

Ahora bien: si Abelardo Pamplona mató fue por algún motivo. El expediente todo habla de una negociación de un lote, que un familiar de la víctima vendió a la madre de Pamplona Blandón. Se sabe igualmente que tal negociación originó problemas entre esas familias. Respecto de dicha venta declaran Jabel Arley Ruiz Ospina (fls. 31 y 32), la denunciante (fls. 32 vto. y 33) y Bertha Nohemy Echavarría Holguín (fl. 35). De resto, dicen que entre las familias, y concretamente entre victimario y víctima, no existían antecedentes de hostilidad. Entonces, surge claro que es el casacionista el que *supone* esa enemistad y quiere plantear la misma para quitar la agravante, lo cual no tiene asidero alguno.

Así, el juzgador de primer grado no erró al decir al respecto:

"En efecto, se sabe que los agresores, en número de cuatro, estuvieron en el sitio con antelación a su acción criminal en espera solapada de la víctima que debería pasar

por allí y cuando ésta los superó, abrieron fuego contra ella causándole las lesiones descritas en la diligencia de necropsia; sin embargo, esto por sí sólo no erige la circunstancia mencionada, aunque sí la fortalece cuando, como en el caso presente, se tiene el dictamen médico de una explícitas tan contundente cuando especifica que el cadáver presenta..." (fls. 135 y 136).

En el mismo folio 136, anota el juez que "la sorpresa fue terminante para el resultado obtenido, a pesar de que John Fredy trató de contrarrestarla corriendo en zig-zag hacia la casa de su pariente, casi a cuya puerta de ingreso se desplomó".

Del mismo criterio participó el Tribunal cuando revisó por apelación la sentencia, haciendo énfasis en que la víctima caminaba "desprevenida e inerme" (fls. 187). "Todo ello está significando -dice el Tribunal al folio citado- que actuaron sin ningún riesgo, sin ninguna posibilidad de peligro para ellos (los agresores), lo que de paso constituye ventaja, pues Ruiz Ospina apenas pudo enterarse de que era atacado en ese momento cuando (sic) fue acometido por ese grupo de personas..." (resaltado del original).

Frente a todo ello, *de modo razonable* el fallador dedujo la agravante por indefensión que pretende derruir el casacionista, invocando no sólo el desconocimiento de la sana crítica, sino una distorsión objetiva de la prueba: se acaba de ver que no ocurrió por parte del sentenciador, ni aquél ni ésta, razón para que el cargo no pueda salir avante.

No prospera entonces la demanda.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

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 Cortés Garnica, Secretario.

FERITO / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / *REFORMATIO IN PEJUS* / SENTENCIA CONTRADICTORIA

1. Los organismos oficiales, tanto por su seriedad como por su gratuidad, deben ser escogidos de primero para estas diligencias (auxiliar de la justicia), en el campo penal. De manera que contándose con esta alternativa, sólo procede requerir a esas entidades el experto adecuado, la cual escogerá dentro de su personal al elemento más indicado, no sólo por la índole de sus ocupaciones y conocimientos, sino por su disponibilidad. Es por esto que se elimina su posesión, máxime cuando la fidelidad del compromiso está avalada por la correcta respuesta que debe dar a su públicas funciones, pasándose entonces a su inmediato ejercicio, sobre los cuestionarios de rigor. / La institación ha eliminado la pluralidad en el número de expertos, el sorteo, la posesión y la comprobación de los condiciones de aptitud para llevar a cabo este cometido. La incorporación de la persona a una entidad u organismo oficial lleva insita la representación de estos atributos y condiciones, de ahí que sólo basta la determinación de quien debe realizar la pericia. / 2.Cuando se puntualiza una acusación por delito consumado, es dable, completamente viable, admitir al final uno en modalidad de tentado. No hay en esto un sorprendimiento en cuanto a los aspectos fácticos o jurídicos de la cuestión, al punto de poderse dubitar que cuando se defiende el incriminado de una acusación por delito perfecto, no se contenga en esa alegación lo propio a la forma imperfecta de la tentativa inacabada. / 3. La Sala debe censurar la extrema benignidad con la cual procediera el Tribunal, la cual abandonó parámetros de punibilidad de notoria presencia (gravedad de hechos, personalidad del procesado, etc.), siéndole permitido, a pesar del artículo 31 de la C. Nacional sustraerse a un fenómeno de atenuación de la pena privativa de la libertad así y todo considerara el comportamiento como tentado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7911.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 81, septiembre 2/93.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre seis de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Se estudia y define la casación introducida en favor de Luis Antonio Vera Polo, a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, por el delito de Falsificación en Moneda Extranjera, le impuso, en fallo calendado el siete de mayo de 1992, seis (6) meses de prisión.

La demanda se declaró ajustada a las formalidades de la ley, en proveído de veintiocho de octubre del citado año.

Hechos y Actuación Procedimental

De los primeros destacó el Tribunal:

"...Por una llamada telefónica se comunicó a la Policía Metropolitana de Cali -Unidad Investigativa de Orden Público-, que en la carrera 24A No. 4-35 del Barrio "Miraflores", se guardaba un arsenal de armas de fuego y, al programarse el operativo, se constató el funcionamiento de una tipografía, en la que se hallaron los elementos relacionados a folio 1 fte. y se retuvo a Luis Antonio Vera Polo e Inés Traslaviña Castillo, el primero de los cuales reconoció su profesión de tipógrafo y estar dedicado a la elaboración de unos bolívares, por encargo de un individuo llamado Arturo Barrios. Efectuada su captura, se recibe en la Unidad Investigativa de Orden Público, exposición libre y espontánea a estas personas, quienes reconocen la elaboración de gran cantidad de billetes en denominación de 500 bolívares, cuyo proceso no culminó como era su objetivo, porque le faltaban 6 impresiones más, acto que tuvo lugar en presencia de. Personero Delegado Penal II, donde también aceptó el primero, haber estado vinculado con anterioridad a procesos por delitos similares".

Y en cuanto al trámite debe anotarse lo siguiente:

La investigación la asumió el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal, despacho que, en auto de veinticinco de junio de 1991, decretó la detención preventiva de Vera Polo y se abstuvo de tomar medida de aseguramiento contra Inés Traslaviña Castillo. El Juzgado 8º Penal del Circuito, en proveído de julio 29 de 1991, varió la calificación provisional y consideró el delito no en modalidad de tentado sino de consumado -fls. 113/116-. Celebrada la audiencia (noviembre 21/91) se dictó fallo de condena de primera instancia (diciembre 3, año en referencia), en el cual se impuso a Vera Polo un (1) año de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y se le concedió el beneficio de la condena de ejecución condicional. Se impartió, en cuanto a Traslaviña Castillo, fallo de absolución. Recurrió en apelación el apoderado de Vera Polo, alzada que sustentó en debida forma. El Tribunal, como ya se dejó visto, disminuyó la pena privativa de la libertad, al considerar la conducta como tentada.

La Demanda

I. Se acusa la sentencia de ser "violatoria de la ley sustancial (derecho sustancial por falta de aplicación de los artículos 266, 267 y 268 del C. de P. P., y en ese orden dar aplicación a los artículos 20 del Código Penal en la modalidad del 22 del mismo Código"

Al respecto recuerda la forma como hizo su aparición el experto interviniente en este proceso, vale decir que el Juez ordenó "oficiar al Banco de la República para que se designe un perito técnico que asesore al Despacho en diligencia de Inspección Judicial a los billetes decomisados", denotando, entonces, que ese nombramiento no lo hizo tanto el funcionario judicial como si la mencionada entidad bancaria. Con base en su dictamen, la Juez 8ª Penal del Circuito de Cali recalificó y adecuó el punible a delito consumado, dejando de lado la figura de la tentativa, y profirió la sentencia correspondiente. "Esta violación así ostensible y palmaria conlleva la invalidación de la sentencia impugnada y el proferimiento de una que absuelva al señor Luis Antonio Vera Polo de todo cargo de responsabilidad penal como consecuencia lógica".

1. La sentencia impugnada "no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de fecha julio 29 de 1991, interlocutorio número 085, que equivale a la resolución de acusación, ya que el Juzgado 8º Penal del Circuito de Cali había variado en el mismo la adecuación tipificante, convirtiéndolo de una tentativa autónoma en un punible consumado, debiendo en consecuencia, o condenar por el delito consumado, o absolver por una falta total de prueba idónea para ello, pues estamos frente a un proceso abreviado y no ante un proceso ordinario penal, máxime cuando la prueba máxima tenida para tal resolución era y es el *dictamen pericial*, acercado al proceso en contravía de normas como el artículo 246 en armonía con los 266, 267 y 268 del C. de P. Penal".

Y a continuación agrega, como demostración del cargo:

"1. La sentencia impugnada, la de fecha mayo 7 de 1992, obrante a folios 270 a 284 vto. del cuaderno principal, proferida por el honorable Superior de Cali, en el *proceso* abreviado de la referencia, desarticula el debido proceso, garantizado en la nueva Constitución en su artículo 28, pues si con fundamento en los artículos 474 y 476 del C. de P. P., se fijó su procedimiento por el Juzgado 8º Penal del Circuito de Cali, en la providencia comentada del 29 de julio de 1991, como *delito consumado*, pues así debió entenderlo el Juzgado *a quo* y el *ad quem* entender que la prueba tenida en cuenta, o probaba el punible o no lo probaba; si lo primero: debía haber condenado; y si lo segundo: absolver, ya que la prueba técnica o lo probaba todo o no probaba nada, máxime cuando se le dio un valor que no tenía por haber sido el perito nombrado por persona distinta a la del juez competente.

"2. Es ostensible que la prueba técnica tenida en cuenta en el proceso de la referencia es la *pericial*, así se nos haya dicho que existe la *confesión* del procesado Luis Vera Polo, pero no olvidemos que tal como se investigó *este punible no es susceptible de prueba de confesión*, mientras no esté demostrado el *cuerpo del delito* de la *falsificación* de moneda extranjera, pues, con todo respeto hacia la honorable Sala, *no es un hecho notorio* que en determinado país circule determinada moneda, pero ni siquiera en las fronteras ya que el recientemente derogado Decreto 444 de 1967, orgánico del *Régimen de cambios o mercado de divisas en Colombia*, no permitía sino la circulación del peso como unidad monetaria nuestra, y quien negociara con *divisas extranjeras*, tenía que atenerse a las consecuencias de la violación de la ley cambiaria, convertible en prisión, arresto, multa y pérdida de las divisas cualesquiera que fueran éstas".

Opinión de la Procuraduría 3ª Delegada en lo Penal

Primer cargo. No se precisa si la violación de la ley sustancial se produce por vía directa o indirecta y, con afisho a la segunda por la referencia a aspectos probatorios. la impresión se desvanece porque se destaca luego la falta de aplicación de normas procedimentales, dando a éstas una categoría de precepto sustancial. Pero más adelante objeta la consideración que la sentencia hiciera de la pericia existente en autos, la cual señaló "que el material decomisado correspondía a una imitación de moneda extranjera que estaba en proceso de fabricación", advirtiéndose que tal elemento probatorio no fue el único estimado como factor para acreditar la responsabilidad del procesado.

De otro lado se señala "que la inconformidad del demandante radica no en el contenido mismo del peritaje, sino en la forma ilegal como, en su criterio, se procedió a la designación del perito que lo realizó, puesto que en su entender ha debido ser el juez quien señalara el nombre exacto del experto a quien se encargaría la valoración de los elementos decomisados. En este punto, pese a que rechaza una tal conclusión, el casacionista trata de apegarse a lo que él denomina tecnicismos legales, pues no admite que el juez hubiera podido solicitar la colaboración del Banco de la República para la determinación de la persona que finalmente realizó el examen al material incautado.

"Es que, recuérdese, que el funcionario pidió al Banco de la República la designación del experto, no como una manifestación de su renuncia a la competencia o a la posibilidad de designar los peritos que deberían intervenir, sino como un mecanismo expedito y efectivo para llevar a la práctica la diligencia. El perito fue, materialmente, designado por el juez: un funcionario del Banco de la República; su determinación específica, sin embargo, correspondió hacerla a quien conocía el personal y las funciones de quienes podrían prestar el servicio, razón por la cual no resulta admisible la afirmación según la cual el hecho de que el funcionario judicial no haya individualizado con su nombre al técnico, genera la inexistencia del acto procesal, pues es la propia ley la que autoriza que la colaboración sea solicitada judicialmente, en cuyo caso "el servicio de peritos se prestará por los... demás funcionarios que la administración pública que no tengan interés en el proceso", sin que ello quiera decir que fatalmente al juez corresponde escoger, de una lista que se le presente al efecto, el nombre de la persona que debe intervenir en la práctica de la prueba.

"Si el ordenamiento autoriza a acudir a las instancias oficiales, forzoso es concluir que también permite que en la individualización de los funcionarios intervenga su respectivo superior o quien está enterado de los diferentes roles y especialidades que se trabajan en la entidad correspondiente, pues es al interior de ese organismo donde se precisan y conocen sus técnicas y habilidades. El funcionario judicial podrá, en consecuencia solicitar el servicio de peritos, y éste se encontrará a cargo de los funcionarios de la entidad a quien se dirija, quienes podrán ser seleccionados al interior de la institución atendiendo criterios técnicos, sin que por ello sufra menoscabo alguna el trámite a las garantías procesales. Es éste el sentido de la norma 267 del Código de Procedimiento Penal".

Segundo cargo. Este se muestra todavía más opuesto a la técnica que regula el recurso. La desarmonía que se quiere destacar entre la sentencia y el cargo formulado no alcanza a determinarse y, consultada la realidad procesal, la misma carece de entidad.

Al respecto se tilda la alegación de incompleta ya que "no abordó en modo alguno la exposición de las consecuencias de la falta de consonancia denunciada, ni se ocupó de determinar en qué forma se pudo ver afectado el debido proceso ante el actuar del sentenciador quien, lejos de perjudicar al encartado, terminó tomando una decisión favorable a sus intereses al reducir el grado de imputación, pues condenó por la tentativa del delito, no por el punible consumado.

"Débese tener en cuenta que la causal de casación en que se fundamentó el cargo hace expresa alusión al hecho de que el recurso extraordinario procede cuando la sentencia no esté en consonancia con *los cargos* formulados en el auto que modifica la resolución de acusación (para el evento específico que nos ocupa), lo que significa que la comparación no procede frente a circunstancias atinentes al delito base de la imputación, sino que lo que se persigue impedir con la norma es que el procesado sea sorprendido con imputaciones fácticas que jamás se le han formulado dentro del trámite procesal, como sucedería cuando la resolución de acusación se formula por el delito de abuso de confianza y la sentencia se profiere por el de peculado por apropiación, caso en el cual sí se presenta esa odiosa discordancia.

"En efecto, el sentido de la expresión *cargo* a que se refiere la norma procesal, ha de ubicarse en su exacta dimensión: como la imputación que el Estado a través de su órgano jurisdiccional ha hecho al procesado de haber realizado una conducta materialmente determinada que es recogida por un tipo penal específico, imputación que debe mantenerse en la sentencia condenatoria dentro de los límites del mismo actuar y de idéntica adecuación típica. Así, cuando al momento de la sentencia se advierte que no se trata de un delito consumado sino de mera tentativa del mismo, no se irrespeta esa concordancia, habida cuenta de que el hecho se mantiene dentro de los exactos límites de la imputación. La tentativa, como mecanismo amplificador del tipo, no puede entenderse como una condición que sustraiga la conducta de la descripción legal, sino como una circunstancia que impone una menor punibilidad; si ella se reconoce, es obvio que se guarda la consonancia y ningún perjuicio se causa a los intereses del procesado".

Consideraciones de la Sala

Muy poco es lo que se tiene que sumar a lo comentado por la Delegada, opinión la suya acertada y que enfrenta con éxito y acierto la respuesta que merece, en todos sus órdenes, la demanda.

Baste, entonces, señalar los siguientes comentarios:

I. Ninguna objeción seria puede darse sobre la forma como se obtuvo el concurso del experto del Banco de la República, a no ser que se quiera convertir en nulidad una formalidad anodina, considerada no tanto por la legislación como sí por el demandante. Este cree, en efecto, que el juez, cuando se trata de obtener el concurso de entidades oficiales, debe primero hacerse a una lista de empleados o funcionarios públicos que puedan servir un cometido pericial, para luego, sabiéndose su nombre, proceder a su designación. No se trata, en ese su aparte, la hipótesis relacionada con la existencia de una sola persona que pueda cumplir este encargo, pero, dentro de la especial transcendentalidad a que se acoge el memorialista, también habría que actuar en igual sentido, pues lo que importa es saber de quién se trata, para que proceda esa nominación.

El juez entendió la cuestión en forma diferente, aunque a la postre se arribe a una igual significación; su *modus operandi* representa apenas un matiz, válido por cierto. En efecto, en el caso estudiado, el ámbito de escogencia del experto está señalado por la ley procedimental, excluyéndose, en tal caso, la posibilidad de acudir a las listas de colaboradores o auxiliares de la justicia de constante y obligada utilización en las funciones laborales y civiles, o a la iniciativa particular y libre del funcionario penal. Los organismos oficiales, tanto por su seriedad como por su gratuidad, deben ser escogidos de primero para estas diligencias en el campo penal. De manera que, contándose con esta alternativa, sólo procede requerir a esas entidades el experto adecuado, la cual escogerá dentro de su personal al elemento más indicado, no sólo por la índole de sus ocupaciones y conocimientos sino por su disponibilidad. Es por esto que se elimina su posesión, máxime cuando la fidelidad del compromiso está avalada por la correcta respuesta que debe dar a sus públicas funciones, pasándose entonces a su inmediato ejercicio, sobre los cuestionarios de rigor.

La institución ha eliminado la pluridad en el número de expertos, el sorteo, la posesión y la comprobación de las condiciones de aptitud para llevar a cabo este cometido. La incorporación de la persona a una entidad u organismo oficial lleva ínsita la representación de estos atributos y condiciones, de ahí que sólo basta la determinación de quien debe realizar la pericia.

II. La censura entiende que la calificación de la conducta del procesado como Falsificación de Moneda Extranjera en modalidad de tentativa, determinada en el auto de junio veinticinco de 1991, se mudó a delito consumado en auto de veintinueve de julio de 1991, a expensas del dictamen del técnico del Banco de la República, prueba que, por los reproches que le endilga el censor, no podía ser tenida en cuenta y por tanto también resultaba inválido lo que en ella se apoyaba.

El reparo, en esta forma, ya aparece respondido con el rechazo dado al anterior cargo, pues a él la Sala manifestó su aprobación a ese dictamen pues fue producido con la observancia fundamental de los preceptos que lo rigen.

Pero hay algo que adicionar. Primero, como bien lo escribe la Delegada, ese elemento de comprobación no era el único medio de demostración del delito en cuestión. Obraron otras muchas diligencias, entre ellas las propias manifestaciones del inculpado, el sorprendimiento en flagrancia, cuando estaba en avanzado paso de elaboración falsa de los "bolívares", y, el decomiso de todos esos elementos (máquinas, tintas, papeles, planchas, etc.) propios a la realización del comentado ilícito. Segundo, porque el razonamiento para establecer esa variación fue el siguiente: "... de otro lado, según nuestro criterio, es lo mismo que en el momento del procedimiento realizado por los miembros de la Policía Nacional Metropolitana de esta ciudad P. J. Sijin, el proceso de la creación del dinero extranjero estuviese incompleto, o que éste ya estuviera concluido, porque de todas maneras ante la oportuna intervención de la autoridad en momento, jamás podía ser puesto en circulación, como para decir que solamente de esa manera quedaba consumado el delito cuestionado, es decir, encontrándose los billetes falsificados terminados". En tercer lugar, y el argumento igualmente lo expone en forma completa y afortunada, el Ministerio Público, es perfectamente válida la adecuación final realizada por el Tribunal, ya que con ello no se afectó ninguna garantía procesal, ni es actuación vedada por norma alguna o jurisprudencia. Cuando se puntualiza una

acusación por delito consumado, es dable, completamente viable, admitir al final uno en modalidad de tentado. No hay en esto un sorprendimiento en cuanto a los aspectos fácticos o jurídicos de la cuestión, al punto de poderse dubitar que cuando se defiende el incriminado de una acusación por delito perfecto, no se contenga en esa alegación lo propio a la forma imperfecta de la tentativa inacabada.

La Sala se abstiene de analizar lo pertinente al tema de la falta de circulación forzosa de la moneda venezolana, en nuestro país y para la época de los hechos, o la libertad de la circulación de la misma, ora porque la objeción apenas corresponde a un adicional enunciado, sin mejorarse la debida presentación de lo que así vendría a constituir un cargo (violación directa de la ley sustancial) ora porque la protección debida a la moneda extranjera, no se supedita a esa admisibilidad echada de menos. La figura jurídica está montada sobre otras hipótesis de punición y procura otras finalidades.

Los cargos se desechan.

La Sala, finalmente, debe censurar la extrema benignidad con la cual procediera el Tribunal, la cual abandonó parámetros de punibilidad de notoria presencia (gravedad de hechos, personalidad del procesado, etc.), siéndole permitido, a pesar del artículo 31 de la C. Nacional, sustraerse a un fenómeno de atenuación de la pena privativa de la libertad, en la forma como lo hizo, así y todo considerara el comportamiento como tentado. El año fijado por el *a quo*, le facilitaba una mayor severidad en la sanción, aún dentro de esta modalidad. Este reproche se acentúa más para el juzgador de primera instancia, que no entrevió la impertinencia del beneficio de la condena de ejecución condicional y lo justo que hubiera sido establecer una prohibición del oficio de imprenta.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada, ya mencionada en su origen y fecha, y, analizada en su contenido y alcance.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO/ PERITO / UNICA INSTANCIA

Si bien la Corporación entiende que en este tipo de comportamiento delictivo (enriquecimiento ilícito) el factor económico tiene honda trascendencia, ello no comporta que todo quede reducido a una cuestión tributaria. Y la circunstancia misma de la importancia de la cuestión económica no hace que todos los otros medios de prueba establecidos en el procedimiento penal hayan dejado de tener razón de existencia. Todo medio de prueba entonces aquí interesa en orden a la demostración o no de los elementos integrantes del tipo delictivo por el que se procede. / Las cosas no pueden llevarse al extremo absurdo de establecer que por tratarse de este específico ilícito, el juez como tal, debe reemplazarse por el Asesor Tributario o por el Contador Público o por el Economista o por el Matemático de alto o corto vuelo. No, y cosa bien distinta es que produzcan prueba técnica, para cuya apreciación entran en juego diversos factores, tales como la firmeza, precisión y calidad de la motivación, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Recuérdese que, precisamente, a ellos les está prohibido de manera *absoluta* emitir en sus estudios o peritajes, cualquier juicio de valor sobre la responsabilidad, pues esta es atribución exclusiva del *juez* que no puede delegar en ninguno, ni permitir que otros, *motu proprio* y así sea por sutiles senderos, la asuman.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 3698.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 81, septiembre 2/93.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre seis de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

A) Analizado el escrito de la defensa, en donde literalmente se lee que se presenta "*Incidente Procesal* de objeción al *dictamen pericial* obrante dentro del proceso y con base en el cual se ha formulado resolución de acusación en contra de mi defendido",

encuentra la Corte que se trata más bien de la presentación de un criterio muy particular sobre el valor de los dictámenes de la Procuraduría que sólo permite ver esa subjetiva opinión mas no la *objeción* por *error* y, menos, desde luego, como *grave*. Es, pues, para utilizar una frase de moda, meramente la exhibición de un concepto diferente de interpretación contable. La Corporación entiende, entonces, que mal puede darle el trámite de incidente a la puesunta objeción y que el asunto encuentra cabal respuesta, así:

Se sostiene en el memorial que "No hay en el seguimiento patrimonial hecho al General, un estado financiero que mida en últimas su patrimonio real con detalle de los costos históricos que lo conforman, tampoco aparece una sola 'evaluación contable' que se traduzca en un estado de ingresos y gastos, para determinar la utilidad real que incrementa su patrimonio año a año". Pues bien el que no pueda hablarse con propiedad de un *estado financiero*, no es cuestión atribuible a fallas de la Procuraduría en sus estudios técnicos o 'peritaciones *sui generis*' como las denomina la defensa, de la Procuraduría, sino al propio General Medina Sánchez que no llevaba libros de contabilidad, no obstante estar obligado a así hacerlo, pues según se afirma en su Empresa Agrícola y Ganadera realizaba diarios, múltiples y continuos actos de comercio, los que por cierto -se dice- le producían ganancias superiores al 20% de sus ingresos laborales.

Años	Ingresos Actividades Agrícolas	Ingresos Laborales Declarados	20%
1982	$454.500	1.103.433	220.687
1983	477.500	1.225.415	245.083
1984	696.000	588.267	117.653
1985	874.560	2.069.550	413.910
1986	1.027.200	4.483.460	896.692
1987	1.084.950	3.909.372	781.874
1988	1.444.840	6.646.312	1.329.262

Y la verdad es que tampoco se puede tener como estados financieros los "cuadros o trabajos" que presentó la defensa por cuanto la información contable que nutre aquéllos debe ser confiable, útil, comprensible, íntegra, objetiva, lógica, oportuna, razonable y *verificable*, y ello se obtendría mediante los libros de contabilidad que el procesado Medina S. no quiso llevar.

Recáigase, la elaboración de un estado financiero de flujo de caja, por ejemplo, exigiría contar con evidencia cierta y comparable de los ingresos generales y concretos originados en las operaciones de venta de productos agropecuarios, con sustentos de certificaciones que soporten los mismos, los que no existen; pero no, desde luego, por culpa de la experta Ligia Isabel Ortiz Tello, quien se vio forzada a construir su estudio con los datos que el proceso arrojaba.

En lo relacionado con los cuadros elaborados por los peritos, en verdad son la única base que se tiene para hacer el seguimiento patrimonial, y si la defensa alude a que no es lo mismo que sustentarlos con estados financieros de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y evaluados científicamente conforme a las normas de auditoría, ¿por qué razón los presentados por la defensa no fueron sustentados de tal manera, determinando las fuentes de registro de los recursos, de las obligaciones y de los resultados por ser hechos económicos cuantificables y que debieron ser apropiadamente clasificados y contabilizados?

Con respecto al punto dos, en donde la defensa señala que hay error grave determinante en las conclusiones de la peritación elaborada por la experta Ligia Isabel Ortiz Tello acerca del comportamiento de las cuentas corrientes, y en cuanto a que el volumen de consignaciones es bastante alto y debe confrontarse con los ingresos devengados, considerando que el hecho de consignar es indicio de ingreso que enriquece el patrimonio, debe la Corte señalar lo siguiente:

Si bien la defensa menciona la decisión sobre inconstitucionalidad del Decreto 2503 de 1987, artículo 78, que buscó establecer la presunción de que las consignaciones de una persona son indicios de ingreso y verifica también referencia a una sentencia del Consejo de Estado sobre el denominado método bancario empleado para determinar posibles ingresos, esta Corporación nunca ha predicado de manera general que las consignaciones de una persona sean indicio de su incremento ilegal; lo que sí ha sostenido concretamente, es que el General Medina Sánchez, quien no ha presentado documentación ninguna que soporte real, contable y jurídicamente esas consignaciones, al realizar las de consideración de que hablan los autos, cumplidas por él o por su familia y no justificadas, obviamente está dando razón de ingresos inexplicados que llevan así a un incremento patrimonial ilegal. El mismo Consejo de Estado en la determinación suya que cita la defensa da pie para asegurar que los ingresos sobre los cuales no se determine su naturaleza o su fuente deben considerarse como ingresos constitutivos de enriquecimiento ilícito.

B) Asevera la defensa que el estudio que cumplió la Procuraduría, contiene errores en el cálculo de las variaciones patrimoniales fiscales, pero encuentra la Corte que no se puede demostrar un cómputo matemático equivocado -si en gracia de discusión existiera- con fundamentaciones también contentivas de error. Dicho de otra manera, no es aceptable el punto de vista de la defensa para desvirtuar el trabajo realizado por expertos de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, por cuanto aquél no cumple con los procedimientos establecidos por la Administración de Impuestos Nacionales, para efectuar la determinación de la renta por comparación de patrimonios.

No se pueden tomar en cuenta los artículos 36 y ss. del estatuto tributario en el trabajo de los expertos de la Procuraduría, como lo quiere la defensa, por cuanto en dicha normatividad se determinan los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, para las sociedades y de ahí que la norma señale que aquellos ingresos están dados por la utilidad en la enajenación de acciones, distribución de utilidades o reservas en acciones o cuotas de interés social y capitalizaciones no gravadas por los socios o accionistas, y por bien sabido se tiene que aquellos estudios versaron sobre una persona natural, esto es, el General Medina S. y su familia.

Y, en cuanto al artículo 26 *ibidem* ("Los ingresos son base de la renta líquida"), que según la defensa no fue consultado por los funcionarios del Ministerio Público, se tiene que dicha figura, con todos sus ingredientes, fue plasmada en las declaraciones de renta y patrimonio, en las cuales se determinó la renta líquida de conformidad con lo establecido en la susodicha disposición. Mal puede entonces sostenerse que se olvidó dicha norma.

El trabajo realizado por la defensa se hizo como si se efectuara una comparación patrimonial para una persona obligada a llevar libros de contabilidad y bien se sabe que el General Medina S. no registraba en debida forma sus operaciones de comercio pese a estar obligado a hacerlo. Luego, se está realizando un estudio sobre una situación que escapa a la realidad procesal.

Otra cosa, la Corte no discute -como lo cree la defensa- que los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, sean factores de enriquecimiento a los que la misma ley tributaria acepta como tales, pero lo que acontece en el caso *sub judice* es que ese específico coeficiente fue declarado en orden a disminuir la renta líquida gravable.

De otra parte también presenta errores ese estudio de la defensa en lo que se relaciona con los datos tomados en la comparación patrimonial; además, no hay suficiente explicitud conceptual ni se allega prueba alguna que nos lleve concluir si la diferencia entre los patrimonios fue capitalizada o no. Sobre este particular concierne anotar:

a) En el año de 1982, registra la suma de 3.068.058 como inventarios iniciales de ganado, valores acumulados hasta dicho año, los cuales no están consignados en la declaración de renta, por cuanto el único que venía declarando inventarios era el General por los valores que se citan a continuación:

1976	$79.408
1977	75.128
1978	87.128
1979	120.000
1980	150.000
1981	167.000
1982	300.000

A partir del año de 1982, José Guillermo Medina Santacruz y Carlos Germán Medina Santacruz, hijos del General empiezan a declarar ganado por las sumas de $2.505.000 y $2.550.000 respectivamente, valores que son relacionados en el cuadro de la defensa a que hacemos alusión.

b) Igualmente, aparecen errores en cuanto que los datos consignados en el cuadro analizado, son diferentes a los que obran en las declaraciones de renta, así:

Año 1984. La renta líquida tomada para José Guillermo Medina Sánchez, asciende a $2.275.790, presentándose una diferencia de $1.372.798 con respecto del valor declarado tributariamente.

En la declaración de renta de María de los Angeles Santacruz, la renta líquida asciende a $546.789 y el impuesto de renta pagado a $83.750, registrándose una diferencia de $4.298.499 y en la consolidada $2.957.563.

Año 1986. Las valorizaciones presentadas en la declaración de renta, en lo que le corresponde a José Guillermo Medina Sánchez suman $2.394.269, estableciéndose una diferencia de $694.900, por cuanto se toma el producido de la venta del Mazda como una valorización, cuando ya no existe para ese año este activo.

Año 1988. No se incluyen en el cuadro de la defensa las valorizaciones correspondientes a los activos de José Guillermo Medina Sánchez, María de los Angeles Santacruz y José Guillermo Medina Santacruz.

Cuando la defensa se refiere al error en el cálculo de las variaciones patrimoniales reales en el año de 1986, registra un automóvil Mazda por valor de $2.500.000, cuando en la declaración tributaria obra es un automóvil Mercedes Benz por $3.000.000. No se explica entonces la Corte cuáles son los datos reales para su defensa.

Apréciese lo que acontece con la casa de la Calle 106, comparado con el valor dado por la firma Parra Asociados, en cual se presenta una diferencia de $7.500.000. Y, en el año de 1987, figuran valores adeudados a Olga Cecilia Bernal por $1.000.000, José Guillermo Medina Santacruz $2.500.000 y Carlos Germán Medina Santacruz $2.000.000, los cuales no figuran en la declaración de renta y que son estimados por la defensa, pero sin presentar ningún soporte real.

Así las cosas, es fácil determinar que los hechos aducidos por la defensa son deficientes, pues carecen de todo estribo probatorio y, así, mal pueden tener trascendencia y veracidad frente a la cuestión debatida. ¿Cómo hablar de estados financieros cuando al parecer todos los hechos que se presentan como tales son ficticios; dónde están las pruebas; dónde los registros contables de las operaciones, etc. No se invoque, entonces, un decreto como de obligatorio cumplimiento (el 2160/86), cuando sus exigencias las demandamos para otros, mas personalmente no las satisfacemos.

Es del caso señalar, también, que la Corte mira con extrañeza el que, de cierta manera, se le ha querido conducir a convertirse en una liquidadora de impuestos o en una máquina computadora de deducciones de renta líquida gravable; todo ello so pretexto de que se trata de un presunto delito de enriquecimiento ilícito que no puede llegar a tener demostración si no es porque se procede de tal guisa.

Si bien la Corporación entiende que en este tipo de comportamiento delictivo el factor económico tiene honda trascendencia, ello no comporta que todo quede reducido a una cuestión tributaria. Y la circunstancia misma de la importancia de la cuestión económica no hace que todos los otros medios de pruebas establecidos en el procedimiento penal hayan dejado de tener razón de existencia. Todo medio de prueba entonces aquí interesa en orden a la demostración o no de los elementos integrantes del tipo delictivo por el que se procede, esto es, si hubo o no enriquecimiento ilícito por parte del hoy General Retirado Medina Sánchez.

Aquí no se está juzgando al General por evasión de impuestos y, por ello, así tributariamente los estudios de los expertos de la Procuraduría contuvieran algunas fallas, de allí no se sigue fatalmente la improcedencia de predicar que el tipo penal por el que se procede se encuentra legalmente acreditado. Y si bien para la Corporación los referidos estudios tuvieron importancia, si se mira bien la resolución de acusación se establecerá que los mismos no fueron tomados textualmente, ni son en el fondo el exclusivo estribo jurídico de la señalada determinación.

Se recalca, las cosas no pueden llevarse al extremo absurdo de establecer que por tratarse de este específico ilícito, el juez, como tal, debe reemplazarse por el Asesor Tributario o por el Contador Público o por el Economista o por el Matemático de alto o corto vuelo. No, y cosa bien distinta es que produzcan prueba técnica, para cuya apreciación entran en juego diversos factores, tales como la firmeza, precisión y calidad de la motivación, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Recuérdese que, precisamente, a ellos les está prohibido de manera *absoluta* emitir en sus estudios o peritajes, cualquier juicio de valor sobre la responsabilidad, pues ésta es atribución exclusiva del *juez* que no puede delegar en ninguno, ni permitir que otros, *motu proprio* y así sea por sutiles senderos, la asuman.

Finalmente, de la circunstancia de que los multicitados expertos de la Procuraduría no sean Contadores Públicos Titulados e Inscritos, no puede predicarse su incapacidad o inidoneidad para cumplir un trabajo como el por ellos realizado. Lo primero, porque bien puede suceder que, con todo y ser obligatorio, no se haya efectuado su inscripción en la Junta Central de Contadores, pese a estar calificados para hacerlo. No puede negarse que los que aquí cumplieron el trabajo de marras eran verdaderos *expertos*, como en momento procesal anterior lo hizo ver la Delegada, cuando la defensa otra vez buscó hacer creer que en el expediente no existía una prueba técnica contable. De otra parte, nadie ha dicho, al menos legalmente, que la realización de un trabajo como el cuestionado tenga necesariamente que cumplirse por los indicados contadores, so pena de merecer el calificativo de *inidóneo*. Si los profesionales universitarios que verificaron los estudios atacados fueron nombrados en su condición de *expertos* de la Procuraduría para adelantarlos, no se ve de qué manera la simple circunstancia de que no obren en el preciado registro, sea suficiente para negarles capacidad y competencia. Y, sobre el particular no se olvide que el primer estudio que presentó la defensa lo fue por la firma "Armando Parra Escobar y Cía., Abogados-Economistas", o sea, que cuando se trata de probar lo que al procesado interesa, nada importa que no se trate de Contadores Públicos, pues de todas maneras son idóneos; pero, la apreciación se cambia cuando, con similar origen, aparece un elemento de compromiso.

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

RESUELVE:

Negar el pedimento de la defensa de tramitar como objeción a los estudios de la Procuraduría, Oficina de Investigaciones Especiales, el memorial meramente contentivo de una interpretación contable diferente, el cual, legalmente, sólo amerita la respuesta dada en la parte motiva.

Que el proceso continúe su marcha, sin más dilaciones.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES

Una escopeta de cualquier calibre, cuyo cañón sea inferir a 16 pulgadas, no puede ser considerada como de defensa personal, ni como arma para deporte y caza, sino por el contrario, como de uso privativo de las fuerzas militares./ Cuando el arma ha sido modificada en alguno o algunos de sus aspectos técnicos que influyan en sus características balísticas y de funcionamiento, "con el ánimo de buscar efectos más letales que los causados por el arma original", también debe tenerse como de uso privativo de las Fuerzas Militares. Esta es, pues, otra circunstancia que, independientemente, comporta la señalada calificación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8586.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 81, septiembre 2/93.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre seis de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Se pronuncia la Corte sobre el conflicto negativo de competencia trabado entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Razones de la decisión del Tribunal Nacional

El hecho punible de porte de armas de fuego de *"defensa personal"* (Dto. 3664 de 1986, art. 1º) es de competencia de los Jueces del Circuito (art. 1º, numera 5º, Decreto 2790 de 1990 y art. 72 del C. P. P.).

El arma de fuego que en estas diligencias se decomisó es de "defensa personal", por sus propias características (escopeta hechiza, calibre 12) y dado que brilla por su ausencia un "experticio serio que permita tenerla como de uso privativo de los cuerpos armados del Estado". Sobre el particular sólo obran dos comunicaciones procedentes de uniformados vinculados a la Armada Nacional, así, la primera, firmada por el suboficial

encargado de la Sección de Control de Armas de la Fuerza Naval del Pacífico, con sede en Buenaventura -fl. 11- y en la que "*motu proprio* determinó que la escopeta es de uso privativo de las Fuerzas Militares" y, la segunda, signada por el Comandante del Batallón de Infantería de Marina del mismo puerto -fl. 80- "luego de hacer una somera descripción de la escopeta y su estado de funcionamiento, concluyó que la misma se considera arma de uso privativo "porque reúne las características enunciadas en el Decreto número 1667 de agosto 31/87, artículo 4º, literal d)".

Los indicados informes no reúnen las condiciones que para la existencia de la prueba pericial consagra el artículo 267 del C.P.P. Ya el Tribunal en anterior oportunidad había señalado que "para el Juez se impone la obligación de encomendar los peritazgos a enticad o personas *verdaderamente expertas en las respectivas materias* ya que un peritazgo rendido por quien no cuenta con los conocimientos necesarios para que sus conclusiones resulten científica y objetivamente respaldadas, antes de dilucidar los aspectos dudosos los torna más oscuros, que es lo que generalmente acontece en los proceso de porte de armas, en que los jueces instructores presumen a todo uniformado experto en balística y hoplología y proceden a designarlos como peritos... (providencia de agosto 31/90)".

Los que aquí opinaron sobre el arma decomisada no cuentan con la aptitud legal para desempeñarse como peritos, "porque al no haber sido nombrados ni posesionados conforme a las ritualidades previstas en el artículo 266 del C. P. P. (arts. 268 y 271 de la anterior codificación) no adquirieron las condiciones de auxiliares de la justicia.

"III. Pero es que aun admitiendo en gracia la discusión que las susodichas informaciones pueden ser valoradas como experticios, no resultaría de recibo la imputación a Tovar Caicedo de ninguna de las conductas alternativas previstas en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, por la sencilla razón de que la circunstancia de tener la escopeta decomisada el cañón recortado no imprime al arma un mayor poder de nocividad.

"Así lo enseña el tratadista Guillermo Hincapié, en su obra 'Balística Fundamental' (págs. 129 y 130), quien señala que el recorte del cañón en una escopeta lo que genera es pérdida de alcance y desfiguración total del cono de dispersión, escapándose en el recorrido muchos gases. Como consecuencia, la perdigonada llega 'floja' a la boca de fuego iniciando inmediatamente la dispersión, lo que significa que el alcance y la fuerza del arma necesariamente sufren disminución, hecho que es contrario al aumento de los efectos letales de un arma que por su naturaleza se reputa como de defensa personal, pero al hacerle modificaciones pasa a ser considerada de uso privativo de las Fuerzas Militares, según lo estatuye el artículo 4º del Decreto 2003 de 1982, modificatorio del Decreto 1663 de 1979, norma que establece las características que se deben tener en cuenta para catalogar un arma como de utilización restringida.

"Y es que como ya se apuntó, la escopeta hechiza calibre 12 decomisada a Tovar, antes que tener efectos más letales por el recorte del cañón perdió alcance y fuerza, y por tanto podría ser ubicada como arma de uso privativo de las Fuerzas Militares, con las implicaciones gravosas que para el sindicado conlleva la punibilidad del respectivo delito, frente a similar conducta en arma catalogada como de defensa personal".

El Tribunal Nacional carece entonces de competencia para conocer de este asunto.

Fundamentos de la Determinación del Tribunal Superior de Cali

El legislador, delimita lo que debe entenderse por armas de defensa personal y de uso privativo de las Fuerzas Militares, en los artículos 7º, 8º y 9º del Decreto 1663 de 1979, modificados por el Decreto 2003 de 1982, en sus artículos 2º, 3º y 4º.

Se transcribe entonces el primer aparte del artículo 7º del Decreto 1663, que en rigor no viene al caso, pues se refiere es a "pistolas y revólveres" y su parágrafo que, desde luego, sí interesa para la solución del presente asunto. También, se transcribe el literal a) del artículo 8º del mismo Decreto, que sí importa al evento *sub judice*. Y finalmente se copia el artículo 9º en sus apartes a y b, aquí trascendentales.

Luego, se transcriben las comunicaciones del sub oficial primero, Carlos Alberto Zambrano Quintero, de la Sección de Control de Armas y Salvoconductos, "Bafim-6", y de Myim Delgado Núñez Guillermo, Comandante del Batallón de Infantería de Marina número 6, a los que ya se ha hecho referencia y que precisan que, en su concepto, la escopeta decomisada es de uso privativo de las Fuerzas Militares. Y, entonces se concluye:

"De acuerdo con la información así resumida el arma incautada a Tovar Caicedo corresponde a una de aquéllas clasificadas como de Uso Privativo de las Fuerzas Militares y, corresponde a una de éstas por una sencilla razón; porque, a pesar de originalmente haber sido de 16 pulgadas esto es, de tener un cañón de 40.64 centímetros, en la actualidad y desde que se incautó en poder del acusado esta circunstancia había sido modificada toda vez que al medida para efectos de los dos (2) experticios (fls. 11 y 80) resultó de 14 pulgadas.

"Contra esta información que para la Sala es precisa y fundamentada y permite entonces la determinación de la competencia se pronuncia el honorable Tribunal Regional para quien los conceptos emitidos sobre el arma por los dos miembros de la institución arriba no llenan los requisitos de la prueba pericial reglamentada por los artículos 264 a 273 del Código de P. Penal; lo que en verdad no deviene exacto toda vez que de acuerdo con la información que contiene el expediente la prueba se cumplió apañándose a la reglamentación existente. Fue demandado expresamente por el funcionario instructor al Comandante de la Infantería de Marina, arma operante en el Puerto de Buenaventura, lugar de ocurrencia de los hechos; a quien con indiscutible acierto consideró técnico en la materia y de donde, a más de este concepto, se envió el del oficial encargado del Armamento y Salvoconductos. Cabe preguntar aquí y respetuosamente si no son éstos, ¿quiénes entonces son los puritos?

"Otro argumento esgrime el honorable Tribunal Regional pretendiendo sustentar su posición pero éste como el primero tampoco tiene cabida pues, si bien es cierto que el recorte del cañón de la escopeta se hace perder fuerza y efectividad al disparo desde el punto de vista del alcance en longitud como lo señala el tratadista citado (Hincapié); no es menos cierto que simultáneamente con esto se está asignando al arma otro tipo de efectividad al ampliarle ostensiblemente el campo de acción a corta distancia. Expresando lo anterior en otras palabras: la escopeta de perdigones que por regla general es un

arma de mediano alcance (en cuanto a la longitud) y amplio campo de impacto; se convierte por efecto del recorte del cañón en un arma de mortal corto alcance, pues se le amplía ostensiblemente la capacidad de dispersión de sus proyectiles.

"Con respecto a este punto específico se pronunció con indudable acierto la honorable Corte Suprema de Justicia en Casación de agosto 6 de 1986, con ponencia del Doctor Edgar Saavedra Rojas en los siguientes términos:

"... Debe igualmente precisarse que la escopeta como tal es un arma eminentemente deportiva, utilizada como medio defensivo o en el campo, porque su tamaño impide que pueda portarse y menos utilizarse en las ciudades; pero por las modificaciones introducidas varía completamente la naturaleza de la misma, pues se convierte en un instrumento de fácil porte y con una terrible capacidad destructiva. Lo anterior es ratificado por el peritazgo rendido y es uno de los fundamentos de la sentencia alecada cuando dice:

"'En cuanto a aquello del porte letal o destructor, éste surge en razón de que un arma de esas características, escopeta calibre 12, semiautomática, con proveedor de cinco cartuchos al serle recortado el cañón, si bien perdió eficacia en su alcance, lo aumentó en su poder destructivo toda vez que al dispararse y en razón a la munición que se emplea en un arma de esta naturaleza, numerosos perdigones o municiones dentro del mismo cartucho, éstos se dispersan y sirven para hallar un blanco más cercano y amplio pero con inmenso poder destructor, lo que no sucede con el arma original que era para cacería".

"'No puede entonces minimizarse las consecuencias de una alteración como la que se produjo, porque las consecuencias son relevantes...'".

Breves Consideraciones de la Sala

1. Dispone el parágrafo 1° del artículo 7° del Decreto 1663 de 1979 (modificado por el artículo 2° del Decreto 2003 de 1982):

"Igualmente se consideran armas de fuego de defensa personal las escopetas de cualquier calibre, cuyo cañón no sea inferior a 40.64 centímetros (16 pulgadas), que hubieren sido autorizadas para efectos de vigilancia y celaduría en predios urbanos o rurales, únicas actividades en las cuales se autoriza su porte".

Y, el literal a) del artículo 8° del mismo Decreto (modificado por el artículo 3° del Decreto número 2003 de 1982), señala:

"Armas deporte y caza. Se consideran armas para deporte y caza las siguientes:

"...a) Las escopetas de cualquier calibre, cuyo cañón no sea inferior a 40.64 centímetros (16 pulgadas) y que sean usadas exclusivamente en actividades de caza...".

Y, el artículo 9° del Decreto 1663/79 (modificado por el Decreto 2003/82, en su artículo 4°), en sus literales a) y b), ordena:

"Armas de uso privativo. Se consideran armas de fuego y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, las siguientes:

"a) Las que posean una o más características diferentes a las enunciadas en los artículos 2° y 3° del presente Decreto;

"b) Aquellas que a pesar de no excederse en los datos numéricos señalados en el artículo 2° del presente Decreto, hubiesen sido modificado en alguno o algunos de sus aspectos técnicos que influyan en sus características balísticas y de funcionamiento, con el ánimo de buscar efectos más letales que los causados por el arma original, o para lograr cumplir con las exigencias establecidas en el presente Decreto, cuando con el modelo original no fuere posible;

"...".

2. La primera comunicación de que hablan los autos, dirigida al Juzgado en respuesta a solicitud de éste sobre si el arma incautada era o no de uso privativo de las Fuerzas Militares, textualmente, expresa:

"Asunto: Contestación un oficio. Al: Señor Doctor Fernando Alberto Idrobo Durán Juez 2º de Instrucción Criminal Buenaventura. Por medio del presente me permito dar contestación a su Oficio número 900 de fecha 5 de marzo del presente año, informándole que de acuerdo al Decreto número 1667 de agosto 31 de 1987 en su artículo 4°, da las pautas para determinar si un arma es o no de uso privativo de las Fuerzas Militares, en el artículo 3º literal a) especifica claramente las dimensiones y longitudes que deben tener las escopetas para deporte y caza, las cuales no podrán ser inferiores a las 16 pulgadas (40.64 cm).

Por tal razón la escopeta recortada, sin marca, culata de madera que usted envío en custodia al Armerillo de esta Unidad se considera un arma de uso privativo de las Fuerzas Militares, por tener una longitud de 14 pulgadas.

Cordialmente, suboficial Primero. Carlos Alberto Zambrano Quintero. Sección Control Armas y Salvoconductos Bafim-6".

Y, la otra comunicación, literalmente, refiere:

"Fuerzas Militares de Colombia. Armada Nacional. Buenaventura junio 21 de 1991. Oficio N R 033. Bafim-6-ARM91. Asunto: Peritaje de un arma decomisada. Al señor Capitán de la Policía Deval. Marcos William Duarte Valderrama Jefe Unidad Investigativa de Orden Público Deval. Cra. 3N. No. 24-16 B. Piloto, Cali Valle. Con el presente me permito informar sobre el peritaje efectuado a la escopeta cal 12 que se encuentra decomisada bajo su disposición en el depósito de armamento de este batallón:

1. Descripción del arma. Es una escopeta cal. 12 con culata de madera, cañón recortado, dimensión 14" tiene la aguja percutora en buen estado, tiene el seguro del martillo fuera de servicio

2. Se considera esta arma como de Uso Privativo de las FF MM porque reúne las características enunciadas en el Decreto número 1667 agosto 31/87; artículo 4°. Atte. Myim Delgado Núñez Guillermo, Comandante Batallón Infantería Marina número 6".

3. De las normas transcritas, lo que, sin esfuerzo alguno, se infiere es que una escopeta de "de cualquier calibre", cuyo cañón sea inferior a 16 pulgadas, no puede ser considerada como de defensa personal, ni como arma para deporte y caza, sino, por el contrario, como de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Demostrada esta circunstancia (cañón inferior a 16 pulgadas, se reitera), no se requiere de más nada para arribar a la conclusión señalada.

Ahora, cuando a pesar de no darse esa indicada condición, el arma ha sido modificada en alguno o algunos de sus aspectos técnicos que influyan en sus características balísticas y de funcionamiento, "con el ánimo de buscar efectos más letales que los causados por el arma original", también debe tenerse como de uso privativo de las Fuerzas Militares. Esta es, pues, otra circunstancia que, independientemente, comporta la señalada calificación.

En el evento *sub examine* dos personas *expertas* en cuestión de armas, atendiendo una formal solicitud de la autoridad que conocía del proceso, en el sentido de que se sirvieran precisar si el arma decomisada (una escopeta, con cañón recortado, sin marca, culata de madera y calibre 12) era o no de uso privativo de las Fuerzas Militares, respondieron la inquietud afirmativamente, presentando como fundamento de tal aserto el hecho de que se trataba de una escopeta cuya longitud era de "14 pulgadas".

Quedó visto, según se desprende de la transcripción que de las normas pertinentes se hizo, que escopeta cuyo cañón sea inferior a 16 pulgadas es de uso privativo de las Fuerzas Militares. Y, la determinación de ser el arma de 14 pulgadas es una precisión que, indudablemente, puede realizar un comandante de Batallón de Infantería de Marina y un suboficial adscrito a la Sección de Control de Armas y Salvoconductos. Se trataba, pues, ciertamente, de personas idóneas, calificadas para realizar el dictamen ya que tenían la experiencia que concede la práctica cotidiana de un arte, profesión u oficio y, que, dado el cargo que desempeñaban, de ellas se podía presumir conducta intachable, excelente reputación e imparcialidad; les faltó sólo el formalismo de la posesión, pero esta circunstancias no comporta la inexistencia procesal del experticio y, sometido el mismo a las reglas de la sana crítica, emerge clara la conclusión de que sí tenía la capacidad de comprobar lo que demostró, más cuando no se trataba de un hecho que ofreciera dificultad de consideración, sino más bien, sencillo en su constatación.

4. El recorte del cañón de la escopeta, en sentir del Tribunal Nacional no comporta que el poder de la misma se refuerce para "adquirir efectos más letales que los causados por el arma original". Sobre este particular, *prima facie*, señálese que el legislador no exige que ese mayor poder efectivamente se obtenga, sino que le basta con que, al realizar la modificación, se tenga "el ánimo de buscar" consecuencias más mortíferas -numeral b), del artículo 9° del Decreto 1663 de 1979-.

Recuérdese que ya se ha señalado que esta es una causal independiente en orden a la determinación de si el arma es o no de uso privativo de las Fuerzas Militares. Y lo es porque, fatalmente, la modificación en el aspecto técnico de la misma que influya en sus características balísticas y de funcionamiento, no tiene que ser el recorte del cañón, sino que puede ser cualquiera otra variación, eso sí, que busque ocasionar aquellas secuelas de agravamiento de su poder fatal.

Y todo indica que, en el evento *sub examine*, se trata de un arma de uso privativo de las Fuerzas Militares, no sólo porque la escopeta es de 14 pulgadas, sino también porque con tal recorte realmente adquiere, cuando se la utiliza a corta distancia -y eso fue lo que en el proceso se hizo con ella, amenazando de cerca a las personas para así despojarlas de sus pertenencias-, mayor poder mortal. Entonces, si bien es verdad, como lo señala el autor citado por el Tribunal Nacional, el recorte del cañón en una escopeta genera pérdida de alcance, por la desfiguración del cono de dispersión que hace que en el recorrido se escapen muchos gases y, así, la "perdigonada" llega al punto distante

"floja", esa misma disminución del cañón, cuando la escopeta se dispara sobre un blanco situado a breve espacio, la convierte en una arma de terrible capacidad destructiva, dada la munición que se emplea, pues numerosos perdigones se dispersan y alcanzan el cercano objetivo con inmensa capacidad destructiva, como así lo reconoció la Corte en determinación suya citada por el Tribunal Superior de Cali.

Entonces, sin hesitaciones de ninguna especie, la competencia radica en el Tribunal Nacional.

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

RESUELVE:

1. *Dirimir* el conflicto de competencia negativa, trabado entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, señalando que la facultad para conocer y decidir sobre este asunto, radica en la Corporación primeramente mencionada a quien, a la mayor brevedad posible, por la Secretaría de la Sala, se le remitirán las diligencias.

2. Por la misma Secretaría de la Sala hágase llegar copia del presente pronunciamiento, a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, para los efectos legales a que haya lugar.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE REVISION / PRUEBA NUEVA

Sabido es que la revisión no es campo fértil para reabrir discusiones que ya fueron cumplidas en su estadio propio, las instancias. / Es cierto que el registro civil de defunción es el medio preferente, privilegiado en el orden al acreditamiento de un hecho como el homicidio; pero de allí no se sigue que, en materia procedimental penal (menos formalista y exégetico que otros procedimientos), si tal registro no obra, no proceda a demostrar lo acontecido con los otros medios de prueba consagrados por el legislador. / En lo penal todos los medios son idóneos para tratar de llevar (y lograrlo) los hechos al conocimiento del funcionario judicial. En este procedimiento rige el sistema de la apreciación racional o científica de la prueba que le permite al funcionario llegar a la certeza mediante el análisis conjunto de todos los medios probatorios y sometiendo a cada uno de ellos, en el correspondiente proceso de convicción, a la reglas de la sana crítica. Erradicados, pues, quedaron el sistema de la libre apreciación y el de la tarifa legal. Y de la imposición de una tal filosofía, fácil es concluir que quedaron erradicados igualmente los medios probatorios exclusivos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7967.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 81, septiembre 2/93

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre seis de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

El Juzgado Unico Superior de Pitalito (Huila), el 4 de octubre de 1990 condenó al Sargento del Ejército Luis Carlos Patiño Díaz, a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Solenis Londoño Ospina, quien hacía vida marital con aquél. Esta determinación encontró confirmación en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, según sentencia de abril 25 de 1991.

El asunto se llevó a Casación, pero esta Corporación, según sentencia de abril 22 de 1991, resolvió *no casar el fallo impugnado*, decisión que fue suscrita por los Magistrados Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas,

Juan Manuel Torres Fresneda y Jorge Enrique Valencia Martínez, quienes, oportunamente, se manifestaron impedidos para actuar dentro de la presente acción de revisión, decisión que les fue aceptada, siendo, respectivamente reemplazados por los Conjueces Leonel Olivar Bonilla, José Ignacio Losada, Hugo H. Rodríguez Cortés, Carlos Upegui Zapata y Julio Rozo Rozo, quienes recibieron la respectiva posesión. También se separó del conocimiento de este expediente el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien fue reemplazado por el primero.

El Doctor Gilberto Herrera Sánchez, obrando como defensor que fuera del condenado Patiño Díaz (art. 233 C. de P. P.), promueve ahora la *acción de revisión*, presentando a tales efectos, la demanda, copia de las sentencias de primera y segunda instancia y de casación; certificación del Juez y Secretario del Juzgado Unico Penal Municipal de Timaná, Huila, en el sentido de que "... revisado el archivo de oficios despachados de 1981, no se encontró orden escrita de traslado de cadáver a otro municipio, ni la inscripción de la defunción ante autoridad alguna"; constancia del Cura Párroco del mismo municipio, Diócesis de Garzón, sobre que "buscaba diligentemente la partida de defunción de Solenis Londoño Ospina, en la fecha indicada (enero 10/91) y por los dos apellidos, no fue posible hallarla en el libro correspondiente a este año"; certificación del Alcalde encargado de Timaná, en el sentido de que "revisado cuidadosamente el archivo que se lleva en este municipio, no se encontró ninguna licencia de inhumación de fecha 8 de junio de 1981 o días posteriores bajo la denominación de N. N. Así mismo, no se encontró permiso concedido por este despacho para el traslado de los restos mortales de la referida N.N."; y, una certificación del Notario Unico del multicitado ayuntamiento sobre que "revisados los libros que sobre Registro de defunciones se llevan en este despacho, entre 1975 y 1984, no se encontró el correspondiente a una mujer sepultada durante los días 8 o 9 de junio de 1981, como N. N. con el presunto nombre de Seolenis (sic) Londoño Ospina. Igualmente no se encontró orden judicial autorizando la posterior diligencia de registro de defunción". (Todo lo hasta aquí relacionado se presenta en copia simple, a excepción de las sentencias).

Obra, también, una copia -ésta sí auténtica- de un concepto de un médico cirujano, en el sentido de que "al exhumar los restos humanos perfectamente puede establecerse por las características óseas cuál era el sexo, la edad, la raza y la talla o estatura del occiso".

De los Hechos

Así los consigna el Juzgado Unico Superior de Pitalito (Huila):

"La señora Olga Ospina Aristizábal, madre de Solenis, comenta en su denuncia que desde hacía aproximadamente tres años antes de la desaparición de su hija, ella tenía relaciones amorosas con el Sargento Luis Carlos Patiño Díaz y con quien se procreó un niño a quien se le colocó el nombre de Carlos Andrés. Solenis y Luis Carlos tenían problemas de diferentes clases, éste le había quitado el niño llevándolo a Pereira a donde otra amante, razón por la cual Solenis acudió al Instituto de Bienestar Familiar para lograr que su hijo le fuera nuevamente entregado. Dice la denunciante que ante las continuas peleas que Solenis mantenía con Luis Carlos Patiño en las veces que éste le arrebataba a su hijo, lo amenazó con informar a las autoridad sobre algunas irregularidades de Luis Carlos como almacenista del Batallón Cisneros de la ciudad de Armenia.

"Manifiesta la denunciante que para el 28 de mayo de 1981 Luis Carlos Patiño le propuso a Solenis que la traería a vivir a Pitalito, pues había sido trasladado al Batallón Magdalena acantonado en esta ciudad, pero que inicialmente se vendrían sin el niño y que a los once días regresarían por él; en efecto, emprendieron el viaje en una motocicleta rumbo a la ciudad de Pitalito y en el término convenido regresó nuevamente a Armenia pero sin Solenis, de quien dijo se había quedado en Ibagué a consecuencia de unos mareos que tenía en relación con el embarazo; manifestó que Solenis estaba lo más de bien en casa de otro sargento y no se llevó prendas y bienes personales de ella dizque porque en Pitalito tenía de todo.

"Extrañada que su hija no se comunicara, ni tenía noticias sobre cómo se encontraba, vino hasta Pitalito y fue hasta las instalaciones del Batallón Magdalena en donde se entrevistó con Luis Carlos Patiño Díaz, quien al verla y al preguntarle ella por su hija palideció, se asustó y dio las siguientes razones: Primero, que Solenis no se encontraba con él, desde que se habían venido la primera vez habían tenido problemas y no había alcanzado a llegar hasta Pitalito; segundo, que la tenía viviendo donde un sargento; tercero, que Solenis, ante los problemas que habían surgido había resuelto irse y él le había dado la suma de mil pesos.

"Ante estas contradicciones y comportamientos de parte de Luis Carlos Patiño, doña Olga se entrevistó con el señor Comandante del Batallón quien interrogó a Luis Carlos sobre si era cierto que hubiera traído a Solenis, contestándole que sí, pero luego dejó muchas dudas; el Comandante llamó al Sargento en donde decía que estaba Solenis pero éste informó a su superior que a su casa no había ido ninguna mujer de las características de Solenis. Por recomendación del señor Comandante doña Olga formuló denuncia en la ciudad de Armenia, habiéndose iniciado la correspondiente investigación por parte de la Justicia Castrense en donde se aportaron diversas pruebas sin que se hubiera llegado a un resultado positivo, pues se averiguaba la conducta como un posible secuestro.

"Ante la aciaga diligencia del Ministerio Público del Batallón Magdalena, se logró establecer que en el Municipio de Timaná y *en el Juzgado Penal de esa localidad se adelantaba una investigación en averiguación de responsables por el homicidio de una mujer que fue localizada en el Zanjón del Diablo sitio de Pericongo el 8 de junio de 1981, ocho días después que Solenis Londoño Ospina había viajado de Armenia a esta ciudad.* El cadáver de la infortunada mujer se encontraba en avanzado estado de descomposición, en estado esquelético de la cintura hacia arriba, vestía un pantalón bluyin azul oscuro marca Caribú, a un lado se encontraba una blusa verde en material sintético, un brasier blanco marca Formbt, cinturón de cuero color café y delgado, descalza, en la mano izquierda del cadáver y sobre la muñeca se encontró un reloj marca Comavín niquelado, con tablero rojo, pulso de cuero. Como señales de violencia presentaba un orificio sobre el occipital producido por arma de fuego. Según el médico legista a la mujer se le calcula una edad entre 25 a 30 años, su estructura es de más o menos 1.62 metros, piel trigueña.

"Ante esta circunstancia, la investigación se encaminó en averiguar un delito de homicidio agravado, dada la coincidencia del tiempo en que debió ocurrir el homicidio con la fecha en que Solenis Londoño Ospina salió de la ciudad de Armenia y la coincidencia de la prenda de vestir y el reloj que le fueron hallados al cadáver".

De la Demanda

Con fundamento en el numeral 3º del artículo 232 del C. de P. P., *por haber surgidos pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates* que conducen a demostrar la inocencia del condenado Luis Carlos Patiño Díaz, se solicita la revisión del proceso adelantado en su contra.

"El estado civil. El nacimiento y la muerte son dos de los hechos relativos al estado civil de las personas que deben especialmente ser inscritos en el competente registro civil de las personas, por mandato del artículo 5º del Decreto 1260 de 1970, vigente al tiempo de los sucesos de que habla el proceso a que me refiero.

"Según ese mismo Decreto, el registro civil del nacimiento de cada persona se llevará en un folio especial que *subsistirá* hasta cuando se anote la defunción o la sentencia que declare la muerte presunta por desaparecimiento (art. 11 *ib.*). Esto es obvio, porque la existencia de las personas termina con la muerte (art. 94 del C. Civil).

"Si uno y otro hecho, esto es el principio y el fin de las personas, o sea el nacimiento y el fallecimiento, defunción o muerte, deben ser registrados, la prueba de esos acontecimientos no podrá ser otra que las actas respectivas que en el registro civil hablan de esos sucesos. Por eso, el art. 111 del citado Decreto 1260 consagró que "el estado civil debe constar en el registro del estado civil".

"Se dice en el expediente que el hallazgo del cadáver de que tratan los autos ocurrió en el paraje de El Zanjón del Diablo", sitio de Pericongo, comprensión de Timaná, cercano a Pitalito, el día 8 de junio de 1981, lo cual significa que el Inspector de Policía y Tránsito de Timaná, quien fue el funcionario que lo encontró, debió denunciar la defunción ese mismo día o por lo menos el 9, el 10 o el 11 de junio de 1981 en la oficina encargada del registro del estado civil, en cumplimiento del mandato del artículo 73 del mencionado estatuto, en concordancia con el 74 -último inciso- *ibidem*.

"Pero ocurre que ese denuncio no fue hecho por nadie en forma alguna ni en ningún tiempo, indicando que el cádaver era el de Solenis Londoño Ospina, y ni siquiera como N. N. para señalar que se desconocía su identidad.

"Así han transcurrido las cosas y, sin embargo, el Juez de Primera Instancia (Único Superior de Pitalito), el de segunda (Tribunal Superior de Neiva) y aun la misma honorable Corte Suprema de Justicia, echando de lado las perentorias disposiciones sobre registro del estado civil de las personas, resolvieron que gracias a algunas situaciones indicantes o pruebas circunstanciales traídas al proceso, Solenis Londoño Ospina está muerta, pues que su cadáver era el encontrado ese 8 de junio de 1981 en el citado 'Zanjón del Diablo' y que de esa muerte fue autor material Luis Carlos Patiño Díaz. *Olvidaron todos los funcionarios que han tenido que ver con este proceso, que en el caso de autos es indispensable la presencia de la partida o certificado de registro civil de defunción, pues ese registro es la única prueba que sirve para acreditar tal hecho y por ende para dar identidad a Solenis Londoño Ospina con el cadáver mencionado, si respetamos la norma del artículo 105 del Decreto en cita que manda que 'Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos'.*

"Esa prueba no se trajo porque no existe, como lo acreditó con las certificaciones que acompañó y esa inexistencia se explica por el simple hecho de que nadie, para algo tan delicado como es dar por muerta a una persona que quizás no lo esté, se ha atrevido a formular el denuncio de defunción.

"El hecho de la defunción de Solenis Londoño Ospina no existe, pues, legalmente, por absoluta ausencia de su registro en el estado civil de las personas.

"La defunción es un *hecho* relativo al estado civil de las personas que debe ser *inscrito* en el competente registro civil, por mandato del artículo 5º del Decreto 1260 de 1970, como lo dije al principio de esta demanda. Si Solenis Londoño Ospina falleció, como se dice en el proceso de la referencia, ese *hecho* de la defunción ha debido inscribirse en el registro civil de las personas, pero como no se inscribió, no hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad o funcionario público. Así lo dispone el artículo 106 del mencionado Decreto 1260, cuyo tenor es el siguiente:

'Art. 106. Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro'.

"Todo lo cual significa que el hecho de la muerte de Solenis Londoño Ospina, atribuido a mi patrocinado Luis Carlos Patiño Díaz, no hace fe en el proceso a que esta acción de revisión se refiere, porque se omitió su inscripción en el registro civil de las personas. Así lo certifican pruebas no conocidas al tiempo de los debates, las cuales anexo ahora a esta solicitud de revisión.

"Y es que todavía existen motivos para desconfiar que el cadáver de marras correspondía a Solenis Londoño Ospina, porque es tan débil o deleznable la prueba de que esos despojos mortales correspondían a una persona del sexo femenino y la prueba sobre la causa de la muerte, que actualmente están flotando dudas que no se han despejado y que se deben a la negligencia, ignorancia o inexperiencia de los investigadores. Todavía hay medios para establecer si aquellos despojos mortales corresponden a una persona del sexo femenino o del sexo masculino; con vista de tales despojos, sería de gran utilidad que el legista dictaminara sobre las señales o signos que encuentre en los restos exhumados especialmente en la pelvis y el cráneo, indicativos no sólo del sexo, sino de la clase de proyectil que produjo la perforación u orificio dictaminado como causa de la muerte, proyectil que allí debe encontrarse y que puede examinarse para ver si corresponde al revólver de dotación que por aquellos días debió portar el procesado".

Breves Consideraciones de la Sala

1. El accionante afirma que el estribo jurídico de su demanda está en que "han surgido pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates, que conducen a demostrar la inocencia del procesado". Pero, cuando se analiza el libelo, por parte alguna aparecen las anunciadas pruebas nuevas. En efecto, se hace relación al Decreto 1260 de 1970 ('vigente al tiempo de los sucesos'), en sus artículos 5º, 11, 73, 74, 101 y 106, para señalar

que la defunción, como hecho relativo al estado civil de las personas, debe inscribirse en el competente registro civil; que, tal denuncio, debió realizarse el 8, el 9, el 10 o el 11 de junio de 1981, como quiera que "el cadáver de que tratan los autos" fue encontrado el 8 del mismo mes y año. Todo esto es verdad, pero igualmente lo es que ello no constituye *prueba nueva*.

Hay otra verdad procesal de canto que no puede ser desconocida y es que lo referente a si el cadáver encontrado en "el Zanjón del Diablo", paraje de Pericongo, comprensión de Timaná, en cercanía a Pitalito, el 8 de junio de 1981, correspondía o no a quien en vida se le conoció como Solenis Londoño Ospina, fue materia sustancial de debate, en primera y segunda instancia y, también, en casación, aspecto fatalmente ligado a la responsabilidad penal de Luis Carlos Patiño Díaz.

Se consignó en la sentencia de primera instancia:

"En cuanto hace relación al aspecto material del homicidio de la mujer de nombre Solenis Londoño Ospina podemos establecer las siguientes circunstancias que nos demuestran la evidencia que el cadáver aparecido el 8 de junio de 1981 en el paraje comúnmente conocido como el Pericongo y en ese sitio dentro del zanjón denominado "El Diablo" corresponde al de la infortunada mujer que el 30 de mayo de ese mismo año salió de la ciudad de Armenia en una moto en compañía de su compañero y padre de su hijo Carlos Andrés, el Sargento Vice-primero Luis Carlos Patiño Díaz, quien le había prometido traerla a vivir aquí en Pitalito con las debidas comodidades, disponiendo que su pequeño hijo quedara con su madre abuela doña Olga Ospina Aristizábal mientras que a los diez u once días siguientes se regresaría por él.

"La señora madre de Solenis Londoño Ospina doña Olga Ospina Aristizábal manifiesta que su hija salió vestida con un baggy color azul, una camiseta azul clara con un número al parecer 75, una chaqueta color blanco y azul como de cuero, botas texanas como café tirando a amarillo, un reloj Cornavia de cuerda, niquelado, tablero como verdoso, más bien pequeño, pulso de cuero, una correa como café y delgada, un anillo de plata con una piedra negra, aretes largos amarillos de fantasía, una cachucha roja, un bolso del mismo color de los zapatos.

"El cadáver de la mujer encontrada en Pericongo el día 8 de junio de 1981 vestía un pantalón azul oscuro marca Caribú, una blusa verde en material sintético, brasier blanco marca Formfit, cinturón de cuero delgado color café, un reloj Comavín niquelado con tablero rojo, un pulso de cuero.

"La defensa con relación a esta coincidencia manifiesta que la marca no coincide entre sí refiriéndose al pantalón que vestía Solenis al salir de Armenia y al que presentó el cadáver referido, pero a este planteamiento tenemos que decirle al señor defensor que baggy es un estilo de modo como decir bermudas u otros estilos, y el estilo baggy quiere decir que el pantalón va hasta la rodilla o la pantorrilla y lo tienen en su totalidad las diferentes casas textileras. Es de anotar que César Enrique Rivera al folio 35 del cuaderno número 2, comenta que el pantalón blayin azul oscuro del cadáver era nuevo y sabemos que Luis Carlos le compró a Solenis antes de salir y en Ibagué ropa nueva. Otro aspecto es que en la diligencia de levantamiento del cadáver visible al folio 2 del mismo cuaderno, el funcionario deja la constancia que el cadáver se encontraba de la

cintura hacia arriba en estado esquelético, de la cintura hacia abajo favorecido aún por el pantalón se encontraron las piernas en estado de putrefacción desde las caderas hasta la pantorrilla, de ahí hacia abajo los pies presentaban signos de haber sido devorados por los cuervos. Vemos pues que el cadáver presentaba un estilo baggy o moda baggy.

"Solenis vestía una camiseta azul clara con un número al parecer el 75, no sabemos la calidad de la tela; el cadáver presentaba una blusa verde en material sintético. Sobre este aspecto la defensa y haciendo alusión a que la Fiscalía en un alegato presentado en otra oportunidad hablaba sobre la decolorización por la acción del sol y el agua, dice que el color azul al decolorizarse se vuelve blanco y no verde; pues no está de acuerdo este Despacho con esa apreciación, pues asesorado de un confeccionista de prendas deportivas elaboradas en diferentes tipos de materiales y pinturas nos dice que toda tela lleva como fondo en su color el blanco, que en la combinación de pinturas es fácil que una prenda de color azul pueda aparecer de color verde y máxime si el material es sintético, pues esta clase de material es muy variado, a veces es de mala calidad, sólo las prendas en algodón absorben con más firmeza la pintura y, una prenda que tenga contacto con gasolina, con ácidos, con detergentes y expuesta al sol y al agua se decoloriza; por otro aspecto, ni la señora Olga ni el funcionario que efectuó el levantamiento nos han dicho si los colores son intensos o rebajados.

"Coincide igualmente en que Solenis Londoño Ospina sale con un cinturón de cuero como café y delgado, similar al que presenta el cadáver (la palabra similar se dice en esta providencia para anotar que es de igual característica y es apreciación del Juzgado).

"Es coincidente en cuanto al reloj marca Cornavin niquelado con la única diferencia del tablero que la señora Olga Ospina le parece que era verdoso pero el que portaba el cadáver era de tablero rojo. Este aspecto del color del tablero lo considera el Juzgado de menor importancia por cuanto doña Olga no ha podido detallar en debida forma el color del tablero del reloj o de pronto recordarlo muy bien pero de todos modos coincide la marca y características así como el pulso para el mismo.

"Coincide igualmente el color del cabello de Solenis Londoño (Castaño) con el del cadáver. Sobre el color de la piel, que en la diligencia de levantamiento, o mejor en diligencia de necropsia el médico la señala como trigueña, la defensa ha manifestado que la madre de Solenis ha señalado que la piel de su hija era de color blanco y no va a cambiar el color en su piel por la acción del sol; tampoco comparte el Juzgado este criterio por las siguientes razones: Las personas que acostumbran broncearse y especialmente la de piel blanca la hemos visto que al regresar de sus vacaciones llegan con una piel de color trigueño, el campesino de raza blanca lo vemos quemado por el sol y lo observamos con piel morena, además, por el estado de putrefacción la piel va cambiando de color por falta de la pigmentación pues no hay circulación sanguínea. En cuanto a la estatura y la edad, dado el estado en que se encontró el cadáver y que el médico que practicó la diligencia de necropsia no tenía todos los implementos para un examen técnico científico y determinar con exactitud la edad y como ya estaba desvertebrado, el cadáver en parte la estatura exacta era difícil señalarla.

"Cuando se llevó a cabo la diligencia de necropsia los funcionarios de Timaná y el señor médico no tenían la más remota idea sobre la pérdida de la señora Solenis Londoño

Ospina para de esta manera llegar a la creencia que acomodaran el dictamen y las otras características a los de la desafortunada Solenis y vemos que el médico dice que la descomposición es más o menos de ocho días de fallecimiento, coincidiendo con el tiempo en que debió haber sido ultimada Solenis Londoño Ospina quien había salido de Armenia el 30 de mayo rumbo a Pitalito a donde no llegó y el cadáver se encontró el 8 de junio.

"Ante este indicio de coincidencia que acabamos de analizar, aunado a la imposibilidad que ha tenido Luis Carlos Patiño Díaz, de explicar el paradero de su compañera Solenis Londoño Ospina nos lleva a la convicción que el cadáver que encontró las autoridades de Timaná el 8 de junio de 1981 en el Zanjón de "El Diablo", sitio de Pericongo no es otro que el de Solenis Londoño Ospina, y de esta manera encontramos estructurado el primer elemento que exige el artículo 247 del C. de P. Penal y por esta circunstancia encontramos que el haberse causado la muerte en la forma como aparece relatado en la diligencia de levantamiento del cadáver y de necropsia se está en presencia de la conducta que encuentra adecuación típica en el libro II, título XIII, bajo la denominación genérica: *Delitos contra la vida y la integridad personal*, específicamente: Del homicidio, que según la Resolución de Acusación se da la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2º del artículo 324 del C. Penal, ya que Patiño Díaz buscaba, primordialmente silenciar a una testigo que podría ocasionarle serios problemas. "Y a fe que logró eludir esos problemas pues Solenis Londoño no alcanzó a testificar dentro del proceso por hurto que le adelantó el Comando del Batallón Cisneros".

Y se señaló en la sentencia de segunda instancia:

"... Porque pese a que como lo anota la defensa, en criticable omisión, no hubo identificación a través de medios técnicos como la necrodactilia, estudios odontológicos y cráneanos, concurrieron otros factores supletorios que permiten la afirmación de identidad de ese cadáver como el de quien en vida respondió al nombre de Solenis Londoño Ospina. Así, las prendas adheridas a los restos en mención, a saber, una blusa verde de material sintético, bluyin azul oscuro marca Caribú, brasier marca Formfit; cinturón de cuero delgado color café y en la muñeca izquierda un reloj marca Cornavín niquelado pulso de cuero tablero rojo (acta levantamiento visible a folio 2 cuad. número 2), coinciden con las que según su progenitora vestía la desaparecida el día en que salió en compañía de su concubino; bluyin estilo baggy azul oscuro, cinturón delgado color café, reloj Cornavín de cuerda pequeño, pulso de cuero y tablero como verdoso, anillo de plata con piedra verde, cachucha roja, botas texanas y bolso del mismo color de los zapatos. La variación de color de algunas de las prendas (camiseta y tablero del reloj) la explica razonablemente la permanencia del cuerpo a la intemperie durante más o menos ocho días según el legista, lapso suficiente para que los factores climáticos produjeran la descomposición química de los tintes y de paso la putrefacción de sus miembros superiores que bien pudo tornar más oscura la pigmentación de la piel de Solenis reseñada como blanca en el informe de filiación, y trigueña en el protocolo necropsial.

"Así mismo la diferencia entre la edad y talla que precisa el galeno legista (edad 25 y 30 años y 1.62 metros de estatura) con los datos que aparecen en el proceso (20 años

y 1.70 metros de estatura), encuentran también su razón de ser si en cuenta se tiene la desarticulación del cadáver (cráneo y maxilar inferior separados del cuerpo), que sin duda dificultó la precisión de esos aspectos; pero lo cierto es que las apreciaciones del primero corresponden a una persona joven, de regular estatura, como se dice era Solenis, cuyo cabello castaño oscuro también es característica coincidente. Y no a título de mera casualidad pueden atribuirse esas similitudes; no cuando a ellas se aúna la ausencia absoluta de Solenis Londoño Ospina; sus seres queridos no volvieron a tener noticia de su existencia, pese a que han transcurrido cerca de diez largos años, ni su madre ni su hijo por quienes había demostrado un profundo afecto, tuvieron jamás reporte de su paradero; los rumores acerca de su posible permanencia en la ciudad de Cúcuta a que alude su hermana María del Carmen en su versión a folio 40, no pasan de ser conjeturas, que no afirmación rotunda de verdad, como sí lo es la ausencia definitiva de la muchacha.

"Ahora bien, en la desaparición y muerte de Solenis Londoño Ospina, el único interesado era su compañero Luis Carlos Patiño Díaz. La relación iniciada más o menos dos años antes de los hechos, no había sido armoniosa; y no podía serlo dada la existencia de otra compañera Esperanza Rudas residente en Pereira, quien tenía también una hija del procesado a quien éste visitaba con frecuencia, motivo de continuos disgustos entre la pareja, como lo revelan su progenitora y su hermana María del Carmen, el último de ellos acaecido aproximadamente cinco días antes del viaje a Pitalito, que originó la comparecencia de Solenis al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en procura de que Luis Carlos le devolviera su pequeño hijo Carlos Andrés, a quien se había llevado en su ausencia sin su consentimiento, no sin antes amenazarlo a través de su hermana Graciela Díaz, de denunciarlo a las autoridades por los malos manejos como Almacenista que había sido del Batallón Cisneros, y donde según constancia a folio 113 -cuaderno número 1-, se le adelantó proceso por el hurto de unas cantimploras y unos uniformes, etc., hechos por los cuales se le absolvió con el argumento peregrino de que habían sido dados de baja, pese a que fueron hallados en el domicilio de Olga Ospina, donde habían sido llevados por Patiño.

"Las perspectivas de vida en común con Solenis, no eran pues las más agradables como para que éste anhelara con sinceridad llevársela a vivir a Pitalito, promesa que entre otras cosas le había hecho también a Esperanza, según lo afirma la progenitora de aquélla. De allí que no resultara cierto como se constató con los testimonios de Olga y de los propios militares del Batallón Magdalena, que éste hubiera conseguido casa dotada con todo lo necesario, pretexto que adujo para no llevarse las pertenencias de su mujer cuando regresó, solo, a Armenia once días después del fatídico día, por los objetos del menor. La única explicación válida a aquella negativa, es la inexistencia ya de Solenis a quien había sacrificado durante el viaje a Pitalito; porque lo cierto es que Patiño jamás pudo dar explicación satisfactoria acerca del paradero de su compañera. Así vemos como a Olga, en aquella ocasión le manifestó que la tenía en casa de un sargento y que no llevaba a su hermanito Martín Alonso porque estaban muy estrechos en el apartamento, ratificándole a su hermana Carmen, que no la traía porque estaba en embarazo y el viaje le hacía daño; y cuando alarmada por la carencia de noticias de su hija, Olga acudió a Pitalito a averiguar por su suerte, Patiño Díaz varió su versión argumentando que no estaba con él porque en el viaje a Armenia se había 'ido pelleando' y al llegar a Pitalito Solenis había tomado un bus y se había regresado con $1.000.00 que le suministró" sin poder explicar a qué empresa estaba afiliado el vehículo...".

En la demanda de casación, entre otras cosas, se plantea que no existen elementos de juicio para concluir que el cadáver fuera el de una mujer y menos aún que la víctima hubiera sido Solenis Londoño Ospina y que la sentencia sobre el particular se basa en meras presunciones simples o de hombre. De ahí que la Corte, al responderla, hubiera entre otras cosas, precisado:

"...Pero es que además de los errores de técnica, las afirmaciones del libelo tampoco corresponden a la realidad del proceso, porque entre los diversos argumentos que presenta, dice que ni siquiera en las diligencias de levantamiento y de necropsia se aclaró cuál es el sexo de la persona fallecida; sin embargo, si se observa detenidamente el acta de levantamiento del cadáver se puede leer al final de la misma: 'Se deja constancia que en la práctica de la necropsia al dejar al descubierto los muslos y piernas de la occisa...'; y antes de esta diligencia, en el informe suscrito por el Alcalde se dijo: '... al lugar donde se hallaba el cadáver y se conjeturó podía pertenecer a una mujer...'.

"En diligencia de necropsia igualmente se hace relación a carácter femenino de los despojos, cuando en el protocolo se dice en su descripción 'cadáver de más o menos 1.62 metros de altura, de más o menos 25 a 30 años, cabello castaño oscuro, trigueña, mormosómica. En descomposición de más o menos 8 días de fallecida'.

"Son entonces tres documentos oficiales los que destacan el sexo femenino del cadáver encontrado y que riñen con las afirmaciones que en sentido contrario hace el impugnante, debiendo además destacarse que por el tiempo calculado por los legistas respecto a la fecha de la muerte, ésta concuerda con la de la desaparición de Solenis Londoño, aparte de que conforme a los testimonios de sus parientes, las ropas y elementos encontrados con el cadáver coinciden con los de la desaparecida.

"Ni siquiera la Sala comparte el criterio de la Fiscalía cuando sostiene, en plan argumentativo, que la demanda hubiera podido orientarse alegando una tergiversación de la necropsia y del acta de levantamiento del cadáver, en cuanto fueron mal interpretados para dar por demostrada la muerte de Solenis Londoño. Y no se puede compartir, porque de las pruebas analizadas y de otras que fueron debidamente concordadas con las anteriores, se llega a la conclusión de que la fallecida era la mencionada ciudadana; lo contrario significaría aceptar la tesis del censor, en el sentido de que no se habla en tales diligencias de sexo del cadáver, cuando se acaba de demostrar lo contrario; o que en dichos documentos se hubiera afirmado que el cadáver pertenecía a una determinada persona, siendo que a tal conclusión se llegó por la complementación de otras pruebas que fueron debidamente concordadas con las que se acababan de relacionar...".

Fue, pues, del análisis de la prueba en conjunto, como los juzgados establecieron que el cadáver encontrado en el citado "Zanjón del Diablo" correspondía al de Solenis Londoño Ospina. Y se hizo referencia la prueba indiciaria y testimonial porque, precisamente, la documental no acreditaba que se tratara de aquélla. Si hubiera aparecido un registro civil de defunción en tal sentido, o una certificación del señor Cura Párroco o del Notario, pues desde luego que los sentenciadores habrían hecho mención de ello. Y de ahí, entonces, que las pruebas que ahora presenta el accionante, indicativas de que ninguna de estas autoridades certificaba la defunción de Solenis Londoño Ospina,

no pueden constituir *prueba nueva*, porque lo que así se demuestra ya obraba probado en el proceso.

Sabido es que la *revisión* no es campo fértil para reabrir discusiones que ya fueron cumplidas en su estadio propio, las instancias, y aquí con un *item*, igualmente en casación. Falla, pues, el accionante al intentar un nuevo debate sobre una situación ya suficientemente definida y so pretexto de la presentación de prueba nueva, que, en rigor, no puede merecer jamás tal calificativo.

2. Pretende, también, el accionante que la Corte desconozca la *libertad probatoria* consagrada por el estatuto procedimental penal, pues no de otra manera se entiende que se le solicite que disponga la revisión porque en el trámite del proceso se dio por probado que el cadáver encontrado correspondía a Solenis Londoño Osorio, cuando por alguna parte obró el correspondiente registro civil de defunción.

Es cierto que este tipo de prueba documental es el medio preferente, privilegiado en orden a acreditamiento de un hecho como el señalado; pero de allí no se sigue que, en materia procedimental penal (menos formalista y exegético que otros procedimientos), si tal registro no obra, no proceda demostrar lo acontecido con los otros medios de prueba consagrados por el legislador. Y ello fue exactamente lo *sucedido* en el evento *sub examine* en que, ante la inexistencia del registro civil, se comprobó el hecho con prueba indiciaria y testimonial, pues no podía olvidarse que, en lo penal, todos los medios son idóneos para tratar de llevar (y lograrlo) los hechos al conocimiento del funcionario judicial.

De otra parte, impera recordar que en este procedimiento rige el sistema de la apreciación racional o científica de la prueba que le permite al funcionario llegar a la certeza mediante el análisis conjunto de todos los medios probatorios y sometiendo a cada uno de ellos, en el correspondiente proceso de convicción, a las reglas de la sana crítica. Erradicados, pues, quedaron el sistema de la libre apreciación y el de la tarifa legal. Y de la imposición de una tal filosofía, fácil es concluir que quedaron erradicados igualmente los medios probatorios exclusivos.

Aquí no se trata, ello es indubitable, de disponer o no la prosperidad de la demanda; pero, ante la total carencia de prueba y de otros argumentos viabilizantes del trámite del recurso, se impone desestimar el libelo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *desecha*, por *antitécnica*, la demanda de revisión propuesta en favor del condenado Luis Carlos Patiño Díaz, por su defensor, Doctor Gilberto Herrera Sánchez.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Ricardo Calvete Rangel, Leonel Olivar Bonilla (Conjuez), *José Ignacio Talero Posada* (Conjuez), *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Hugo Humberto Rodríguez C.* (Conjuez), *Julio Rozo Rozo* (Conjuez).

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / INJURIA / CALUMNIA / COMPETENCIA A PREVENCION

La Corte ha sostenido reiteradamente que cuando se trata de calumnia o injuria cometidos por un medio escrito, el delito se perfecciona en el lugar donde se difunde o se hace pública la especie calumniosa o injuriosa, ya que pertenece a la esencia de estos ilícitos la divulgación, pues es de esa manera como se hace correr un peligro cierto al bien jurídico protegido, o sea la integridad moral, el cual radica en que los destinatarios de la información lleguen a tener por cierta la afirmación infamante o ultrajante, con perjuicio del ofendido. / Es cierto que estos delitos se consuman de manera instantánea en el sitio en que la especie calumniosa o injuriosa se hace pública, pero ello no quiere decir que cuando su divulgación se haya verificado de manera simultánea en varios lugares o cuando el sitio en que se produjo sea incierto, no sea aplicable el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que consagra la competencia a prevención precisamente para los casos en que se presentan tales situaciones.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8696.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 081 (septiembre 1°/93).

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre siete de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

De plano procede la Corte a pronunciarse sobre el conflicto negativo de competencia surgido entre los juzgados Dieciocho Penal Municipal de Medellín y Promiscuo Municipal de Amalfi, quienes se han declarado incompetentes para conocer de este sumario.

Antecedentes

1. Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi el señor Juan David Ruiz Gaviria formuló denuncia penal por los delitos de injuria y calumnia contra los directivos del Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia "Sintraelecol" al cual está

afiliado a su vez el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Antioqueña de Energía S. A., porque en el órgano informativo de fecha diciembre de 1990 se hicieron comentarios que considera constitutivos de falsas imputaciones que lo afectan moral y laboralmente.

El Juzgado de Amalfi dispuso la práctica de diligencias preliminares, luego mediante el auto de marzo 12 de 1991 declaró abierta la correspondiente investigación, en el curso de la cual recepcionó declaración de indagatoria a los integrantes de la Junta Directiva del Sindicato antes referido. Posteriormente ordenó remitir el proceso por competencia al Juzgado Penal Municipal (Reparto) de Medellín, por considerar "que el delito de que se trata efectivamente tuvo ocurrencia en este municipio, pero la publicación y divulgación para el público tuvo ocurrencia en la ciudad de Medellín".

2. Las diligencias le correspondieron por reparto al Juzgado Dieciocho Penal Municipal de Medellín, despacho que no comparte la posición del funcionario remitente por las siguientes razones:

Acepta que fue en Medellín donde se editó el periódico "El Rayo", el cual contiene el informe a que se refiere el denunciante para pregonar el agravio, no así le "publicación y divulgación" como erradamente lo consigna el Juez de Amalfi.

El posible delito denunciado se patentizó una vez llegó el periódico a la lectura de los destinatarios, entre ellos los socios del sindicato "Sintraelecol" y muy seguramente los trabajadores de la Empresa Antioqueña de Energía, "EADE".

La esencia del "ilícito 'calumnia' lo es achacar falsamente a una persona un hecho punible, pero esa imputación falsa debe llegar a conocimiento de un personaje receptor como lo puede ser el propio imputado y/o terceras personas como que de tal forma es que se cristaliza el atentado contra la integridad moral que es el bien jurídico tutelado" (arts. 33, 314 y ss. del C. P.).

Aún aceptando que en Medellín se hubiese repartido al lector el aludido periódico, es claro que sus ejemplares se distribuyeron en diferentes localidades como Amalfi, Cisneros, y a lo largo de 18 zonas del Departamento en donde extiende sus servicios "EADE", de lo cual concluye que el posible delito fue realizado en varios sitios, y entonces tendría operancia la competencia a prevención (art. 80 del C. P. P.).

La denuncia se formuló ante el Juzgado de Amalfi, despacho que luego de adelantar indagación preliminar, abrió la investigación, luego es éste el juzgado competente para seguir conociendo de la conducta debatida.

En consecuencia dispuso devolver el expediente al Juzgado Promiscuo Municipal ya mencionado, proponiéndole la colisión negativa de competencia en caso de que el titular no comparta sus planteamientos.

3. El Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, se apoya en jurisprudencia de la Corte para decir que la competencia para conocer de los punibles denunciados no se determina por el lugar donde se redactan, imprimen o editan los escritos que en general son medio eficaz para divulgar el pensamiento, sino en el sitio donde se difunden o divulgan.

Luego de transcribir algunos apartes de pronunciamientos de la Corte, estima que aplicándolos al caso de autos hay que concluir que el conocimiento de este asunto

corresponde al Juzgado 18 Penal Municipal de Medellín, "pues nadie ignora que el periódico 'El Rayo' no sólo se edita en Medellín, sino que de allí se pone en circulación para todos los usuarios, trabajadores de la empresa 'EADL', agrupados en el sindicato denominado 'Sintraelecol'".

Agrega que "parece ser, que de pronto el art. 80 del C. de P. Penal mencionado por el colisionante no es de entero recibo para esta clase de delitos, puesto que la misma Corte ha dicho que es de la esencia del delito de injuria y calumnia la divulgación, por ello de pronto al dilucidar la competencia para seguir conociendo de la presente investigación, no se ha tenido en cuenta el artículo mencionado puesto que éste se refiere a toda aquella otra clase de ilícitos punibles, y si se toma como sano criterio lo dicho por la honorable Corte Suprema de Justicia, el delito en comento no se cometió en varios lugares, ni en sitios diferentes, sino que "... este delito no se comete sino donde se divulga al público el escrito con que se perpetra el delito".

Así, dispone el envío del expediente a los Fiscales Delegados de los Tribunales Superiores con el fin de que "se asigne la competencia para seguir conociendo de la presente investigación".

4. La Fiscalía Trece Delegada, a quien le correspondió el sumario por reparto, se abstuvo de resolver por tratarse de un conflicto de competencia suscitado entre dos Jueces Municipales de diferente distrito judicial, el Dieciocho adscrito al Tribunal Superior de Medellín y el Promiscuo Municipal al Tribunal Superior de Antioquia -y en consecuencia ordenó devolver las diligencias al lugar de procedencia-.

5. Subsanado el error, el Juez Promiscuo Municipal de Amalfi remitió el expediente a esta Corporación para dirimir el conflicto de competencia.

Se Considera

La Corte ha sostenido reiteradamente que cuando se trata de calumnia o injuria cometidos por un medio escrito, el delito se perfecciona en el lugar donde se difunde o se hace pública la especie calumniosa o injuriosa, ya que pertenece a la esencia de estos ilícitos la divulgación, pues es de esa manera como se hace correr un peligro cierto al bien jurídico protegido, o sea la integridad moral, el cual radica en que los destinatarios de la información lleguen a tener por cierta la afirmación infamante o ultrajante, con perjuicio del ofendido.

En cuanto al lugar donde se consuman estas infracciones que requieren difusión o divulgación, la Corporación desde tiempo atrás se ha venido pronunciando así:

"Pero el sitio en que se redacta la carta, se imprime el folleto o libro, o se edita el periódico que contenga las expresiones calumniosas o injuriosas, no marca de por sí o aisladamente la competencia...

"De ahí que siempre que se trate de averiguar a qué juez compete el conocimiento del respectivo proceso sea indispensable saber primero en qué territorio se realizó el delito, es decir, se puso en conocimiento de los lectores o auditores lo escrito o referido, porque puede ocurrir que el lugar de la edición o impresión no sea el de la divulgación, o que ésta se verifique en forma *simultánea o casi simultánea en varios territorios o*

jurisdicciones. Y esto resulta no sólo probable, sino que así sucede muy frecuentemente, dados los medios de divulgación (estaciones radiotransmisoras) y los modernos de transporte (aviones) que hoy existen; por lo cual no sería raro que una determinada noticia se difundiera primero en sitio distinto de aquel de que proviene. En este último supuesto (simultaneidad) habrá que aplicarse las reglas sobre competencia preventiva..." (auto de mayo 2 de 1955, reiterado en providencia de julio 26 de 1983).

Es cierto que estos delitos se consuman de manera instantánea en el sitio en que la especie calumniosa o injuriosa se hace pública, pero ello no quiere decir que cuando su divulgación se haya verificado de manera simultánea en varios lugares o cuando el sitio en que produjo sea incierto, no sea aplicable el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que consagra la competencia a prevención precisamente para los casos en que se presentan tales situaciones.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa se sabe que los destinatarios del periódico "El Rayo" son los trabajadores de la Empresa "FADE", agrupados en el sindicato denominado "Sintraclecol", lo que permite pensar que los ejemplares son distribuidos en las diferentes localidades o zonas del Departamento donde presta sus servicios.

No estando demostrado en autos que el mencionado periódico fue divulgado primero en la ciudad de Medellín donde fue impreso, pues no obra prueba de ello, la competencia no se puede atribuir al Juez Penal Municipal de dicha capital, pero de lo que sí no existe ninguna duda es que fue difundido en el municipio de Amalfi, pues en dicha localidad reside y trabaja el querellante y fue allí donde formuló la querella suministrando el ejemplar de la edición que obra en el expediente.

Hay bases, entonces, para aseverar que el hecho denunciado se realizó en Amalfi, y aún en el evento de que se admitiera que no se tiene certeza en cuanto a ello, de todos modos, el Juez competente a prevención sería el Promiscuo Municipal de esta ciudad, porque allí se formuló la queja, se abrió investigación y se oyó en injuriada a los sindicados -art. 80 del C. de P. P.-.

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

RESUELVE:

Declarar que la competencia para conocer del presente asunto corresponde al Distrito Judicial de Antioquia. En consecuencia, remítase el proceso al Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi y dése aviso de esta decisión, adjuntando copia de la misma, al Juzgado Dieciocho Penal Municipal de Medellín.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DE TUTELA / DEMANDA DE CASACION

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Carta Política y debidamente reglamentada en el Decreto 2591 de 1991, sin que en dichos estatutos esté contemplado el recurso extraordinario de casación. Se tiene prevista la impugnación del fallo correspondiente ante el superior jerárquico y en todo caso, la revisión por la Corte Constitucional, ya sea del fallo de primera o segunda instancia una vez hayan alcanzado la debida ejecutoria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8739.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengos.*

Aprobado Acta número 082.

Santafé de Bogotá, D. C., ocho de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Decide la Corte sobre el recurso de hecho interpuesto por el Capitán de Corbeta (r) Marceliano Corrales Larrarte contra el auto de fecha 30 de agosto del corriente año, mediante el cual el Magistrado Sustanciador del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, ordenó devolver el proceso al Juzgado de primera instancia por encontrarse ejecutoriado el proveído que desató el recurso de apelación interpuesto por el mismo ciudadano contra la providencia que declaró que el Comandante de la Armada Nacional y el Director del Hospital Militar Central no han incurrido en desacato a decisión judicial.

Antecedentes

Esta Sala, en proveído de fecha 24 de junio del corriente año, los consignó de la siguiente manera:

"Ante el Juzgado 35 Penal del Circuito de esta ciudad, el Capitán de Corbeta (r) Marceliano Corrales Larrarte promovió acción de tutela contra el Comandante de la Armada Nacional y la Dirección de Sanidad del Hospital Militar Central, la que correspondió por reparto al Juzgado 66 de la misma categoría, en busca del restablecimiento de sus derechos constitucionales fundamentales previstos en los artículos 15, 23

y 25 de la Carta Política, por cuanto sin su consentimiento se ha venido utilizando su historia clínica con menoscabo de su buen nombre. Agotado el trámite propio de la acción el despacho judicial últimamente citado, mediante providencia de fecha 2 de abril del corriente año, tuteló en favor del actor su derecho constitucional fundamental consagrado en el artículo 15 de la Carta Política y ordenó al Director del Hospital Militar Central y al Comandante de la Armada Nacional "que se *observe* en lo sucesivo, y con estricta sujeción a la ley, la reserva de la historia clínica del señor Marceliano Corrales Larrarte, y que se excluya su nombre del banco o bancos de datos donde haya sido incluido en razón de los datos de su historia clínica'".

"Dicha decisión que fuera impugnada por el Asesor Jurídico del Hospital Militar y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en fallo del 11 de mayo siguiente con la adición de que el amparo procedía igualmente respecto de su derecho fundamental al buen nombre previsto en la ya citada disposición constitucional".

"En escrito visible a folio 77 de la presente actuación, el actor informa al despacho judicial que el Comandante de la Armada no ha querido dar cumplimiento al fallo de tutela, pues ha pasado el tiempo suficiente sin que se corrija lo que fue objeto del amparo demandado. Por tanto, considera que se está desatendiendo el mandato legal e incurriendo en la sanción correspondiente que debe ser aplicada por el Juzgado".

"Por auto de fecha 24 de mayo, se dispuso allegar la providencia de segunda instancia de haberse producido y el 1º de junio se impartió el impulso procesal al incidente para lo cual se ofició al Director del Hospital Militar y al Comandante de la Armada Nacional, quienes dieron respuesta inmediata al requerimiento, mediante oficios visibles 93 y 100 de fechas 3 y 4 siguiente".

"Como ya se dijo, por auto de fecha 16 de los corrientes mes y año, el Juzgado 66 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, con apoyo en lo preceptuado en el artículo 9º del Decreto 306 de 1992, dispuso el envío de la actuación a esta Corporación a fin de que se adopte la decisión que corresponda por el posible incumplimiento de los fallos judiciales de primera y segunda instancia, mediante los cuales se tuteló los derechos fundamentales del ex oficial Marceliano Corrales Larrarte".

En la citada providencia la Sala inaplicó el artículo 9º del Decreto 306 de 1992, por cuanto "aún dejando de lado el análisis de la posible inconstitucionalidad total del Decreto Reglamentario 306 del 19 de febrero de 1992, por ser la tutela un tema de los que la doctrina denomina de 'reserva legal' según el artículo 152 literal a) de la Carta, toda vez que el artículo 5º transitorio, si bien le dio al gobierno competencia en la materia, lo fue en forma temporal, cuya facultad ha desaparecido por agotamiento de la función; para la Corte no cabe duda alguna que el artículo 9º de dicho decreto es manifiestamente contrario a la Constitución por rebasar la norma legal que pretendió reglamentar. En efecto, al establecer un fuero para el conocimiento del incidente en referencia, modificó la competencia que expresamente señaló la ley (Decreto 2591/91 art. 52), lo que hace inconstitucional dicha modificación".

"Si la Constitución Política y la ley reglamentaria de su artículo 86, no atribuyen competencia a la Corte para conocer de incidentes de la naturaleza determinada en el

artículo 52 de este último estatuto y por el contrario la centran en el mismo juez que conoció del proceso de tutela y en segunda instancia a su superior jerárquico (consulta) es claro que el artículo 9º del Decreto 306 de 1992, resulta inaplicable por mandato del precepto superior previsto en el artículo 4º de la Carta, al imponer el deber de aplicar las disposiciones constitucionales cuando la ley u otra norma jurídica resulta incompatible con su normatividad, y cuya exequibilidad o inexequibilidad no la haya declarado el organismo correspondiente, lo que permite a esta Sala desatender el contenido de dicho artículo 9º del Decreto 306 pues, se repite, se impone la inaplicabilidad de las disposiciones o normas que contraríen los mandatos constitucionales o aquellas que desborden la facultad legal reglamentaria de institutos como el de amparo por vía de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional" (M. P. Doctor Dídimo Páez Velandia).

Con fundamento en lo ya dicho, el Juzgado 66 Penal del Circuito de esta ciudad, resolvió el incidente en forma adversa a las pretensiones del Capitán de Corbeta (r) Corrales Larrarte (28 de julio/93), quien interpuso los recursos de reposición y apelación, siendo denegado el primero y concedido el segundo para ante el superior jerárquico (30 de agosto de 1993), decisión confirmada mediante interlocutorio de fecha 20 de agosto siguiente. En la notificación que se le hiciera en forma personal al accionante, manifestó que "interpongo el recurso de casación", sustentándolo mediante escrito fechado el 25 de los citados mes y año, con invocación del artículo 218, inciso 3º del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte

Como ya quedó consignado, el Juzgado 66 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, dictó sentencia de tutela en favor del accionante Capitán de Corbeta (r) Marceliano Corrales Larrarte el 2 de abril del corriente año, la que al ser impugnante por el Asesor Jurídico del Hospital Militar Central fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo del 11 de mayo siguiente, haciendo extensivo el amparo al derecho fundamental al buen nombre. El proceso fue remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión tal como lo disponen el inciso 2º del artículo 86 de la Carta Política y el 3º del 32 del Decreto 2591 de 1991.

Es claro que el incidente promovido por el accionante para obtener el cumplimiento de la sentencia judicial, tuvo respuesta mediante auto interlocutorio, no sentencia, susceptible de los recursos ordinarios de reposición y apelación que hizo uso en oportunidad, siendo decididos por los juzgadores de instancia.

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, consagra el recurso extraordinario de casación, contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por delito que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco (5) años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad y lo hace extensivo a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la ya precisada.

Es cierto que la misma disposición otorga competencia de manera excepcional y discrecional a esta Colegiatura para conocer del recurso de casación en casos diferentes, a solicitud del Procurador, su Delegado o el Defensor, exclusivamente cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, pero es entendido que está referida al proceso penal.

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Carta Política y debidamente reglamentada en el Decreto 2591 de 1991, sin que en dichos estatutos esté contemplado el recurso extraordinario de casación. Se tiene prevista la impugnación del fallo correspondiente ante el superior jerárquico y en todo caso, la eventual revisión por la Corte Constitucional ya sea del fallo de primera o segunda instancia una vez hayan alcanzado la debida ejecutoria.

El actor lo que pretende en el caso concreto es la revisión de las providencias interlocutorias que decidieron el incidente previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, vale decir, en una tercera instancia, que la Constitución y la ley no tienen prevista. Precisamente, para garantizar el cumplimiento del fallo de tutela, la disposición citada consagra el grado jurisdiccional al de consulta de la providencia que imponga sanción a quien incumpliere la orden judicial que ampara derechos fundamentales o los recursos ordinarios cuando se rechaza o deniega el incidente que el Capitán de Corbeta (r) Corrales Larrarte ha promovido en el presente caso.

Por lo demás, cabe advertir que aquellas decisiones proferidas en segunda instancia por los tribunales superiores, quedan ejecutoriadas cuando contra ellas la Constitución o la ley no tienen previsto recurso alguno, es decir, que el auto del 30 de agosto de 1993 proferido por el Magistrado Sustanciador del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante el cual dispuso el envío de las diligencias al juzgado de primera instancia, se ajusta a las prescripciones legales ya indicadas, sin que resulte procedente atender el reclamo que se hace con la interposición del recurso extraordinario de casación, el que se presenta inconducente dada la naturaleza del asunto debatido.

Finalmente y con relación al incidente que dice promover contra la Jueza 66 Penal del Circuito de esta ciudad por desacato a su fallo de tutela, confirmado y adicionado por el Tribunal, que según él, constituye fraude a resolución judicial y prevaricato por omisión, es claro que no puede ser atendida por la Corte, pues como él mismo lo destaca, dicha conducta sería susceptible de las investigaciones penal y disciplinaria correspondientes. Sin embargo, el accionante ya puso en conocimiento del señor Procurador General de la Nación y de la Corte Constitucional, las presuntas irregularidades sin que pueda la Sala disponer trámite alguno o compulsación de copias con destino a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y el Consejo Superior de la Judicatura como lo insinúa el recurrente, pues corresponde a' ente fiscalizador determinar si en verdad ha existido conducta omisiva atribuible a la funcionaria ya mencionada, que amerite promover las investigaciones pertinentes. Además, la referencia que hace en el escrito sustentatorio del recurso de "casación", no da base para promoverlas oficiosamente ya que su contenido no permite deducir cosa distinta que su inconformidad ante el fracaso del incidente propuesto para obtener sanciones por desacato a los fallos que le tutelaron sus derechos fundamentales.

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

RESUELVE:

1. *Rechazar por improcedente* el recurso de casación interpuesto por el Capitán de Corbeta (r) Marceliano Corrales Larrarte contra la providencia de fecha 20 de agosto del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmó la del Juzgado 66 Penal del Circuito de la misma ciudad.

2. *Abstenerse* de compulsar copias con destino a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y el Consejo Superior de la Judicatura, por las razones consignadas en la parte motiva.

3. Disponer la devolución de la actuación al Juzgado de primera instancia por conducto del Tribunal de origen 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 Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO / CONTRABANDO/ DELITO COMPLEJO

1./El delito de prevaricato por acción, en cuanto traduce un intolerable apartamiento del derecho que debió aplicarse, constituye en real posibilidad la de determinar cuál era el derecho discernible que el funcionario repudió, como también la de ser factible predicar las características de un comportamiento de esta índole. Que no siempre sea expedito el camino, es cuestión que no permite deducir una incapacidad del hombre y concretamente del juez por saber cuál es la verdad ofendida sin legítima razón. De no, el hombre tendría que renunciar a su condición de ser pensante y no sólo la administración de justicia, sino casi todas las actividades humanas se verían en igual predicamento. 2./Del hecho de que la ley prevea que para circular los vehículos en Colombia deben ser previamente matriculados, no puede inferirse que el contrabando se perfecciona con la matrícula, ni que muchos automotores introducidos ilícitamente al país no circulen sin ese requisito. Una persona puede entrar un automotor a territorio patrio por dentro o por fuera de las aduanas, y una vez en el interior utilizarlo con documentación falsa o sin ella, sin que el hecho de no haberlo matriculado impida que ese comportamiento se califique como un contrabando consumado. 3./Al quedar sancionado el hecho con la figura del contrabando complejo, no puede subsistir como delito autónomo para ser penado nuevamente, razón suficiente y lógica para absolverlo de ese cargo. En otras palabras, no se absuelve porque no sea responsable, sino porque ese hecho ya fue objeto de sanción como parte integrante de otro delito.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 4083.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 82.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre ocho de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Procede la Sala a dictar sentencia en el proceso seguido contra los Doctores Nhora Correa García, Heriberto Velásquez Ramos, Eduardo Ignacio Lucero Acosta, Dairo

Sosa Cárdenas y Alvaro del Valle Oviedo, ex Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, quienes fueron convocados a juicio por el delito de prevaricato por acción.

I. Resumen de la Acusación

En esa providencia fueron precisados los hechos de la siguiente manera:

"En el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Medellín, cursó un proceso contra Rodolfo Ospina Baraya y otros, por los delitos de contrabando, falsedad y estafa, por haber introducido ilícitamente al país y matriculado con documentos falsos en la localidad de Envigado, los vehículos Toyota de placas LY 0753, 0766, 0802, 0880, 0934 y 0935.

"Adelantada la investigación, el Juzgado en auto de marzo 29 de 1985, calificó el mérito del sumario así: Profirió llamamiento a juicio contra Ospina Baraya por los delitos de contrabando en primer grado, falsedad y estafa; contra Alvaro de Jesús Restrepo por contrabando y prevaricato; sobreseyó definitivamente a Alvaro Bustamante Sierra, Luis Gonzalo Arango Sierra, Juan de Dios Penagos Mejía, Francisco Higuita Rivera, Jaime Antonio Montoya Arango y Héctor de Jesús Arcila Restrepo, al tiempo que dispuso el archivo del sumario conforme a lo dispuesto por el artículo 53 del C. P. A., respecto de Oscar Moncada Muñoz, Gilberto de Jesús Carmona y Liliana Soto Montoya. Interpuesto el recurso de apelación, el Tribunal de Aduanas integrado en ese momento por Magistrados diferentes a los acusados, confirmó la decisión en providencia del 22 de octubre de 1985, modificando la situación de Alvaro de Jesús Restrepo, en el sentido de llamarlo a juicio únicamente por el delito de contrabando.

"Superada la etapa del juicio, se profirió sentencia condenatoria contra Ospina Baraya por los delitos que se le endilgaron en el auto de proceder, se absolvió a Restrepo Arango y se declararon de contrabando los vehículos empadronados ilícitamente en Envigado. Impugnada esta decisión, el Tribunal formado por los Magistrados indagados, en proveído del 9 de junio de 1987 declaró la nulidad de lo actuado por considerar errónea la calificación dada en la acusación, ya que no se trataba de un concurso de delitos sino del delito complejo de contrabando, al tenor del numeral 3 del artículo 4º de la Ley 21 de 1977. De esta decisión salvó voto el Magistrado Mario E. Sánchez Novoa.

"El señor Fiscal Tercero de esta Corporación, interpuso el recurso de reposición por considerar que existía el concurso de delitos y que aún en el evento en que fuera un delito complejo, no era necesario invalidar la actuación, porque el problema se resolvía condenando únicamente por el punible el contrabando y absolviendo por los otros, tal como se hizo en el proceso contra Jorge Luis Ochoa. Además expone los argumentos por los que estima que no es aplicable la causal de nulidad llamada error en la denominación jurídica. También se pregunta si se estará buscando la aplicación del artículo 83, cuando entre en vigencia el Nuevo Estatuto Penal Aduanero. El Tribunal no aceptó los planteamientos del Ministerio Público y mantuvo en firme la declaratoria de nulidad, con nuevo salvamento de voto del Doctor Sánchez Novoa, en el cual deplora que no se haya repuesto el auto del 9 de junio.

"Devuelto el proceso al Juzgado de origen para que subsanara la actuación, éste en auto del 24 de febrero de 1988, ordenó la cesación de todo procedimiento en aplicación que lo previsto en el artículo 83 numeral 1º del Decreto 51 de 1987".

En el desarrollo argumentativo de la acusación, se les imputa a los ex Magistrados el haber introducido en la providencia que resolvió la apelación el tema del delito complejo, inexistente en ese caso, porque el atentado contra la fe pública fue por uso de documentos públicos falsos, comportamiento ocurrido con posterioridad al perfeccionamiento del contrabando y con los fines de engañar a los compradores y obtener la matrícula de los automotores.

También se les reprocha a los implicados el haber dado el paso siguiente, consistente en sostener que en la calificación del proceso en estudio existía error en la denominación jurídica, cuando en realidad no era así, lo que incluso les impidió decir cuál era el *nomen juris* al que se han debido adecuar los hechos.

Y para culminar la secuencia de actuaciones irregulares, se les censura el haber decretado una nulidad que era absolutamente innecesaria, aún partiendo de la errónea tesis del delito complejo, pues como les advirtió el Fiscal, ese problema se resolvía absolviendo por el punible de estafa y condenando por contrabando como ya lo habían hecho en el proceso contra Jorge Luis Ochoa Vásquez.

Haber dictado esa providencia manifiestamente contraria a la ley, con la cual dieron lugar a que el proceso contra Ospina Baraya terminara por prescripción, es la conducta que en el pliego de cargos se califica como prevaricato por acción.

Ante la lesión al interés jurídico de la administración pública y no existiendo en ese momento causal de justificación atendible, se precisó en el vocatorio a juicio que además de típica la conducta era también antijurídica.

Y la culpabilidad se dedujo a título de dolo, con apoyo en consideraciones de las cuales se extracta el siguiente aparte:

"La cadena de hechos que indican la intención de violar la ley, empieza con la introducción de la problemática de delito complejo, a un caso en que no había lugar a ello; la invocación de la causal de nulidad llamada error relativo a la denominación jurídica, sin que esta exista realmente, y la declaración de nulidad, ante una hipótesis que aún siendo cierta, era ostensible que se debía solucionar sin invalidar el proceso, irregularidad que como ya se dijo, las realizaron haciendo caso omiso de las leales advertencias de su colega y del Fiscal".

II. Pruebas Practicadas en la Etapa de Juicio

La única petición que se recibió en el período probatorio del juicio fue formulada por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien estima importante ampliar las indagatorias con el fin de que los acriminados precisaran si adquirieron conocimiento de que los problemas atinentes a la falsedad eran de dos tipos: los relacionados con los documentos de importancia, y los inferidos al uso de tales documentos para la matrícula de los vehículos ante las autoridades del tránsito.

Igualmente solicitó la ampliación del testimonio del Doctor Hugo Rincón Jaimes, para que explicara cómo llegó a su conocimiento la información de que con la actuación de los enjuiciados se perseguía que el proceso terminara con la cesación del procedimiento establecido en el artículo 83 numeral 1 del Estatuto Penal Aduanero.

Las dos pruebas pedidas fueron decretadas y practicadas con los siguientes resultados:

1ª. *Ampliación de las indagatorias:*

a) Doctora Nhora Correa García: Dice que estuvo de acuerdo en la existencia del delito complejo, porque según el proyecto presentado a la Sala, "...Ospina Baraya era quien había introducido al país la mercancía y que había mistificado los documentos para proceder a la importación de los vehículos, recuerdo muy bien que según el proyecto dio origen a la investigación el hecho de haber pretendido matricular los vehículos con documentos que a la postre resultaron falsos y de ahí se devolvió por decir lo así a recorrer ese camino y entonces esos documentos según el proyecto habían servido para introducir los vehículos al país, en ese sentido fue enfático el proyecto, por lo tanto consideré que estábamos frente a la conducta ya descrita, deduje que esa mercancía pasada por las Aduanas con documentos falsos sí, pero había sido presentada a las autoridades y por lo tanto esas falsedades habían servido como medio para posteriormente entrar de contrabando la mercancía".

El concepto de delito complejo que tuvo en cuenta al fallar el proceso es el que siempre sostuvo como Magistrada, consistente en que cuando una mercancía pasaba por la Aduana y para su importación y posterior nacionalización se empleaban documentos falsos, ese último delito formaba parte del de contrabando, ya que con ese fin se había realizado la falsedad.

Respecto a lo aseverado por el Magistrado que salvó voto, manifiesta que durante la discusión del proyecto él expuso su criterio no compartido por la Sala, de que se trataba de un concurso y no de un delito complejo, pero que recuerde no se discutió con él que los hechos hubieran sido otros, es decir, que cuando Ospina matriculó los vehículos con los documentos falsos ya se hubiera agotado el contrabando.

En lo tocante a los razonamientos hechos por el Fiscal, sostiene que la providencia que resolvió sólo le permitió conocer apartes de la impugnación y en ésta hay un párrafo en que se transcribe que la conducta realizada por Ospina Baraya es la del numeral 2º, mientras que la decisión que ella suscribió cita apartes del proveído de primera instancia donde se afirma que el imputado era el importador directo de esa mercancía, y al refutar otros aspectos del memorial del Fiscal, el proyecto consignaba que la mercancía pasó por las Aduanas. Textualmente dice así: "Tan no hubo actitud de eludir el control aduanero, que fue precisamente por las aduanas donde se logró el contrabando, que no por fuera de ellas, como sería en el caso del numeral 2º del artículo 4º de la Ley 21 de 1987".

A la pregunta de si hubo algún error en la apreciación de los hechos, dice que es posible que le haya sucedido. Insiste en que no leyó la totalidad del concepto fiscal y que frente a la lectura de la ponencia consideró que ella se refería al delito complejo, aunque después que ha leído otras piezas procesales como por ejemplo la calificación del sumario, allí encontró que la Jueza dice que Ospina Baraya desplegó el trámite de nacionalización a espaldas de las autoridades aduaneras con apoyo en documentos falsos lo que lo colocaría en el numeral 2º de la citada ley, pero en el párrafo siguiente ella misma afirma que no le queda duda de la existencia de un contrabando de primer grado en la modalidad del numeral 3º de la misma ley.

b) Doctor Alix Eduardo Lucero Acosta: Explica que estuvo de acuerdo con la tesis del delito complejo porque en la ponencia se reitera que Ospina Baraya cometió unas falsedades para importar los vehículos que resultaron de contrabando. Las argumentaciones expuestas reflejaban la existencia de un delito complejo, mas no de un delito de contrabando por fuera de las aduanas o sea el numeral 2º del artículo 4º de la Ley 2ª de 1977, de manera que siendo así había que decretar la nulidad por inadecuada calificación.

Agrega que el concepto que tiene de delito complejo es el del numeral 3º de la ley mencionada, o sea cuando las falsedades son cometidas para importar o exportar. Bajo este conocimiento y una vez que ha examinado las distintas providencias de primera instancia, puede decir que no existía el delito complejo, pero esa afirmación la hace no por la ponencia que aprobó que mostraba a Ospina como un importador y las falsedades como cometidas para esa importación, sino por el conocimiento de las decisiones del *a quo*, a lo que llegó a raíz del pliego de cargos dictado en su contra.

A la pregunta de porqué no obstante las intervenciones del Magistrado que salvó voto y el memorial del Fiscal de la Corporación, siguió estimando que se trataba de delito complejo, contestó: "Si mal no recuerdo la ponencia que aprobé no transcribía esas partes precisas por las cuales se me pregunta y que fueron manifestadas en sus escritos por el Doctor Sánchez Novoa y el Fiscal, todo lo tomé para aprobar la ponencia, la vía (sic) en la misma como una opinión Fiscal y un salvamento de voto que lo hacían por el delito complejo del cual discrepaba el Doctor Mario Sánchez Novoa desde tiempo atrás, ya que con el anterior Tribunal al nuestro también salvaba voto porque él consideraba que no existía el delito complejo y eso debía ser concurso de delitos. En todo momento me atuve a lo dicho en la ponencia que aprobé, pero no a ningún examen del expediente o debate distinto que no fuera de la explicación de la ponencia".

Reitera que es posible que no existiera el delito complejo y sí el concurso de delitos, y que la ponencia aprobada no le hizo conocer lo importante, las pruebas de cómo se introdujeron esos vehículos, quién lo hizo, cuándo y quién los matriculó, esto último lo afirma a pesar de que tangencialmente lo dice la ponencia.

c) Doctor Alvaro de Jesús del Valle Oviedo: Relata que compartió la ponencia porque reflejaba con claridad que lo ocurrido en el proceso Ospina Baraya eran unos hechos que para ese momento en la jurisprudencia y la doctrina se concebían como delito complejo y no como concurso.

Asevera que no conoció el expediente y que la decisión tomada fue con base en la ponencia, que presentaba como realidad que el introductor directo de los vehículos fue Ospina y que ingresaron por las aduanas y fueron sacados de ellas con documentos falsos, para no pagar derechos arancelarios violándose así el bien jurídico de la economía estatal, por eso creyó que estaba frente al delito complejo.

En la providencia que se resolvió el recurso de reposición, en la página tres se destacó lo siguiente: "...Lo cierto es que el delito de contrabando de primer grado estaba consumado, puesto que el agente delictivo había introducido los géneros, *utilizando documentos falsos*, uso repetitivo luego para matricular los vehículos. Tan no hubo actitud de *eludir* el control aduanero, que fue precisamente *por las aduanas donde se logró el contrabando, que no por fuera de ellas* como sería el caso del numeral 2º del

artículo 4º de la Ley 21 de 1977...". Esa transcripción, las diversas citas y los puntos de vista del ponente, lo llevaron a entender que se trataba del contrabando complejo ya analizado.

Sobre el salvamento de voto del Doctor Sánchez, el indagado sostiene que él es una persona de poco hablar y está casi seguro que fueron muy pocas las razones que expuso en el debate cuando se discutió la ponencia, porque consignaba sus criterios por escrito. Los hechos que en esa oportunidad se analizaron se presentaron a la Sala con la idea de que había sucedido una cadena de actos delictuosos para llegar a un fin que era el contrabando, de allí que entendió que era un delito complejo.

Para el Doctor del Valle, la ponencia que negó la reposición fue más analítica sobre los hechos que la primera, y el Magistrado sustanciador tomó uno por uno los puntos del recurrente y los refutó, con argumentos que lo llevaron más a la certeza de que los actos eran constitutivos del delito complejo y no del contrabando por fuera de las aduanas como ponía de presente el señor Fiscal.

Para responder a otras preguntas reitera que actuó atendiendo a lo que reflejaba la ponencia, y que no conoció el expediente ni antes ni en los debates, por lo tanto no sabe si el proyecto está apoyado en la realidad procesal.

Termina diciendo que conocida la resolución de acusación contra los cinco Magistrados, pudo observar que tal como se plantean los hechos se pudo tratar de un contrabando de primer grado por fuera de las aduanas y no del complejo, lo que indica que es posible que como humanos hayan incurrido en un error pero sin que existiera una intención proclive, sino a unos puntos de vista jurídicos sin ninguna mala intención.

d) Doctor Jairo de Jesús Sosa Cárdenas: Afirma que no conoció la sentencia de primera instancia, y que la ponencia recogía el hecho de que los documentos falsos habían servido ante las autoridades para legalizar la introducción de la mercancía al territorio nacional, por lo tanto se daba el delito complejo de contrabando, sobre el cual ya existía un criterio de los Magistrados, con excepción del Doctor Sánchez Novoa que no compartía esa tesis y se limitaba a hacer constar en el acta su salvamento de voto, pero sin rebatir los hechos, por cuanto ya era ampliamente conocida su posición al respecto.

Y agrega: "No recuerdo que en la discusión del proyecto presentado por el ponente en el proceso que nos ocupa y que en definitiva resultó aprobado, el Doctor Sánchez haya manifestado que el hecho punible era precisamente el contemplado en el numeral 2º del mismo artículo que he mencionado en donde sí se da el concurso delictual de contrabando de primer grado y falsedad en documento público, pues como antes ya lo he dicho la discusión del proyecto se circunscribió al delito complejo a que hacía referencia el numeral 3º de ese artículo tal como lo he explicado. En cuanto a la estafa sí era un hecho factible de concurso delictual, pero en sí no fue contemplada independientemente, ni recuerdo que la ponencia igualmente lo hubiese tratado por cuanto que la decisión mayoritaria era la de anular todo el proceso como efectivamente se hizo".

Insiste en que nunca se consideró que la falsedad hubiera sido posterior a la introducción de la mercancía y por ello aceptó que se trataba de un delito complejo, luego siendo ello así, no había otra solución que tener por mal calificado el proceso. No leyó el expediente y se limitó a la presentación que hizo el ponente sobre los hechos.

Finalmente aclara, que por el estudio posterior que ha hecho del caso de Ospina Baraya, puede llegar a la conclusión de que el hecho imputado era el contemplado en el numeral 2° del artículo 4 de la Ley 21 de 1973, y en dicho evento sí se daba el concurso con la falsedad y no el delito complejo tal como fue aceptado por la Sala mayoritaria, pero la equivocación se debió al hecho de que el Juzgador de primera instancia en el contexto de su providencia ubicó el punible en el numeral 3° según consta en la sentencia, "y que la transcripción que se hizo en la primera ponencia en que se decretó la nulidad sobre la parte motiva de aquella sentencia simplemente ubicó el hecho punible en el artículo 4° de la citada Ley 21 del 77, que contempla tres hechos contrabandiales diferentes aunque eran objeto de una misma penalización".

c) Doctor José Heriberto Velásquez: Hace un recuento de los hechos y de la actuación procesal surgida en el negocio de Ospina Baraya, en donde no se pudo comprobar que este sujeto falsificara los documentos de modo que cuando el Juzgado Superior de Medellín promulgó el pliego de cargos, en la parte resolutiva lo hizo por contrabando de primer grado y en la motiva precisó que la conducta encajaba en la Ley 21 de 1977, artículo 4°, numeral 3°, esto es, contrabando de primer grado, el cual sólo puede ser realizado por importador que utilizu documentos falsos para defraudar a la economía nacional. No obstante que el Juez calificó la conducta así, puso a concursar el contrabando con la falsedad por uso de documentos públicos con estafa.

Respecto a la pregunta de cuáles fueron en concreto las conductas atribuidas a Rodolfo Ospina, contestó: "presentarse ante la oficina de Tránsito de Envigado como matriculador inicial adjuntando para ello documentos falsos atinentes todos a la importación, en efecto, los certificados de importación se expiden para que puedan iniciarse todo el trámite para traer una mercancía extranjera a territorio colombiano, posteriormente deben llenarse y presentarse por el importador los que en aquél entonces se llamaban manifiestos de importación y luego para obtener la liberación de la mercancía y perfeccionar y culminar el proceso de nacionalización el importador debe consignar el pago de las cargas impositivas que para esa nacionalización requiere, esto es, con los comprobantes de renta y Proexpo por manera que todos los documentos falsificados abarcaban todo un gran conjunto necesario no sólo para el acto de importar, sino para su culminación, esto es, la nacionalización.

Por la misma razón era acertado que el calificador tipificara la conducta en el multicitado numeral 3° nunca ni en la acusación fiscal de primera instancia, ni en el concepto fiscal del Tribunal, ni en la decisión del Tribunal que confirmó la radicación en juicio, ni en el salvamento de voto de aquel entonces consignado por el Doctor Sánchez Novoa, se puntualizó figura contrabandual diferente a esta del numeral 3° y es que la importación tuvo su tramitación irregular naturalmente en la Aduana de Cartagena, ¿por qué? además de que fueron vinculados como procesados algunos empleados de esa aduana resultó que un señor Flórez Secretario Ejecutivo de la Aduana de Cartagena, reconoció como suyas algunas de las firmas que en la compleja tramitación figuraban, un señor Zapata también empleado de esa aduana, reconoció algunos de los sellos como los que se utilizaban en su oficina y una señorita Soto tramitadora de tal aduana admitió que había dado curso a alguna de la documentación inherente a esa importación, por si fuera poco, y si no me equivoco al ser confirmado... mejor aún, en la sentencia de primera

instancia el Juzgado admite en su hoja catorce (14) de su providencia que algunos de los empadronamientos por los vehículos sí pasaron por la Aduana de Cartagena.

Al llegar al Tribunal en apelación la sentencia de primera instancia todo estaba entonces enmarcado dentro del contrabando de primer grado por la utilización de documentos públicos falsos, al recibirse concepto fiscal para nada se dijo que las conductas atribuibles a Ospina Baraya fueran diferentes o se tipificaran en cualquier otro numeral del artículo 4º Ley 21 de 1977...".

Invocando el acta respectiva, afirma que la ponencia que presentó era decretando una nulidad parcial, dejando la posibilidad de pronunciamiento sobre el delito de estafa, pero los Doctores del Valle, Lucero y Cuenca argumentaron y solicitaron que la nulidad fuera total.

Cree que no existió de su parte un error en la comprensión del problema y tampoco por parte de la Sala, y pese a su parquedad las actas demuestran que sí existió una comprensión de todos y mejor aún habiéndose presentado la oportunidad de discutir el tema para reponer o la reposición.

Para dictar la primera providencia no hubo lectura de ninguna pieza procesal, pero para la segunda sí fue leído el salvamento de voto del Doctor Sánchez Novoa, e incluso frente a la forma como el Fiscal lo tomó, él dejó una constancia, en el sentido de que no estaba dejando entrever en su salvamento algo malsano de sus compañeros de Sala.

Finalmente, insiste en que nunca se contempló la posibilidad de que el contrabando cometido fuese por fuera de la aduana, y da una explicación de la razón por la cual era necesario decretar la nulidad.

2º. Testimonio por certificación jurada del Doctor Hugo Rincón Jaimes, Fiscal del Tribunal Superior de Aduanas en el momento de los hechos.

Explica que la afirmación hecha en la declaración rendida inicialmente, respecto a que se buscaba que el proceso contra Ospina terminara por cesación de procedimiento, no fue porque se le hubiera informado tal hecho, sino porque lo dedujo de lo siguiente:

"a) Por lo expresado por el Magistrado Doctor Mario E. Sánchez Novoa, en su salvamento de voto, que textualmente dice: "Así pues, no comparto la determinación tomada por la Sala mayoritaria de anular un proceso fallado en primera instancia después de haber estado varios años en investigación para que regrese al Juzgado de origen a esperar la emergencia consagrada en el artículo 83 del nuevo Estatuto Penal Aduanero próximo a regir;

"b) Porque según mi criterio no existía ninguna nulidad;

"c) Porque en un caso similar causa contra Jorge Luis Ochoa, se absolvió por el delito de falsedad en documentos y se condenó por contrabando, como lo recordó el señor Magistrado que salvó el voto, en los siguientes términos: (aquí transcribe la parte pertinente del salvamento de voto) y porque según la cuenta que hice, antes de que el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Medellín, volviera a calificar definitivamente el sumario, habrían transcurrido los veinticuatro (24) meses establecidos en el ordinal 1º del citado artículo 83 del Estatuto Penal Aduanero".

III. Audiencia Pública

1º. En el interrogatorio formulado a los enjuiciados, ellos mantienen lo dicho en la ampliación de indagatoria, reiterando los Magistrados no ponentes que no conocieron el proceso y que se limitaron a lo consignado en el proyecto.

2º. Intervención del Fiscal Delegado ante la Corte.

Parte de que en las providencias dictadas en el proceso aduanero hubo una gran confusión conceptual, que tuvo su origen desde el llamamiento a juicio proferido por el Juez Superior de Medellín, en donde se mezclan indebidamente el contrabando de primer grado con el contrabando de segundo grado y a la vez esos mismos hechos constituían uso de documento público falsificado y estafa. Siendo inconsistente ese pliego de cargos, igualmente inconsistente es la providencia que lo confirmó, porque allí se repiten las mismas incongruencias considerativas.

Se dirá, y eso no lo puedo negar, opina el Fiscal, que justamente al llegar el proceso al Tribunal era la oportunidad para que se hiciera la claridad necesaria, y era deber de los Magistrados corregir todos esos yerros que habían venido cometiendo, pero nuevamente se reiteró la gran confusión conceptual sobre unos hechos que aún no han sido cabalmente interpretados, y eso se refleja en las actas en donde se discute un proyecto inicial presentado por el Doctor Velásquez en el que propone una nulidad parcial, y en la respuesta de otros Magistrados que estiman que la nulidad debe ser total, de modo que el debate giró no en torno de los hechos, ni siquiera de las decisiones que se habían tomado a través del proceso, sino alrededor del tema tradicional de si había o no delito complejo en los hechos conexos con el contrabando de primer grado, en el entendido de que la sentencia estaba referida a un contrabando de primer grado por las aduanas, sin percatarse de que la imputación era por contrabando por fuera de las aduanas, pero todo debido a la contradicción entre la parte motiva y la resolutiva del llamamiento a juicio. Ahí surge el salvamento de voto del Magistrado disidente que entiende que se trata de la misma discusión de siempre.

También entra en escena el recurso de reposición interpuesto por el Fiscal, en donde por primera vez se plantea que los hechos son diversos y que no es un contrabando por dentro de la aduana sino por fuera, por lo tanto se trata de un concurso de delitos y no de un delito complejo. Sin embargo, el memorial generó suspicacia, en cuanto les dice que si no sería que la nulidad buscaba favorecerle un determinado procesado con una ley de emergencia inminente, a la cual los Magistrados respondieron indignados, y la ponencia está dedicada, ya no tanto al proceso, como a responderle uno a uno los argumentos del Fiscal en una actitud de obcecación no motivada por la mala fe, sino más bien por mantener una posición frente a una suspicacia infundada, por eso el Fiscal expresa que tiene muchas dudas respecto al dolo que se les atribuye en la resolución de acusación.

A continuación se refiere al tema del momento consumativo del delito de contrabando, y se pregunta si termina con la nacionalización, o tratándose de un vehículo se requiere la matrícula, ya que sin ella no alcanza a vulnerar el bien jurídico tutelado, en la medida en que no es un bien comerciable y no es descabellado suponer que pueda considerarse que ese acto de matrícula es necesario para consumar el contrabando, posición que sabe que es discutible pero es posible.

Si se tiene como correcto el criterio de la Corte, en cuanto a que la matrícula es un acto posterior, surge otro problema, qué conexidad tiene eso con el delito de contrabando, por lo que hubiese correspondido discutir la competencia del Tribunal de Aduanas y de todas maneras anular total o parcialmente la decisión.

Acepta que sólo hasta ese caso se optó por declarar la nulidad, pero es un hecho inequívoco que de ahí en adelante el Tribunal aplicó la misma doctrina, y en consecuencia le parece muy complicado decir que a partir de ese momento todas las decisiones fueron dolosas.

Las situaciones por resolver en el caso Ochoa y el de Ospina Buraya eran exactamente iguales, de manera que ahí advierte un error protuberante, pero no cree que sea predicable el dolo.

Distingue la situación de los cuatro Magistrados que apoyaron el proyecto sin leer el expediente, de la del ponente, pero de todas formas está convencido de que siendo bastante errada la providencia, fue de buena fe, y al Doctor Velásquez se le puede censurar que no examinó bien el proceso, pero no cree que pueda decirse que la ponencia está teñida de dolo.

La petición es que se absuelva a los Magistrados, por considerar que no está dado el requisito de la manifiesta u ostensible ilegalidad de la decisión por la cual se les acusó, y si eso es así, mucho menos puede estar probado el dolo exigido para deducir responsabilidad por el delito de prevaricato.

3ª. Intervención del Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

Después de hacer el recuento de los hechos correspondientes al proceso aduanero y de las providencias que allí se dictaron, concluye que la sentencia del Juzgado Segundo Superior de Aduanas era de una claridad innegable frente a la existencia de un concurso de delitos y no de un delito complejo como luego lo afirma el Tribunal Superior desconociendo la claridad de esos hechos, por eso discrepa de la posición del Fiscal y acepta que hasta la calificación del sumario asistía razón a la Corte en cuanto a las deducciones que hiciera respecto a la culpabilidad de los procesados, involucrándolos a todos a título de coautores dolosos del hecho.

No obstante lo anterior, con las pruebas practicadas en la etapa del juicio y con las intervenciones de los acusados en la audiencia, estima que se han despejado sus dudas respecto a la culpabilidad, razón por la cual solicita la absolución, ya que si bien la conducta es típica, no puede reprochársele a título de dolo, única forma posible en el prevaricato.

Analiza lo expuesto por cada uno de los acusados en la ampliación de la injurada, y de allí infiere que "...pecaron por exceso de confianza, se entregaron a lo que en sus diversos proyectos les presentaba el conductor del proceso y ninguno de ellos se tomó el trabajo de examinar otras piezas procesales, menos aún el expediente mismo, para tratar de salir de un error en el cual no tenían conciencia de que estaban incurriendo..." y luego remata:

"Para esta representación del Ministerio Público la situación es clara: los encausados cuya situación se revisa fueron indolentes, confiados, ingenuos, mas nunca dirigie-

ron su conducta finalísticamente a proferir la decisión manifiestamente contraria a la ley, razón por la cual no cabe hacerles reproche penal a título de dolo y como quiera que el delito de prevaricato por acción no tiene prevista en la ley su modalidad culposa, forzoso es concluir en lo necesario de la absolución".

Respecto al Magistrado Heriberto Velásquez Ramos, asevera que su conducta no se dirigió a infringir la ley, sino que influido por su soberbia personal, por la rutina y por su particular concepción del delito complejo que consideraba aplicable a todos los casos de contrabando de primer grado, fue negligente en el cumplimiento de su función de administrar justicia y sin un adecuado estudio de la situación, resolvió como se había hecho en otros casos sin advertir sus diferencias fácticas.

Cree que el Doctor Velásquez no entendió el proceso contra Ospina Baraya, y no tuvo el cuidado de reexaminar la situación pese a la advertencia del Fiscal de la Corporación, pero su voluntad no estuvo dirigida a lograr el fin de proferir una providencia manifiestamente contraria a la ley.

4º. Intervención del defensor de la Doctora Nhora Currea García.

Empieza por recordar el criterio de la Corte, expresado en diversas providencias, sobre el delito de prevaricato, especialmente en cuanto que, cuando hay una pluralidad de criterios, decisiones o de normas aplicables, la escogencia de una de ellas no entraña decisión manifiestamente ilegal. Así mismo, que es necesario que el funcionario obre a sabiendas, esto es, que conociendo el derecho que tenía que aplicar, haya resuelto aplicar normas completamente distintas.

En lo atinente a si se trataba de delito complejo o concurso dice que es bastante discutible, y que si bien el debate sigue siendo arduo, existen razones válidas para concluir que la introducción al país de bienes, acompañados de falsedades coetáneas o posteriores puede generar delito complejo. "También lo relacionado con los actos posteriores, a pesar de la variación del bien jurídico, siempre que los actos procedentes y posteriores estén guiados por la finalidad vulnerante del interés diverso; y, en el caso concreto, que la falsedad pública por uso, con una forma hermenéutica histórica, queda incursa dentro de la falsedad agravada. Desde este punto de vista, nada se opone a la denominación de delito complejo". Así las cosas, no hay prevaricato ya que simplemente se siguió una ruta interpretativa soportada en doctrina y jurisprudencia.

Respecto a la nulidad, opina que el Tribunal obró correctamente, pues el artículo 210 numeral 5º del Código de Procedimiento Penal consagraba entre las nulidades legales "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

Equivocado o no, el Tribunal arribó a la conclusión de que se trataba de un delito complejo, contrario a lo plasmado en la calificación y en el fallo de primera instancia, entonces sólo había la alternativa de la nulidad.

Para el defensor de la Doctora Currea García, no es cierto que no se hubiera señalado la norma para efectos de la correcta calificación, pues basta mirar el auto de 9 de junio de 1987, especialmente a folios 7 y 8, para establecer que el Tribunal afirmó el artículo 4º numeral 3º de la Ley 21 de 1977.

La situación del proceso contra Ochoa no es igual al de Ospina, porque en la anterior no había sentencia por concurso, ya que esto había sido remediado por el *a quo*, luego no era necesaria la declaración de nulidad, como en el que nos ocupa no se había realizado el saneamiento, era inevitable la drástica solución.

Finalmente, hace algunas especulaciones para concluir que no hay prueba de que los Magistrados querían favorecer al procesado con la prescripción de la acción, y para sostener que no actuaron con dolo.

5º. Intervención del defensor del Doctor Eduardo Lucero Acosta.

Se confiesa "desacomodado espiritualmente" porque el epílogo de la carrera de los Magistrados sea este proceso, y además "aterrado" de que todo consista en un manejo de verdades, en un juego de verdades, en donde alguien tiene el poder para decretar que es verdad y el que tenga otra verdad está complicándose penalmente.

También lo "aterra" que en la resolución de acusación se hubiera dicho que en este caso no existía delito complejo, porque el tema es tan difícil que es una ilusión pretender aclararlo. La Corte tomó su posición como la verdad y la de los señores Magistrados del Tribunal como equivocada, y de ahí la afirmación de que es ostensiblemente contraria a derecho.

No es claro que introducir la mercancía al país, matricularla y venderla sean tres conductas humanas diferentes, pero aún así, eso no es incompatible con la figura del delito complejo, porque puede existir pluralidad de acciones y delito complejo. No entiende que una persona vaya a importar un vehículo que no puede circular sin matrícula y aspire a excluir de su comportamiento delictivo el momento fundamental que es la matrícula, haciendo la acción de una forma inaceptable.

El artículo 23 del Decreto 951 de 1987 incorpora como delito de contrabando interno, vender mercancías ingresadas de contrabando, siempre que el sujeto activo no haya participado en esa conducta, y en el artículo 25 se tipificó el delito de contrabando por matrícula irregular de automotores traídos ilegalmente al país, de modo que sigue sin ver claro que el momento de matricular el vehículo o incluso venderlo sea una conducta diferente a la de ingresar ilegalmente mercancía al país.

También relata que una de sus grandes decepciones como abogado es ver el desvanecimiento de la institución de las nulidades, como único mecanismo para hacer eficaz la legalidad de los procesos. Si los acusados decretaron esa nulidad "fue seguramente porque aún les quedaba, como a mí me queda la nostalgia de la nulidad cuando la nulidad funcionaba como mecanismo garantizador de la legalidad, así pido que se entienda ese auto, seguramente excedido o comparado o con referencia, a lo que ustedes señores Magistrados entienden ahora, el sentido y el contenido de la nulidad, desde la perspectiva actual toda nulidad o muchas nulidades serían ilegalmente declaradas, porque esto se ha devaluado lamentablemente mucho...".

Para terminar sostiene que la decisión del Tribunal no es contraria a derecho y mucho menos de manera ostensible; y si se quisiera calificar de esa manera, tampoco se podría inferir la mala intención o el dolo. Solicita que su defendido sea absuelto.

6ª. Intervención del Doctor Daíro Sosa Cárdenas y su defensor.

El acriminado cree que la investigación se inició por suspicacia del Fiscal del Tribunal debido al nombre del sindicado, porque en muchos procesos que mencionaron igual decisión nunca hubo reparos. También fue suspicaz la Corte, porque los investigó primero patrimonialmente para ver si se habían enriquecido ilícitamente.

Pide que se tenga en cuenta que ellos actuaron como abogados y si se equivocaron para eso estaban las instancias. Sobre las normas de emergencia se dijo que eran para favorecer a un determinado sindicado de un contrabando millonario y el proceso terminó y ni siquiera salió en la prensa ninguna alusión al respecto, sin embargo, los Magistrados sí están cuestionados hasta por contrabando de vehículos como apareció la noticia.

El defensor inicia haciendo un alto elogio de su defendido y de los demás implicados, a quienes conoció por su condición de Conjuez del Tribunal, lo que le permite desde un punto de vista subjetivo afirmar su inocencia y coadyuvar la posición del Procurador cuando dijo que si existiera la figura del prevaricato culposo, tal vez podría pedir ese tipo de calificación.

Se refiere a las respuestas dadas por los encausados en el interrogatorio, y concluye que no cree posible que los cinco Magistrados en quienes siempre vio hombres íntegros en la aplicación de la justicia, pudieran concertarse para actuar dentro de la figura del prevaricato, con respecto a una persona que duda que alguno de ellos siquiera lo conozca.

En concepto del defensor en uso de la palabra, los implicados obraron conforme a derecho, y si por parte del Fiscal hubo objeciones fue por exceso de celo. La posición del Magistrado disidente era una conducta reiterada de su parte cuando se hablaba de delito complejo, de modo que lo que la mayoría hizo al decretar la nulidad era lo que cualquiera hubiera hecho, incluso él como Conjuez. Termina reiterando que no existió intención dolosa en la actuación de su representado.

7ª. Intervención del defensor del Doctor Alvaro del Valle Oviedo.

Expresa que después de haber escuchado las intervenciones de quienes lo precedieron en el uso de la palabra, muy poco es lo que hay que agregar, de modo que se adhiere a esas consideraciones y a la petición de que los ex Magistrados deben ser absueltos.

Comparte la opinión expuesta por el Fiscal sobre la confusión conceptual respecto a la valoración que se le da a los hechos que motivaron la actuación aduanera y para fundamentar esa apreciación recuerda la actuación en los Juzgados de instancia, y después los cargos imputados a los Magistrados en la resolución de acusación.

Asegura que el uso del documento público falso forma parte de la noción del contrabando complejo, ya que como lo sostuvo el Doctor Velásquez en la audiencia, el punible se agotaba al momento de ser inyectada la mercancía en el tráfico comercial y eso ocurría con la matrícula. Desde el punto de vista teórico la decisión del Tribunal no merecía objeción ninguna, ya que se trata de un tema de arduo debate en la doctrina penal, de suerte que reacturaliza la discusión en torno al concepto de la acción, al concepto ontológico de acción y el típico de acción.

Admite que de acuerdo con las copias aportadas no hay antecedente alguno de que en circunstancias similares se hubiera decretado la nulidad, pero desde el punto de vista

de la tendencia en la solución de ese tipo de situaciones, las copias sí revelan que era la nulidad, pues siempre resolvieron de esa forma la discordancia entre el supuesto fáctico acreditado en el proceso y la denominación que a ello se diera.

En el caso Ospina Baraya había esa discordancia en la calificación al considerar que el uso de documento público falso integraba la noción de delito complejo, y la solución dada correspondió a la tendencia que había observado el Tribunal. Es posible que la medida más conveniente, la más adecuada fuera absolver por el exceso, pero la determinación de los Magistrados, aunque pueda parecer conveniente, no es ilegal y mucho menos de manera manifiesta.

La decisión tomada es lógica, ya que si se creían que el hecho denominado uso de documento público falso debía continuar siendo punible, sólo que la punibilidad debía hacerse dentro de la fórmula del delito complejo, al no absolver y optar por la nulidad estaban siendo perfectamente consecuentes con el razonamiento del cual partían.

Por sentirse relevado de referirse a muchos otros aspectos, termina su intervención insistiendo en que así se considere errada la providencia de los ex Magistrados, y que no actuaron con el suficiente esmero al estudiar el caso, eso no significa que hayan realizado delito de prevaricato, y mucho menos que hayan obrado de manera torcida, intencionada a contradecir manifiestamente la ley y el derecho que debía declararse para el caso. Solicita que se falle la causa absolviendo a su defendido.

8ª. Intervención del defensor del Doctor José Heriberto Velásquez.

Empieza por considerar que subjetivamente todos los hechos indicadores constituyente un único indicio de buena fe, atendida la hoja de vida intachable de los enjuiciados. Sin embargo, para objetivar el problema, se pregunta qué hubiera ocurrido si la decisión que se hubiera tomado no hubiese sido la nulidad sino otra. ¿se habría evitado la prescripción de la acción respecto a Ospina Baraya?

Contando los términos de una sentencia absolutoria por falsedad y condenatoria por el contrabando, no habría alcanzado a quedar ejecutoriada antes de entrar en vigencia la normatividad extraordinaria, y por tanto, fatalmente también habría prescrito el proceso, esto es de acuerdo con la interpretación que en su momento se le dio a las normas de emergencia.

También se pregunta, si realmente la decisión hubiera estado inspirada en favorecer a un procesado, ¿no habría sido más fácil acoger el criterio Fiscal, o acceder al criterio del Magistrado disidente, o escudarse en el recargo de trabajo para esperar que llegara el momento de la prescripción sin pronunciamiento alguno?

Siguiendo por el mismo camino, llega a la conclusión de que había sido eventualmente más fácil decretar una nulidad con un fundamento distinto, consistente en que el Fiscal planteaba en la reposición la posibilidad de que los hechos se encuadraban en el numeral 2º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, y la acusación se refería al numeral 3º. De manera que nada lo lleva a pensar, que una torcida intención de favorecer a una persona hubiera sido la causa de la decisión que se adoptó.

En cuanto al aspecto objetivo, estudiando la determinación del Tribunal cree que es discutible, objeto de diversas posiciones jurídicas, pero no encuentra que haya sido

torpe o absolutamente contraria a la lógica, porque hay distintos aspectos de las providencias que se dictaron en ese caso que son confusas. No existe claridad sobre si el contrabando fue por fuera o por dentro de la aduana, y en la indagatoria del Doctor Velásquez encuentra que hay elementos de juicio que llevan a concluir que los vehículos sí pasaron por la aduana "porque hay funcionarios de la aduana que reconocen sus firmas, porque hay una funcionaria que admite haberle dado trámite a los documentos referentes a esos vehículos, luego parece ser que sí pasaron los vehículos por la aduana...".

La tesis del delito complejo, incorporando el uso de los documentos falsos en la matrícula, vino a aparecer en el Tribunal; el calificatorio refería el uso de los documentos falsos no para la matrícula sino para el proceso de importación y escindió naturalística y jurídicamente el uso de los documentos falsos, componiendo un delito de contrabando complejo, en concurso con uso de documentos falsos para la matrícula.

Si el Tribunal consideraba que el acto de la matrícula hacía parte de los actos de importación, no podía al momento de fallar incluir un supuesto fáctico que no había sido incorporado en la acusación. La nulidad era una de las alternativas posibles, y aún pensando que no era factible jurídicamente, tiene que acogerse que actuaron con buena fe como lo demuestran los hechos indicadores.

Solicita que se absuelva al Doctor José Heriberto Velásquez, así como a los demás integrantes del Tribunal Superior de Aduanas.

IV. Consideraciones de la Sala

1ª. A este proceso fueron vinculados mediante indagatoria los Doctores Nhora Correa García, Eduardo Lucero Acosta, Dairo Sosa Cárdenas, Alvaro del Valle Oviedo y José Heriberto Velásquez Ramos, ex Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, calidad demostrada con las copias auténticas de las actas de nombramiento y posesión, por hechos ocurridos cuando desempeñaban ese cargo, los cuales dieron lugar a la resolución de acusación dictada en su contra por prevaricato por acción.

2ª. Como los acusados, el Fiscal y los defensores de los Doctores Alvaro del Valle y José Heriberto Velásquez, coinciden en apoyar parte de su argumentación sobre la base de que en la providencia calificatoria y en la sentencia de primera instancia, hubo una gran confusión conceptual, es importante analizar lo que en esas piezas procesales se consignó:

El Fiscal Segundo Superior formuló acusación en la que de manera muy breve dice que el contrabando lo constituye la introducción al país de los vehículos cuestionados "al margen de las barreras aduaneras"; la falsedad por haber usado documentos públicos falsos para la matrícula; y la estafa por haber vendido los automotores haciendo creer a los adquirentes que habían sido legalmente importados.

El Juzgado Segundo Superior afirma que acoge la acusación del Fiscal y dicta el llamamiento contra Ospina Baraya, en cuyos considerandos expuso:

"La prueba reseñada conlleva a demostrar plenamente que los seis vehículos marca Toyota objeto de la investigación ingresaron al país sin haber agotado previamente los trámites de nacionalización, a espaldas de la autoridad aduanera y con apoyo en

documentos falsos, presentándose como indudable el propósito del importador de incorporarlos al comercio nacional. En el logro de dicha empresa fueron varios los hechos punibles cometidos, existiendo prueba suficiente de ellos.

"El primero de los ilícitos en configurarse, respecto a cada unidad, es el de contrabando, tanto en la modalidad de primer como de segundo grado. Acreditado está que todos los automotores son de procedencia extranjera, sujetos al régimen de licencia previa en la época en que se produjo su internación, la que en vez de encausarse por los trámites señalados en las leyes y reglamentos aduaneros se orientó más bien por el sendero de la ilicitud, acudiendo a la falsificación integral de los documentos considerados aptos para demostrar la nacionalización. Y si bien, respecto a las fechas de ingreso de la mercancía a territorio colombiano, la investigación no informa otras distintas a las consignadas en manifiestos y anexos falsos, en sana lógica debe considerarse que en éstas se produjo la introducción, habida cuenta que si se recurrió a falsificar documentos de esta naturaleza fue con la finalidad de darles apariencia de legalidad desde el momento mismo de traspasar las fronteras patrias, pues de la mayoría de ellos se podía prescindir en la tramitación de las matrículas, bastando para el acto la presentación del certificado sobre nacionalización. *Ante tal acontecimiento, no queda duda de la existencia de un contrabando de primer grado, en la modalidad aludida en el numeral tercero de la norma que lo tipifica, artículo 4º de la Ley 21 de 1977.* Ahora, habiéndose empleado para efectos de los empadronamientos, efectuados en épocas diferentes ante el tránsito de Envigado (Ant.), manifiestos, anexos a estos y certificados de nacionalización, apócrifos, *se configura igualmente el ilícito de uso de documento público falso, consagrado en el artículo 222 del C. Penal*" (destaca la Sala).

Además de la situación de Ospina, la providencia precisa la objetividad del contrabando de segundo grado, imputable a quienes adquirieron los vehículos después de estar en territorio nacional y, a los funcionarios del tránsito de Envigado que intervinieron en su matrícula y traspaso, de los cuales termina llamado a juicio a Alvaro de Jesús Restrepo Arango, por contrabando de segundo grado y prevaricato por acción, al tiempo que los demás vinculados, a unos sobreseyó y a otros les ordenó el archivo del sumario conforme al artículo 53 del Estatuto Penal Aduanero.

Hasta aquí se observa lo siguiente: la acusación del Fiscal es por contrabando de primer grado por fuera de las aduanas, por eso es que textualmente dice al hacer la imputación "al margen de las barreras aduaneras". El Juzgado Superior dice que acoge la acusación, pero llama a juicio por contrabando por dentro de las aduanas, de ahí que cita el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, que se refiere a "quien importe o exporte mercancía valiéndose de afirmaciones o documentos falsos o cualquier otro medio delictivo". Pese a esto, en buena parte de la motivación sostiene que el contrabando ocurrió por fuera de las aduanas, hipótesis que corresponde a la descrita en el numeral 2º del citado artículo 4º.

En la providencia del Tribunal -entonces integrado por otros Magistrados, salvo el Doctor Sánchez Novoa- que resolvió el recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado Alvaro de Jesús Restrepo, nada se aclaró sobre el punto en comento, pues, en cuanto a Ospina Barajas se limitó a confirmar su enjuiciamiento sin modificaciones, diciendo simplemente, "con sus actuaciones dolosas incurrió en las conductas antes descritas".

Esto significa, como lo destaca el defensor del Doctor Velásquez, que el llamamiento a juicio quedó integrado por un contrabando de primer grado, del llamado complejo, porque para cometerlo se utilizaba como medio documentos falsos o cualquier otro delito (art. 4º numeral 3º Ley 21 de 1977), falsedad por uso de documentos públicos falsos para la matrícula y estafa cometida en perjuicio del comprador Juan de Dios Ospina, a quien Ospina le hizo creer que la procedencia de los vehículos era lícita.

La motivación del enjuiciamiento fue tan confusa, que el Doctor Sánchez Novoa, al participar en la Sala que lo confirmó, no se dio cuenta de que aprobó un contrabando complejo respecto del cual siempre salvaba voto. El creyó que se trataba de un contrabando por fuera de las aduanas en concurso con falsedad por uso, pero no advirtió que al adecuar la conducta en el tipo del numeral 3º tantas veces citado, ello implicaba que el punible era por dentro de las aduanas y mediante otro delito que quedaba comprendido en el contrabando, más la falsedad por uso y la estafa.

Y en el mismo error incurrió el Fiscal en el memorial con el cual interpuso el recurso de reposición, en donde textualmente dijo:

"a) El delito que se le imputa al procesado Rodolfo Ospina Barraya *es el contrabando de primer grado, en la especie prevista en el ordinal 2º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, consistente en importar mercancías sin presentarlo a las autoridades aduaneras para su nacionalización o eludiendo la intervención de los mismos*, que es un delito de carácter instantáneo que se consumó desde el momento en que se introdujo la mercancía al país sin los requisitos legales o reglamentarios" (destaca la Sala).

En la sentencia de primera instancia, el Juzgado Segundo Superior absolvió a Restrepo Arango del punible de contrabando de segundo grado y condenó a Ospina por los cargos formulados en el llamamiento a juicio, manteniendo el vacío de no precisar la razón por la cual la conducta era ubicable en la figura del contrabando por dentro de las aduanas.

3º. Recurrida la sentencia, y al resolver el Tribunal la apelación interpuesta contra ella, el error cometido por el Juzgado Segundo Superior al manifestar que acogía la acusación del Fiscal, cuando en realidad llamó a juicio por un tipo de contrabando diferente, jugó nuevamente un papel importante, como pasa a verse:

El Tribunal, a diferencia de lo que había entendido el Doctor Sánchez Novoa, y el Fiscal, tuvo en cuenta que el enjuiciamiento era por contrabando del numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, lo cual conlleva que esto se hubiera cometido mediante falsedad u otro delito, motivo por el que la jurisprudencia la denominaba contrabando complejo. Pero erróneamente extendió la figura hasta el uso de documentos falsos para la matrícula, hecho ocurrido cuando el contrabando ya estaba consumado, circunstancia que indicaba que no había sido un medio para él y por lo tanto era acertado hablar de concurso.

Además entendieron los acusados, que al quedar el uso de los documentos públicos falsos calificado como un delito independiente y no formando parte del contrabando, había error en la denominación jurídica y por lo tanto procedía decretar la nulidad.

Salvó voto el Doctor Mario Sánchez, y en el escrito manifestó las razones de su desacuerdo, delimitando los hechos que eran constitutivos de cada uno de los delitos,

pero manteniéndose en el error de no advertir que desde el llamamiento a juicio el proceso traía un concurso entre contrabando complejo, falsedad por uso y estafa. También expresó su distanciamiento de la declaración de nulidad, dando como argumento que en el proceso contra Jorge Luis Ochoa el Juez había absuelto por la falsedad y condenado por el contrabando, decisión que con ponencia del mismo Magistrado había sido confirmada.

Al salvamento de voto le siguió la interposición del recurso de reposición por parte del Fiscal, en memorial en el cual acoge los planteamientos del Magistrado disidente, e insiste en que el uso de los documentos públicos falsos ocurrió cuando el contrabando ya estaba consumado, pues para esto no se requiere que el agente matricule los vehículos.

Aceptando a título de suposición que existiera delito complejo que comprendiera la falsedad por uso, se opone a la declaratoria de nulidad con las siguientes explicaciones:

"Supongamos ahora que hubo delito complejo y que el cargo ha debido formularse únicamente por el delito de contrabando de primer grado, en la especie prevista en el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977. En este evento, no es procedente invalidar el procedimiento realizado, para que la infracción contra el orden público económico quede impune, porque el problema se resuelve absolviendo por el delito de estafa y condenando por el contrabando. Así se hizo en el proceso contra Jorge Luis Ochoa Vásquez, en que actuó como Magistrado Ponente el mismo que sustancia esta causa, como oportunamente lo recuerda el Doctor Sánchez en su salvamento de voto.

"Surgen, entonces, los siguientes interrogantes: ¿por qué ante situaciones iguales diferentes tratamientos? ¿Por qué lo que fue jurídico en el caso de Ochoa Vásquez no lo es en el presente? ¿Por qué si en el proceso contra Ochoa Vásquez se incurrió en el mismo error, no se declaró la nulidad del juicio? ¿Será que se busca la aplicación del artículo 83 del nuevo Estatuto Penal Aduanero que empezará a regir el primero de julio próximo, como se da a entender en el salvamento de voto?

"d) Pero es más, volvamos a suponer que hubo un delito complejo y que no ha debido abrirse causa criminal por los delitos de contrabando de primer grado y falsedad en documentos. ¿A caso esto constituye la nulidad prevista en el ordinal 5º del artículo 210 del C. de P. P. por haberse incurrido en el pliego de cargos en error relativo a la denominación de la infracción? No, no hubo error, porque el error en la denominación jurídica de la infracción se comete cuando se da al hecho punible una calificación legal que no es la que corresponde. En el caso *sub judice* las pruebas demuestran que se trata de un contrabando de primer grado y se enjuició por un delito de contrabando de primer grado. Si la falsedad en documentos -que la hubo- por ser un delito medio (se supone) integrada por delito complejo de contrabando, basta con absolver por esta infracción, como se hizo en el caso de Jorge Luis Ochoa Vásquez".

La respuesta del Tribunal a cada uno de los aspectos propuestos en el salvamento y en la sustentación del recurso se puede resumir así:

a) Rechaza la idea de que el delito de contrabando imputado a Ospina fuera del numeral 2º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, y sostiene que fue por el numeral 3º, "y fue por ello, por lo que discutió sobre la realidad del delito complejo";

b) Dice que no es verdad que los documentos falsos se hubieran usado únicamente para la matrícula. "Lo cierto es que el delito de contrabando en primer grado estaba consumado, pues que el agente delictivo había introducido los géneros, *utilizando documentos falsos,* uso repetitivo luego para matricular los vehículos";

c) Considera que quedando la falsedad por uso dentro del delito complejo, no podía absolverse por éste y condenar por contrabando, porque atentarían contra el derecho de defensa. En el caso de Ochoa Vásquez que menciona el recurrente, "...el Juez de primer grado tuvo oportunidad de enmendar la acusación fiscal dentro de la sentencia, brindando al *procesado presente los medios de defensa dentro de la etapa de juicio...*";

d) Y a la afirmación del recurrente de que no hay error en la denominación jurídica, que la Sala afirmó en el fallo atacado que los documentos falsos fueron el medio para perfeccionar el contrabando de primer grado, de modo que "no cae en cuenta el impugnante que ese aspecto consagra *conductas diferentes, distintas y autónomas,* como que se trata de la importación de géneros prohibidos; de la importación de bienes de libre y previa licencia, pero eludiendo el control aduanero; del delito complejo de contrabando que abarca a géneros prohibidos o ilícitos pero valiéndose de medios delictivos".

Confrontando los planteamientos contenidos en el salvamento y en la sustentación del recurso con las respuestas del Tribunal, encontramos:

a) Le asiste razón en cuanto a que la acusación contra Ospina Baraya fue por contrabando de primer grado en la modalidad del numeral 3° del artículo 4°, aspecto sobre el cual efectivamente están en un error tanto el Magistrado disidente como el Fiscal;

b) El Tribunal se equivoca al insistir en que el uso de los documentos públicos falsos para efectos de la matrícula es un hecho comprendido dentro del punible de contrabando, pues esa actuación que denomina "uso repetitivo de los documentos falsos" tipifica otro delito, y es la razón por la cual el llamamiento a juicio y la sentencia siempre hablaron de concurso. Teniendo los Magistrados claridad sobre el concepto del llamado contrabando complejo (así lo demostraron en la ampliación de las indagatorias), en el cual la falsedad o cualquier otro delito debían ser un medio para la importación o exportación de la mercancía es incomprensible que en este caso persistieran en esa conclusión.

Con toda razón, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal empieza su intervención en la audiencia advirtiendo que discrepa de la Fiscal, y luego de hacer un recuento pormenorizado de los hechos y las determinaciones tomadas en el proceso concluye: "...no cabe duda... que esa providencia, que esa sentencia del Juzgado Segundo Superior de Aduanas era de una claridad innegable frente a la posibilidad del concurso de delitos y no la existencia de un delito complejo como luego se afirma en el Tribunal Superior de Aduanas...".

La Sala no desconoce que el tema del delito complejo le hace honor a su nombre, que la doctrina es muy profija en el planteamiento de dificultades, pero de ningún modo eso impide que la Corte pueda afirmar categóricamente, así el defensor del Doctor Lucero Acosta se aterre, que el Tribunal erró al considerar en la ponencia que la situación encajaba dentro del contrabando complejo, sobre el cual era abundante la jurisprudencia de la Corte y ellos habían tomado muchas decisiones con salvamento de voto del Doctor

Sánchez Novoa. Se trataba simplemente de que los Magistrados aplicaran su concepto sobre ese tema al caso de Ospina Barraya, como lo habían hecho en tantas otras oportunidades, pero no lo hicieron.

Con esta consideración esté de acuerdo el Procurador Tercero Delegado en lo Penal y así lo manifestó en la audiencia. Los propios acusados, Doctores Nhora Correa, Eduardo Lucero, Alvaro del Valle y Dairo Sosa, luego de hacer precisión sobre los hechos del proceso aduanero, admiten que no corresponde a la figura del contrabando complejo.

El defensor del Doctor Eduardo Lucero debería saber que la dificultada búsqueda de la verdad, más en cuestiones jurídicas, no debe llevar a la dolorosa conclusión de no poder dar con ella ni tampoco que varios, en un momento dado, puedan coincidir en su definición y hallazgo. El delito de prevaricato por acción, en cuanto traduce un intolerable apartamiento del derecho que debió aplicarse, constituye en real posibilidad la de determinar cuál era el derecho discernible que el funcionario repudió, como también la de ser factible predicar las características de un comportamiento de esta índole. Que no siempre sea expedito el camino, es cuestión que no permite deducir una incapacidad del hombre y concretamente del juez por saber cuál es la verdad ofendida sin legítima razón. De no, el hombre tendría que renunciar a su condición de ser pensante y no sólo la administración de justicia, sino casi todas las actividades humanas se verían en igual predicamento.

Por eso en el caso *sub judice*, no sólo la Sala sino todo jurista que se adentre en la contemplación desprevenida y consciente del caso, podrá saber cuál fue la verdad jurídica rechazada y la comprensión adecuada de esta situación. Claro que podrán darse motivos de controversia, de apreciación diferente, pero todo esto lejos de llevar confusión auspicia el correcto entendimiento del asunto.

La tesis sostenida por los defensores, consistente en que podría admitirse al menos como discutible que el contrabando de vehículos se perfecciona con la matrícula, no es de recibo, y para demostrarlo basta tener en cuenta, que precisamente una de las conductas constitutivas del delito de contrabando de segundo grado es intervenir en matrícula o traspaso de automotor no nacionalizado (numeral 5° del artículo 6° de la Ley 21 de 1977), lo cual indica que para ese momento el contrabando se entiende ya consumado y el autor de esa conducta puede ser un tercero.

Tampoco puede ser admitido el argumento de que el uso de documentos falsos para la matrícula es un acto copenado, planteamiento que esboza el defensor de la Doctora Nhora Correa sin mayores explicaciones, pues como ya se precisó, ese comportamiento fue independiente y posterior a la introducción de la mercancía al país. Con mayor razón es descartable esa tesis para la estafa, en la cual incurrió el implicado después de la matrícula, con una acción y un propósito cuya individualización no resulta serio poner en duda.

Del hecho de que la ley prevea que para circular los vehículos en Colombia deben ser previamente matriculados, no puede inferirse que el contrabando se perfecciona con la matrícula, ni que muchos automotores introducidos ilícitamente al país no circulen sin

ese requisito, como lo entiende el Fiscal y el defensor del Doctor Eduardo Lucero, una persona puede entrar un automotor a territorio patrio por dentro o por fuera de las aduanas, y una vez en el interior utilizarlo con documentación falsa o sin ella, sin que el hecho de no haberle matriculado impida que ese comportamiento se califique como un contrabando consumado.

En síntesis, no obstante las diversas ideas expuestas por los defensores, para la Sala no hay duda de que la consideración del Tribunal sobre el delito complejo es errada.

4°. Afirmada la existencia del delito complejo, el Tribunal dedujo como consecuencia inmediata que había error en la denominación jurídica, lo cual hacía procedente la declaratoria de nulidad en el proceso al amparo del numeral 5° del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente.

La causal de invalidación prevista en la norma citada no se refería a cualquier falla cometida en la calificación, como pretende hacerlo ver el defensor de la Doctora Nhora Correa, sino concretamente al error en cuanto al *nomen juris*, esto es, al nombre genérico que correspondía darle a los hechos establecidos en el proceso. Ante la imposibilidad de dictar la sentencia por un delito distinto al imputado en el pliego de cargos, la nulidad era la salida procesal prevista para ese escollo.

Para junio de 1987, fecha en la cual se pronunció el Tribunal, el tema de la nulidad por error en la denominación jurídica ya había tenido un extenso desarrollo doctrinal y jurisprudencial, de manera que no exigía un esfuerzo intelectual excepcional para entender que dicho error no se daba en ese caso, pues los hechos fueron acertadamente calificados como contrabando de primer grado, falsedad por uso de documento público falso y estafa. La claridad del tema alcanza tal grado, que es muy significativo que ni los acusados ni sus defensores se atrevan a cuestionar ese aspecto de la resolución de acusación. En el proceso contra Ospina Baraya no existió error en la denominación jurídica ni aún creyendo en la errónea tesis del delito complejo.

El Tribunal no dice por qué consideró que hubo error en la denominación jurídica, ni de la confusa y breve motivación se puede inferir la razón. Es más, lo obvio, lo lógico, es que al aplicar esa causal de nulidad se diga cuál es el *nomen juris* que han debido darle a esos hechos, única forma de poder justificar la decisión de anular.

El defensor de la Doctora Nhora Correa, tergiversando lo dicho en la resolución de acusación, afirma que a los implicados se les formuló un cargo por no haber citado la norma que tipifica el delito complejo, lo cual no es cierto, pues lo que allí se dice es, que si la denominación jurídica dada en primera instancia no era la que correspondía, entonces han debido decir cuál era la correcta, indicando el tipo aplicable.

Al estimar los acriminados que la falsedad por uso estaba comprendida dentro del contrabando complejo de primer grado, no se estaba desconociendo que la denominación de cada delito no fuera correcta, sino que ese hecho no podía sancionarse dos veces, razón por la cual bastaba, que previa la motivación correspondiente, se modificara la sentencia apelada en el sentido de condenar únicamente por contrabando de primer grado en concurso con la estafa, absolviendo por el delito autónomo de falsedad por uso, para evitar la violación del principio de *non bis in idem*, en la medida en que esa conducta ya estaba sancionada dentro del contrabando.

Cabe recordar en este momento que la estafa fue juzgada en ese proceso en virtud de la conexidad, razón por la cual era competente la justicia aduanera para dictar el fallo correspondiente sobre ese delito.

Con la determinación de absolver por la falsedad por uso, no se produce ninguna violación al principio lógico de no contradicción, como lo sostiene el defensor del Doctor Velásquez, pues no es que se le considere responsable y no responsable al mismo tiempo, sino que, al quedar sancionado el hecho con la figura del contrabando complejo, no puede subsistir como delito autónomo para ser penado nuevamente, razón suficiente y lógica para absolverlo de ese cargo. En otras palabras, no se le absuelve porque no sea responsable, sino porque ese hecho ya fue objeto de sanción como parte integrante de otro delito.

Este procedimiento, que su compañero de Sala les pidió que adoptaran, y que les repitió el Fiscal en términos muy claros y precisos, recordándoles, los dos, que antes ya lo había empleado en el proceso de Ochoa Vásquez, fue desatendido, y en su lugar, se profirió una nulidad que no era necesaria, y que, como ya vio, se amparó en una causal que tampoco era aplicable.

Dos meses antes de resolver el caso de Ospina Baruya, exactamente el siete de abril de 1987, con ponencia del mismo Magistrado, Doctor José Heriberto Velásquez, el Tribunal dictó sentencia de segunda instancia contra Jorge Luis Ochoa Vásquez, y en ese texto que obra en el proceso, registran que el acusado fue llamado a juicio por contrabando de primer grado en concurso con falsedad en documento, pero en la sentencia, al admitir el juez que se trataba de un delito complejo, condenó por contrabando y absolvió por falsedad como era lo procedente. De ese proveído es lo que a continuación se transcribe:

"Empero, por lo fatragoso de la acusación, queda cobijado por la falsedad por uso tan sólo Jorge Luis Ochoa Vásquez, como si fuera concursante con el delito contra el orden público económico. Ya en el debate público, hasta por planteamiento Fiscal, se conrumbó la debida consideración de las conductas al plantearse la existencia del delito complejo.

"Existiendo, como es incuestionable, el uso de documento público falso, el mismo quedó subsumido en el contrabando de primer grado. Estando ante un delito medio, para llegar al delito final. La adecuada consideración tenía que edificarse sobre el pilar interpretativo que, por mayoría de sus componentes, ha dado el Tribunal Superior de Aduanas, el pasado y el actual, de que en caso como éste hay un solo delito, que por ello doctrinariamente ha sido llamado como complejo. *Lo anterior explica y razona el fallo absolutorio por falsedad impartido en pro de Ochoa Vásquez*" (destaca la Sala).

El Doctor Velásquez Ramos, insistió a través de todo el proceso que los casos Ochoa y Ospina eran diferentes, pero con explicaciones completamente insatisfactorias como se verá a continuación.

En la indagatoria dijo:

"...ante las suspicacias del Fiscal del Tribunal en la providencia de esta Sala por medio de la cual no se accedió a la reposición se explica que no son situaciones iguales mas no tengo el menor reato en reafirmar: ¿Qué ocurrió en el caso Ochoa Vásquez? Que

si bien se calificó no por delito complejo sino por concursantes de contrabando de primer grado y falsedad documental, esa misma primera instancia enmendó al proferir la sentencia, pues absolvió por la falsedad argumentando el delito complejo. ¿Qué llegó en ese caso al Tribunal de Aduanas? Una sentencia que acogía la tesis mayoritaria del delito complejo. ¿Por qué había entonces de decretarse nulidad en el caso Ochoa? ¿Era igual el caso de Ospina Baraya? Rotundamente no, porque ni en el enjuiciamiento ni la sentencia enmarcaron el delito complejo, bien por el contrario, sí el concurso delictual...".

Es evidente que de acuerdo con esta narración, lo que realmente queda claro es que los dos asuntos eran exactamente iguales, sin embargo el indagado pretende que se le acepte, que el juzgado podía en la sentencia de primera instancia condenar por contrabando y absolver por falsedad, en cambio, el Tribunal no podía hacerlo en segunda instancia, pero sí confirmar la decisión del *a quo*, tesis inaceptable no sólo desde el punto de vista procesal, sino de la más elemental lógica.

En la diligencia de audiencia pública la respuesta a ese mismo interrogante es prácticamente ininteligible. Se expresó así:

"...yo le encontré diferencias, una diferencia llamémosla fáctica y es que lo que nosotros revisábamos, en ese caso, era una sentencia de primera instancia que se ajustaba en los lineamientos generales al pensamiento mayoritario de la Sala, esto es el delito complejo, en el caso Ospina, yo consideré la Sala mayoritaria así lo consideró, que sí había diferencia con ese caso Ochoa, ¿por qué? La sentencia a revisar no admitía el delito complejo, pero además, de pronto con error, señor Magistrado, vuelvo y le digo ya se me olvidó el ser soberbio, de pronto consideramos que absolver por ejemplo por la estafa, como lo advirtió y consta en actas expresamente el Magistrado Lucero, no era de nuestra competencia, porque íbamos a absolver, a meternos, por decirlo de alguna manera, con un delito ordinario, he íbamos a colirar como jueces ordinarios, siendo así que nuestra competencia estaba circunscrita al contrabando, a los delitos que con él concursaran, o a los delitos que estuvieren conexos o hicieren parte medio o fin con el delito de contrabando".

Esto no puede ser una respuesta de alguien que tiene sobre ese punto alguna teoría, así sea equivocada, esa es la reacción de una persona que no sabe qué decir, que no tiene explicación alguna. Es una verdadera estrategia utilizada para eludir la pregunta.

El Fiscal Delegado ante la Corte se pronuncia en la audiencia sobre este tema diciendo:

"Para la Fiscalía es indudable que hay una grave incongruencia entre el caso que allí se llama de Ochoa y este de Ospina Baraya, eso no se puede negar, y que las situaciones por resolver eran exactamente las mismas, creo que sí lo eran, yo no entiendo cómo se puede hacer esa diferenciación entre que una acusación mal hecha, pero corregida por el Juez de primera instancia puede hacer casualidad (sic) pero eso no lo puede hacer el Juzgado de Segunda Instancia con exactamente los mismos argumentos que haya podido utilizar el de primera, eso ya lo advierto como un error protuberante...".

Para la Corte es perfectamente claro que tal como lo dijo oportunamente el Magistrado disidente y lo repitió el Fiscal del Tribunal, no había ninguna razón para decretar la nulidad, nunca antes en casos semejantes lo había hecho el Tribunal, y en

cambio, como se acaba de ver, muy recientemente en un proceso similar, había confirmado una sentencia con la solución correcta. Y para los defensores que coadyuvan el argumento de una posible afectación del derecho a la defensa, como se menciona en el proveído del Tribunal de una manera tangencial, procede responderles acogiendo la explicación dada por el Procurador Delegado en la audiencia, pues los hechos constitutivos del contrabando de primer grado y los de la falsedad por uso fueron debatidos durante todo el proceso e imputados en el llamamiento a juicio, de modo que ninguna restricción a la garantía de la defensa constituía absolverlo por la falsedad, y mucho menos, entiéndase bien, si se trataba precisamente de absolverlo de uno de los delitos atribuidos en el pliego de cargos.

El defensor del Doctor Velásquez hace un planteamiento que no corresponde a la verdad, cuando dice que la nulidad procedía, porque al estimar que el uso de los documentos falsos para la matrícula era un hecho que formaba parte del contrabando de primer grado, se incorporaba un supuesto fáctico no previsto en la acusación. Eso no es cierto no solamente el comportamiento constitutivo de la falsedad por uso se le imputó desde el momento mismo de la acusación presentada por el Fiscal del Juzgado, sino que en el llamamiento a juicio, por esa actuación se le formula un cargo autónomo y de lo que se trataba era sencillamente de decir en la sentencia que por él no se condenaba porque formaba parte de otro, para lo cual era un absurdo la idea de la nulidad.

5º. Desde el punto de vista de la tipicidad, el balance que deja el análisis de la providencia dictada en forma mayoritaria por el Tribunal Superior de Aduanas y reiterada al resolver el recurso de reposición, es que constituye una decisión manifiestamente contraria a la ley, al declarar una nulidad absolutamente improcedente, amparada en un presunto error en la denominación jurídica que en ese caso no existía, y cuyo punto de partida fue la consideración errada de que en ese evento se trataba de un delito complejo no del concurso imputado en el llamamiento a juicio y acogido en la sentencia de primera.

La conducta observada por los Magistrados que suscribieron la ilegal decisión, corresponde a la descripción típica prevista en el Libro II, Título III, Capítulo VII, artículo 149 del Código Penal, cuya denominación jurídica es prevaricato por acción, adecuación que está en perfecta consonancia con la realizada en la resolución de acusación.

6º. Además de la tipicidad afirmada en el numeral anterior, del comportamiento de los Magistrados acusados puede predicarse su condición de antijuricidad, en la medida en que resulta lesiva del interés tutelado que es la administración pública, y no fue realizada dentro de ninguna circunstancia que constituya causal de justificación.

7º. La ausencia de culpabilidad es una conclusión en la cual coinciden el Fiscal, el Ministerio Público y los defensores, con argumentos que se registran en el capítulo referente a sus intervenciones en la audiencia.

Uno de los planteamientos expuestos es el que estima que es diferente la situación del Magistrado Ponente a la de los demás integrantes de la Sala, pues éstos no leyeron el expediente y se limitaron al contenido del proyecto que fue puesto a su consideración. En este mismo orden de ideas, también se dice que los argumentos consignados en el

salvamento de voto no fueron explicados en la sesión en que se discutió la ponencia, por lo tanto no puede decirse que ellos actuaron con conocimiento de causa.

En gracia de discusión se podría aceptar que la ponencia inicial indujo en error a los Magistrados que la aprobaron, porque como dice el Procurador Delegado presentaba una realidad distinta, una comprensión diversa de la situación fáctica. Así mismo, que el autor del proyecto no estudió debidamente el proceso y por esa razón se equivocó elaborando una propuesta de decisión que no correspondía a ese caso concreto.

Curiosamente el Doctor Sánchez Novoa, integrante de la misma Corporación y a quien también se le presentó la ponencia elaborada por el Doctor Velásquez, sí entendió los hechos y de una vez se dio cuenta de que aún admitiendo la cándida tesis del delito complejo, no era necesario decretar la nulidad sino hacer lo mismo que dos meses antes habían hecho en el caso de Ochoa Vásquez. Pero digamos que a él le quedaba más fácil comprender la situación porque había formado parte del Tribunal cuando se confirmó el llamamiento a juicio, y que por eso no aprobó la decisión proyectada.

Exageremos la hipótesis de trabajo admitiendo que el Doctor Sánchez no expuso en la Sala todo lo que luego consignó en el salvamento de voto, e incluso creamos que es cierta la observación que "con todo cariño" le hace el Doctor Velásquez Ramos, en el sentido de que él se expresa mejor por escrito que verbalmente.

Aún así, sólo podríamos encontrarle una explicación a la equivocación sobre la existencia del delito complejo, pero no a la declaratoria de nulidad, medida que nunca antes habían tomado, y en la cual no influía directamente el que hubieran entendido o no los hechos. Era una determinación sobre la consecuencia procesal que se derivaba de estimar incluida dentro del contrabando de falsedad por uso, y esto ya lo habían resuelto anteriormente.

Vayamos más allá. Pensemos que en ese momento se confundieron sobre los hechos imputados a Ospina Baraya, y que a los cinco que aprobaron el proyecto se les olvidó cuál era la decisión que correspondía tomar cuando se descartaba el concurso y se adoptaba la tesis del contrabando complejo, y veremos que ni así es posible darle cabida a la alegada ausencia de dolo.

El salvamento de voto está redactado en términos tan absolutamente claros y concretos, que al más distraído de los funcionarios llamaría la atención y lo invitaría a reflexionar sobre la decisión tomada. Esto es tan evidente, que la situación escandalizó al Fiscal del Tribunal, y a él le bastó apoyarse en ese documento para interponer el recurso de reposición, agregando un interrogante fuerte pero así mismo oportuno: ¿será que se busca la aplicación del artículo 83 del Nuevo Estatuto Penal Aduanero que empezará a regir el primero de julio próximo, como se da a entender en el salvamento de voto?

Y era cierto, el Doctor Sánchez anotó en su escrito disidente " ...no comparto la determinación tomada por la Sala mayoritaria de anular un proceso fallado en primera instancia después de haber estado varios años en investigación para que regrese al Juzgado de origen a esperar la emergencia consagrada en el artículo 83 del Nuevo Estatuto Penal Aduanero próximo a regir".

Para la segunda decisión, con la cual no aceptaron la reposición solicitada por el Fiscal, ya no tiene cabida la excusa de que el Doctor Sánchez Novoa no era muy claro al exponer verbalmente las razones de su disentimiento, o que tal vez no lo dijo todo en la Sala, porque ya obraba en el expediente el salvamento de voto escrito, y según el ponente, éste fue leído durante el debate del proyecto. También se enteraron del contenido del memorial con el cual fue sustentado el recurso; incluso los términos utilizados por el representante del Ministerio Público motivaron una constancia del Doctor Sánchez y una airada protesta de los Magistrados.

Pero además de que es obvio que por la forma como se desarrolló el debate los acusados conocieron tanto el salvamento de voto como el memorial del Fiscal, en la providencia también están reproducidos esos planteamientos y a ellos se les responde con afirmaciones inaceptables como la consistente en que el Juez de primera instancia podía resolver el problema del delito complejo en la sentencia sin necesidad de anular, en cambio no podían hacerlo al dictar el fallo de segunda instancia.

Como claramente se ve, la tesis de la falta de conocimiento y claridad sobre los hechos del proceso sólo sería admisible para la primera decisión, y únicamente respecto al tema del contrabando complejo, no así para la nulidad; y queda completamente descartada respecto al ilícito proveído que resolvió el recurso de reposición, porque está plenamente acreditado que en ese momento conocían las precisas y fundadas advertencias del Fiscal y del Magistrado que se vio voto.

La Sala no puede aceptar que el crudo, pero airado escrito del Fiscal, sólo sirviera para producir soberbia en el ponente, y que esa sea otra razón más para tratar de excluir la culpabilidad de su conducta, porque así hubiera protestado toda la Sala por lo que llaman suspicacia del Fiscal, han debido corregir la absurda determinación tomada. Que todos los Magistrados se hubieran molestado con el fiscal por el calificativo de grosero que dieron a su memorial, es un asunto que no resultaría extraño, pero lo que sí no tiene explicación es que aún así persistieron en mantener un proveído que equivalía a dejar impune unos hechos debidamente probados.

También se ha apoyado la aseveración de la ausencia del dolo en afirmaciones como las siguientes: no hay prueba de que los Magistrados querían favorecer a Ospina Baraya; si la decisión no hubiera sido la nulidad sino la confirmación de la sentencia, no habría quedado ejecutoriada antes de entrar en vigencia la normatividad extraordinaria y fatalmente habría prescrito el proceso; si la intención hubiera sido favorecer al acusado habría sido más fácil esperar a que operara la prescripción sin pronunciamiento alguno; la nulidad se podría haber decretado con fundamento en que el Fiscal planteaba que el tipo aplicable era el numeral 2°, del artículo 4°, de la Ley 21 de 1977 y no el aplicado que fue el numeral 3°.

La respuesta a esas inquietudes no requiere un mayor esfuerzo, pues es sabido que para que se configure la responsabilidad en el prevaricato por acción, la ley no exige que se pruebe el propósito que se persigue con la decisión manifiestamente contraria a la ley, sino que basta que ésta se haya proferido con conocimiento de su ilicitud. Ahora, cuando esa finalidad se establece constituye un elemento útil para inferir la existencia del dolo, sin que esto signifique que cuando no se precise, como ocurre en la mayoría de los casos, se deba inferir que no hubo dolo en la actuación.

La exigencia de que en el prevaricato se debía obrar por simpatía o animadversión fue eliminada de nuestra legislación por el Decreto 2525 de 1963 y desde entonces no es indispensable para la adecuación de la conducta ni mucho menos para la demostración del dolo, que se tenga que establecer el móvil con que actuó el agente.

Los otros argumentos ameritan dos consideraciones: La primera, que en este asunto estamos ante un proveído manifiestamente ilegal, con elementos de juicio suficientes para afirmar que fue realizado dolosamente, como quiera que sus autores tuvieron oportunidad de corregir la falta y optaron por insistir en ella de manera deliberada y consciente. Que los fines perseguidos, cualquiera que ellos hayan sido, bien sea satisfacer la vanidad personal, o darle rienda suelta a la soberbia, o favorecer al procesado por simpatía con él o su familia, o por temor, etc., se pudieran lograr de mil formas diferentes, algunas de ellas menos comprometedoras a juicio de quien aduce este argumento, no es una base de la cual se pueda inferir que entonces en lo realizado no existió dolo, pues esa conclusión es abiertamente sofística. Lo único que razonablemente se podría deducir de esas múltiples alternativas, sería que no escogieron una vía fácil para delinquir.

La segunda consideración que se debe hacer, es que no es cierto que el proceso estuviera irremediablemente condenado a la cesación de procedimiento, pues ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 83 del Nuevo Estatuto Penal Aduanero le era aplicable, salvo que se decretara la nulidad de lo actuado, y específicamente a partir del auto que acogió la acusación fiscal, ya que por el tiempo que faltaba para entrar en vigencia la norma de emergencia, era imposible que se alcanzara a calificar otra vez el sumario.

Las explicaciones dadas indican a la Corte que los ex Magistrados actuaron con la intención de realizar una conducta típica y antijurídica, esto es, con dolo, motivo por el cual se dictará sentencia condenatoria por el punible por el que fueron convocados a juicio.

8ª. Antes de realizar la dosificación de la pena aplicable, es importante analizar dos temas relacionados con el proceso, sobre los cuales no puede quedar la impresión de que fueron inadvertidos por la Sala. Ellos son:

a) ¿Qué consecuencia genera el hecho de que el Fiscal Delegado ante la Corte haya solicitado sentencia absolutoria?

Con el propósito de introducir el sistema acusatorio en el procedimiento penal, la nueva Constitución Política, creó la Fiscalía General de la Nación, organismo a quien encargó de "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes", para cuyo cumplimiento deberá entre otras tareas "calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas".

El Código de Procedimiento Penal expedido atendiendo las normas constitucionales sobre la Fiscalía dispuso en el artículo 444:

"Iniciación de la etapa del juzgamiento. Con la ejecutoria de la resolución de acusación, adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento. A partir de este momento, el fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación".

Esto significa que el fiscal tiene el control total de la situación hasta la calificación del mérito del sumario, lo cual puede hacer precluyendo la instrucción o profiriendo resolución de acusación. Si la decisión que toma es esta última, el proceso pasa a manos del Juez y las facultades del fiscal se reducen a las de cualquier sujeto procesal, estando entre ellas la de solicitar cesación de procedimiento o en la audiencia la condena o absolución del acusado, tal como lo señala el artículo 129 del estatuto procesal y se desprende de la Constitución Nacional al ordenar que se acuse pero a los presuntos responsables, ya que el hecho de haber formulado el pliego de cargos no le impide que atendiendo a las pruebas recaudadas en el juicio o al nuevo estudio del caso, llegue a la conclusión de que hay razones de peso para absolver.

Para que la petición de absolución presentada por el fiscal tuviera efecto vinculante se tendría que reemplazar el artículo 129 por otra norma que así lo ordenara.

En la actualidad, su petición no obliga al juez, y si es absolutoria ello no significa que los cargos hayan desaparecido, pues éstos están formulados en la resolución de acusación y se resuelven en la sentencia, de ahí que el artículo 156 ibídem diga que, "finalizada la práctica de pruebas y la intervención de las partes en la audiencia el juez decidirá dentro de los diez días siguientes".

Dentro de las diversas modalidades que son posibles en un sistema procesal de tendencia acusatoria, la escogida por nuestro legislador otorga al fiscal la potestad de formular cargos o precluir la instrucción, pero una vez el proceso pasa a la etapa del juicio, la decisión corresponde exclusivamente al juez, quien consultará la evidencia recaudada y las alegaciones de las partes, sin que ninguna restrinja su autonomía para decidir.

b) La circunstancia de que el contrabando dejó de ser delito después de que ocurrieron los hechos que dieron lugar a este proceso, en nada afecta esta decisión, pues no es por ese punible por el cual se juzga a los ex Magistrados, sino prevaricato al dictar una providencia manifiestamente ilegal en el diligenciamiento seguido contra Rodolfo Ospina Barava, por contrabando, falsedad por uso de documento público falso y estafa.

9ª. De los criterios señalados en el artículo 61 del Código Penal para efectos de la graduación punitiva, es importante destacar que los procesados no tiene antecedentes penales y su conducta anterior fue siempre buena. Sin embargo, la gravedad del hecho y la circunstancia genérica concurrente prevista en el numeral 11 del artículo 66 *ibidem* impiden que la pena aplicable sea la mínima de un año de prisión, por lo tanto ésta se fijará en dieciocho (18) meses, término que será el mismo para la interdicción de derechos y funciones públicas.

10. En razón a que se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 68 del Código Penal, se les concederá condena de ejecución condicional en cuanto a la pena privativa de la libertad, con un período de prueba de dos años y con el compromiso de cumplir con las obligaciones relacionadas en el artículo 69 *ibidem*, cuyo cumplimiento se garantizará con la caución que prestaron para gozar de la libertad provisional concedida en el proveído calificatorio. La pena de interdicción de derechos y funciones públicas se cumplirá.

11. Como no se probó que haya existido perjuicios, no se proferirá condena en esa materia.

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. *Condenar* a los ex Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, Doctores Nhora Correa García, Eduardo Lucero Acosta, Dairo Sossa Cárdenas, Alvaro del Valle Oviedo y José Heriberto Velásquez, a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, por el delito de prevaricato por acción por el cual fueron llamados a juicio.

Segundo. *Conceder* a los anteriormente mencionados la condena de ejecución condicional en cuanto a la pena privativa de la libertad, por un período de prueba de dos (2) años, con el compromiso de cumplir con las obligaciones señaladas en la parte motiva. La interdicción de derechos y funciones públicas se hará efectiva.

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

Cópiese, 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, Rafael Osorio Rodríguez, Conjuez (con Salvamento de Voto).

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO
(Salvamento de Voto)

Referencia: Única instancia contra los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas.

En mi calidad de conjuez de esa Sala Decisoria, con todo respeto me permito consignar por escrito las razones que tuve la oportunidad de exponer ante esa docta asamblea de juristas, para apartarme de la tesis mayoritaria que condenó a los ex Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, por el ilícito de *prevaricato por acción*.

En el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Medellín se profirió sentencia condenatoria contra Rodolfo Ospina Baraya y otros por los delitos de contrabando, falsedad en documentos y estafa que, al ser impugnada ante el Tribunal Superior de Aduanas, integrados por los ex Magistrados procesados, recibió una declaración de nulidad por errónea calificación en la resolución acusatoria, considerando que no se trataba de un concurso de delitos, sino de un *delito complejo*, tipificado en el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977.

Contra esa providencia de 9 de junio de 1987 interpuso recurso de reposición el Fiscal Tercero de la Corporación y salvó el voto el ex Magistrado Doctor Sánchez Novoa, pero el Tribunal mantuvo su decisión, indignado además por que el señor Fiscal hubiera sugerido veladamente que se trataba de favorecer al procesado Ospina Baraya, al reponerse el procedimiento, con el fenómeno de la prescripción, que finalmente tuvo lugar con la aplicación del artículo 83 del nuevo Estatuto Penal Aduanero.

Si de las pruebas aportadas al proceso se llegó a la conclusión de que la conducta reprochada a Rodolfo Ospina Baraya, fue la prevista en el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, que sanciona la importación de mercancías al país, valiéndose de documentos y otras pruebas falsas, en mi sentir se trata de lo que la doctrina denomina *delito complejo* que es aquél en el cual uno de sus elementos tipificantes es a su vez un delito autónomo. En el caso que nos ocupa la falsedad de documentos empleados para la importación de los vehículos Toyota es un elemento tipificante del contrabando de primer grado consagrado en el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977. Sobre esta realidad jurídico-penal no se puede edificar un concurso de delitos de falsedad y contrabando, porque se estaría violando el principio universal, rector de nuestro sistema penal, del *non bis in idem*, al sancionar dos veces la misma conducta.

Pero aceptemos que los documentos falsos no se utilizaron para la introducción de los vehículos al país, sino para rematar el proceso de importación con la matrícula de los

vehículos. La situación no cambia tampoco aquí, porque de acuerdo con el texto penal invocado y aplicado, no se trata de la introducción al país de mercancía de contrabando, término que emplea la ley penal para la introducción al país de moneda falsificada; aquí se habla de importación, que indica semánticamente un proceso de actos que culminan con la matrícula de la mercancía que la habilita ya para su comercio.

Este delito complejo de contrabando de primer grado a que venimos refiriéndonos podría muy bien concursar con la estafa, porque esta conducta fraudulenta contra el patrimonio económico no constituye ningún ingrediente del contrabando del primer grado. No estoy de acuerdo en que la estafa consistente en vender como legítimo un vehículo importado de contrabando fuera el último acto de la importación. Sería tanto como aceptar la tesis de la *locupletario* en la consumación del delito de hurto, exigiendo un aprovechamiento en su agotamiento, en contra de lo que dispone nuestro sistema penal. Hasta allá no va la urdimbre jurídico-penal del delito complejo.

La solución propuesta por el Fiscal tercero de la Corporación de absolver por el delito de falsedad y condenar por el delito de contrabando de primer grado previsto en el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, hubiera sido, en mi sentir, un grave error, porque al absolver por falsedad, únicamente, por el empleo de documentos falsos para la importación de los vehículos, quedaría desintegrado el tipo penal previsto en el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977. Dentro de este supuesto, ya no se puede condenar por contrabando porque al mutilarse la norma penal abstracta, sustrayendo la falsedad de la estructura normativa del contrabando de primer grado, quedaría desintegrado el tipo penal y quedaría de la conducta reprochada una figura atípica o en el mejor de los casos, un delito distinto de contrabando simple, contrariando la correcta calificación que se hizo al calificarse el proceso, lo que hubiera conducido a la misma tesis de la nulidad por errónea calificación, obteniéndose las mismas consecuencias favorables al procesado.

Dentro del supuesto de que los actos imputados al procesado Rodolfo Ospina Baraya constituyen un contrabando de primer grado claramente configurado dentro de la normatividad del numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, la tesis sostenida por los señores ex Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas me parece de una rigurosa lógica jurídica, porque aun cuando no exista el *nomen juris* del delito complejo, una concusión, por ejemplo, que involucra dentro de su estructura normativa el delito de abuso de autoridad, sólo podrá sancionarse como concusión, es decir como delito complejo y no como concurso de abuso de autoridad y concusión.

Si esta tesis del delito complejo la he venido sosteniendo en la cátedra y en el ejercicio profesional, y forma parte de mis convicciones jurídico-penales, ¿cómo podría yo afirmar una sentencia condenatoria por *prevaricato* de los ex Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, al sostener la misma doctrina que yo profeso?, porque si el prevaricato se predica del empleado oficial que profiera providencia manifiestamente contraria a la ley, ¿cómo sostener que al encajar la conducta reprochada al procesado dentro de los lineamientos abstractos de la tan citada norma de la Ley 21 de 1977, con la denominación doctrinaria del delito complejo el Tribunal Superior de Aduanas prevaricó?

La noción de *prevaricato* de. artículo 149 del C. P. se estructura hoy dentro de un escabroso campo de objetividades, contrarias al espíritu del legislador. Estando proscripta toda suerte de responsabilidad objetiva, ¿cómo inferir *dolo*. elemento *sine qua non* de todo delito, en una elucubración doctrinaria, si no hay prueba completa de que el intérprete traicionó su conciencia con miras a un sórdido interés, torciendo maliciosamente el sentido claro de la ley? Más sabia la legislación anterior que exigía para configurar el *prevaricato* que la decisión o resolución proferida por el empleado oficial hubiera estado inspirada en la simpatía hacia una de las partes o en la animadversión hacia la otra. Porque sólo el interés. de cualquier clase que sea, puede corromper la conciencia y la verdad, valores hacia los cuales tiene inexorablemente el espíritu humano.

¿Quién nos dice además que la tesis expuesta por el ilustre y honrado Magistrado que salvó el voto sobre la providencia de nulidad pronunciada por el Tribunal Superior de Aduanas era infalible? ¿O que los argumentos del señor Fiscal Tercero de la Corporación, consonantes con el salvamento de voto eran también inobjetables? ¿Qué decir de la conducta fiscal, que suponemos sincera, que interpone recurso de reposición contra la providencia que decretó la nulidad, advierte sobre el peligro de que el delito imputado al procesado desemboque en la impunidad, por el fenómeno de la prescripción que se produciría al aplicar el nuevo estatuto penal aduanero que ya se avistaba, y ahora como sujeto procesal, solicita la absolución de los procesados por falta de dolo?

Supongamos que los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, en previsión de que el delito atribuido al procesado Ospina Barayá quedara impune por la prescripción que resultaba de una disposición legal que aún no estaba en vigencia pero se esperaba que lo estaría, hubieran, traicionado su propio criterio y su conciencia jurídica, confirmando la sentencia por concurso de delitos, con el interés muy loable de que se sancionara una infracción penal, apartándose de sus convicciones. Entonces sí podría decirse que cometieron *prevaricato*. De acuerdo con el artículo 31 del C. C. perteneciente al capítulo de la interpretación de la ley. dice: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes".

No puede haber *prevaricato* por una errónea hermenéutica de la ley. Porque no hay disposición legal sobre la cual no se puedan aventurar múltiples interpretaciones, generalmente de buena fe, sin que pueda decirse que sólo una de ellas es la verdadera. La verdad se escapa en medio de ese laberinto de circunstancias que rodean los hechos y su apreciación por la mente humana. En este sentido se puede decir, como Pascal, que la verdad es relativa, de acuerdo con el tiempo y el espacio donde se aplica. Lo que sí no es relativo es la conciencia del juez, porque éste es ante todo un ente moral y no un ente intelectual. Ya lo dijo Shakespeare: "Esto ante todo: contigo mismo sé sincero".

No he encontrado en la parte del proceso que he leído, ni en las sabias intervenciones de los honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, ni en las disertaciones de los defensores, ni en los conceptos muy bien estudiados del Fiscal y del Ministerio Público, ni en las explicaciones de los señores Magistrados inculpados. el indicio grave de una aviesa intención, fuera de que, en lo esencial, estoy de acuerdo con la tesis del

delito complejo acogida por el Tribunal Superior de Aduanas, en la providencia objetada. Por tanto no puedo suscribir, sin salvamento de voto, la providencia condenatoria para los ex Magistrados indagados, que requiere una certeza absoluta.

De los honorables Magistrados, con todo respeto y consideración.

Rafael Osorio Rodríguez, Conjuez.

NULIDAD / FLAGRANCIA / AUTORIDAD DE POLICIA / COMPETENCIA

Al haberse señalado expresamente por la ley que la competencia para el juzgamiento de estas especiales contravenciones (estafa cuyo monto no alcanza 10 salarios mínimos mensuales), estaba en cabeza de las autoridades de policía, es obvio concluir que al haber sido falladas por un juez de la República se incurrió en una cierta incompetencia que genera nulidad. /Obligado concluir, entonces, como así se desprendía de las doctrinas de la Sala que en páginas precedentes se recuerdan, que ante el sorprendimiento inmediato, flagrante o cuasiflagrante dentro de la noción traída en el artículo 370 (antes artículo 394), el delincuente puede ser aprehendido por la autoridad o un tercero porque así lo autoriza la Constitución sin otra exigencia; pero también y a sentido contrario de fuerza afirmar que transcurrido el tiempo y distanciado ese sorprendimiento, no podrá realizarse la aprehensión sin previa orden judicial escrita, formal y legalmente justificada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7142.

Magistrados Ponentes: Drs. *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 083.

Santafé de Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Por sentencia del 9 de agosto de 1991, emanada del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, se condenó a Juan Bautista Echavarría Borja, como responsable de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, a la pena principal de 48 meses de prisión.

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de dicha ciudad, que modificó lo relacionado con el monto de los perjuicios en cuanto los redujo.

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

Presentada la demanda fue declarada admisible por reunir a cabalidad los requisitos de ley y se escuchó el criterio del Ministerio Público quien solicitó se casara parcialmente la sentencia revisada.

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

Hechos

El procesado fue retenido por los agentes de la autoridad el 22 de mayo de 1991 en el establecimiento Distribuidora de Cementos la 16, ubicado en la carrera 16 número 16A-17 de la ciudad de Cali, a solicitud de su propietario quien informó que había sido estafado en varias ocasiones por el mismo individuo y que en ese mismo instante se proponía negociar otro cheque adulterado.

Actuación Procesal

Se abrió proceso penal por auto del 24 de mayo de 1991, del Juzgado 21 de Instrucción Criminal.

Indagado el procesado Juan Bautista Echavarría Borja, se le dictó auto de detención el 31 de mayo del mismo año, ordenándose tramitar el proceso abreviadamente por haber sido capturado en flagrancia.

La diligencia de audiencia pública se realizó el 2 de agosto de 1991.

Se dictó sentencia de primera instancia el 9 de agosto y de segunda el 8 de noviembre de 1991.

Los Argumentos de la Demanda

Fue presentada por el Fiscal 6º del Tribunal Superior de Santiago de Cali, al amparo de la causal tercera, por considerar que la sentencia debe ser invalidada por la existencia de dos factores que así lo demandan: "la incompetencia del juez y la preterm isión del debido proceso, por cuanto bajo una misma cuerda se juzgan varios delitos y contravenciones, aplicando un procedimiento específicamente autorizado para los eventos de captura flagrante o confesión, cuando lo primero sólo es predicable de un comportamiento y el acusado negó su autoría".

Solicita se case la sentencia, separándose los procesos por los delitos no susceptibles de procedimiento abreviado, y de los que constituyen conductas contravencionales.

Sostiene el recurrente que el procesado fue capturado en flagrancia cuando pretendía negociar un cheque, de una cuenta corriente perteneciente a Enrique A. Reina Medina, saldada desde diciembre de 1990 y cuando era prácticamente esperado por el dueño del establecimiento que en los días anteriores había sido objeto de tres engaños similares y que en tales condiciones la flagrancia sólo puede predicarse de la cuarta conducta ilícita que fue la que provocó su captura.

El procesado en su indagatoria negó las imputaciones, pese a lo cual, al estar demostrada la apocrificidad del título valor, se le dictó auto de detención, disponiéndose en el mismo el adelantamiento procesal abreviado.

Considera que las ilicitudes individualmente consideradas, son inferiores a diez salarios mínimos y por tanto constituyen la contravención prevista en el artículo 14 de la Ley 23 de 1991, de competencia de las autoridades de policía, capacidad de conocimiento que no es prorrogable a la jurisdicción ordinaria, pese a la existencia del concurso con los delitos contra la fe pública.

Sostiene que al no existir confesión del procesado, era la flagrancia la determinante del procedimiento abreviado, pero que este fenómeno sólo se dio con relación al último cheque que motivó su captura, no siendo susceptible el juzgamiento de ese hecho con los anteriores, en los que no se presentó la flagrancia.

Concluye finalmente que los atentados patrimoniales al constituir contravenciones han debido ser fallados por las autoridades de policía, los delitos contra la fe pública en los que no se operó la flagrancia han debido ser tramitados por el procedimiento ordinario y solamente el de la flagrancia estaría adecuadamente tramitado por el procedimiento abreviado.

Concepto del Ministerio Público

Solicita se case parcialmente el fallo impugnado declarando la nulidad parcial de la actuación a partir del auto cabeza de proceso, efectuándose el respectivo reajuste de la pena por los delitos de falsedad imputados, debiéndose compulsar copias para las autoridades de policía.

Luego de transcribir el numeral 14, del artículo 1° de la Ley 23 del 21 de marzo de 1991 concluye que:

"También resulta cierto afirmar que, entonces, configurando ahora el carácter de contravenciones especiales, como qué se les ha degradado de delitos para ostentar tal índole, corresponde privativamente su juzgamiento a las autoridades administrativas y bajo el procedimiento policivo prescrito en la Ley 23 de 1991 y su Decreto reglamentario 800 del mismo año.

"De manera que la facultad para administrar justicia, en tratándose de contravenciones especiales en los casos previstos en la mencionada ley y dentro de éstos las varias conductas que atentan contra el patrimonio económico, como lo disponen los numerales 11 al 18 del artículo 1°, son de competencia de inspectores y alcaldes exclusivamente.

"El caso en concreto nos informa que los punibles imputados a Juan Bautista Echavarría Borja, por las conductas desarrolladas los días 18, 20, 21 y 22 de mayo de 1991, acorde con las pruebas recaudadas, no solamente se refieren al hecho de haber utilizado fraudulentamente los cuatro cheques provenientes de talonarios hurtados, sino que igualmente le era atribuible como estafa, el ilícito provecho económico obtenido, a través del procedimiento artificioso previamente empleado con tal propósito.

"Por ello impera entonces destacar que 'el monto de las transacciones individualmente consideradas', como refiere el libelista, o la suma total de ellas, como que su investigación se deba adelantar independiente o conjuntamente, no superan los 10 salarios mínimos que como criterio estrictamente objetivo se fijó en la Ley 23 para atribuir su conocimiento en cabeza de las autoridades policivas, al constituir contravención especial.

"Así vistas las cosas, por este aspecto, la razón está de parte del libelista, ya que ciertamente, carecían de competencia los jueces para conocer de este concurso de estafas, por lo que en concepto de esta Delegada el reproche estaría llamado a prosperar, debiéndose por lo mismo casar parcialmente la sentencia, declarando la nulidad parcial del proceso, a partir del auto cabeza de proceso del 24 de mayo de 1991.

"B. Ahora, respecto a que la captura de Echavarría Borja lo fue en flagrancia exclusivamente para los hechos sucedidos el 22 de mayo de 1991 y que, por lo mismo, la tramitación por el procedimiento abreviado resultaba viable sólo respecto de tal episodio, constituye el punto central de la petición de nulidad que por desatención al debido proceso plantea el demandante.

"Como amerita recordarlo, acudiendo a un idéntico *modus operandi* consistente en obtener comunicación previa con el almacén 'Distribuidora de Cementos la 16', Echavarría Borja, haciéndose pasar por Julio César Tabares, anunciaba el envío de un dependiente suyo, con el fin de que le fueran despachados algunos materiales, para lo cual, remitiría algunos cheques girados a su nombre. Así, el impostor hacía presencia en el negocio y se cumplía la transacción mercantil. Tal fue el idéntico procedimiento utilizado los días 18, 20, 21 y 22 de mayo de 1991, oportunidad esta última en la cual se produjo su aprehensión, como quiera que el vendedor ya tenía (sic) saber acerca de que los documentos negociables correspondían a chequeras ajenas.

"Señalaba el artículo 474 del C. de P. P. anterior, modificado a su vez por el artículo 26 del Decreto 1861 de 1989, que corresponde aplicar el procedimiento abreviado 'cuando el imputado sea capturado en flagrancia o exista confesión simple de su parte'. A su vez, el artículo 393 de la misma normativa señaló 'se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundamentalmente (sic) que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura'.

"Tradicionalmente se venía reconociendo en punto de determinar cuándo se produce la aprehensión de una persona en estado de flagrancia, que ésta se verificaba en el preciso momento de estarse cometiendo un delito, o, momentos después, al ser sorprendida 'con objetos, instrumentos o huellas' que permitan inferir su participación en el hecho punible.

"No obstante, como es sabido, tal noción, en extremo limitada por provenir directamente de su fuente etimológica, ha sido ampliada por la doctrina y la jurisprudencia, en el entendido de que ella debía corresponder con la regulación legal de la institución y específicamente con las consecuencias procesales particulares que en una u otra orientación permitían.

"Así, se ha abandonado el criterio restringido del significado de flagrancia (inmediatez-temporoespacial), para renovar su contenido, debiendo comprenderse entonces, que la flagrancia se extiende y proyecta, aún respecto de varios hechos aparentemente independientes, cuando todos ellos están reglados por idénticas circunstancias de modo y lugar, que reafirman su inescindible correlación coadyuvada por la evidencia probatoria existente, que se manifiesta en la 'actualidad, esto es en la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después,

percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos la individualización del autor del hecho" (C. S. J. Cas. nov. 17/88).

"Este alcance de la flagrancia colegido del texto constitucional de 1886 en la interpretación de su artículo 24 en cuanto se refería al 'delincuente *cogido in flagranti*', entendiendo no su apresamiento sino el haber sido visto, percibido o descubierto al momento de cometer el delito o tiempo inmediatamente después del mismo, inequívocamente es deducible de la nueva Carta y específicamente del artículo 32 cuando señala: 'El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona...'.

"Tal orientación permite colegir entonces, que frente al caso que se plantea, deba afirmarse el sorprendimiento en flagrancia de Echavarría Borja en el concurso de hechos punibles de falsedad en documento privado a él imputados, ya que su aprehensión el día 22 de mayo de 1991 constituye inescindible episodio, perfectamente ligado a su ilícito proceder de 18, 20 y 21 del mismo mes y año, comportamientos típicos que se englobaban dentro de idénticas circunstancias y evidencia probatoria.

"De esta manera, cuando el ciudadano Miguel Suárez Fiscio, en tanto llega la autoridad, procede a aprehender a Echavarría Borja, lo hace no precisamente por conocer el propósito defraudador que inspiraba su nueva presencia en el lugar, situación respecto de la cual ya estaba precavido, sino como consecuencia de haberse enterado del origen espurio de los títulos valores falsos que le había entregado en las anteriores negociaciones. Por lo tanto, el regreso del timador con el mismo propósito criminal, brindó la ocasión propicia para su captura, sin que por lo mismo se deba predicar la flagrancia exclusivamente respecto de esta última aparición de su trasegar delictual, debiéndose entonces afirmar, que este último acto no corresponde a un hecho aislado de su reiterado proceder al margen de la ley y en cambio permitió su aprehensión con respaldo en una idéntica evidencia probatoria existente.

"Debe comprenderse entonces, que el procedimiento abreviado escogido fue acertado en la tramitación de este proceso y específicamente del concurso homogéneo de falsedades investigado, por lo que el cargo de nulidad aducido en la violación al debido proceso no puede prosperar.

"C. Conclusión.

"De conformidad con las precedentes consideraciones esta Delegada se permite sugerir a la honorable Sala de Casación Penal casar parcialmente la sentencia impugnada, declarando la nulidad parcial del proceso a partir del auto cabeza de proceso, efectuando el respectivo reajuste de la pena por los delitos de falsedad imputados y la compulsación de copias ante las autoridades de policía".

Consideraciones de la Sala

Es una realidad indesconocible que el procesado en días diversos cometió cuatro estafas y cuatro falsedades, pero que en la realización de las últimas fue capturado pues la víctima ya se encontraba debidamente prevenida por lo que le había ocurrido en los días anteriores.

Es igualmente indesconocible que las estafas cometidas, en ese momento (mayo 18, 20, 21 y 22 de 1991) se habían convertido en contravenciones en virtud de lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 1° de la Ley 23 de 1991, del 21 de marzo de dicho año y por tanto vigente para la ocurrencia de los hechos cuando dispone: "Estafa. El que induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno, cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales, incurrirá en arresto de seis (6) a dieciocho (18) meses.

"En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado, cuando el provecho obtenido no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales legales".

Ni siquiera el valor total de las cuatro estafas alcanzaba a superar el monto de lo que constituían en ese momento 10 salarios mínimos mensuales y menos aún las estafas individualmente consideradas, lo que nos lleva necesariamente a concluir que se trataba de auténticas contravenciones, cuyo conocimiento correspondía privativamente a las autoridades de policía, no siendo de aquellas competencias prorrogables como consecuencia de los fenómenos procesales de la conexidad o de la acumulación de procesos.

En el caso presente al haberse señalado expresamente por la ley que la competencia para el juzgamiento de estas especiales contravenciones estaba en cabeza de las autoridades de policía es obvio concluir que al haber sido fallidas por un juez de la República se incurrió en una clara incompetencia que genera nulidad tal como lo solicita el impugnante, Procurador 6° Delegado ante el Tribunal Superior de Cali, y como lo corrobora nuestro distinguido agente del Ministerio Público.

Precisados los conceptos anteriores es indispensable concluir que existe nulidad del procedimiento a partir del auto cabeza de proceso en relación con el juzgamiento jurisdiccional que se dio a las contravenciones relacionadas con la estafa por su cuantía y en tal sentido se casará la sentencia tal como lo solicita el impugnante y lo corrobora el Procurador Delegado, decretándose la nulidad parcial de todo el procedimiento desde su iniciación, pero únicamente en relación con el concurso homogéneo de delitos de estafa.

Se plantea por el impugnante otra problemática relacionada ya con el fenómeno de la captura en flagrancia, porque el procesado realizó en días diversos cuatro conductas falsarias, perjudicando en todas a una misma persona, razón por la cual cuando se presentó por cuarta ocasión, la víctima estaba debidamente prevenida y lo capturó cuando intentaba defraudarlo nuevamente.

El recurrente, con base en tal realidad procesal, pretende que se anule el procesamiento en relación con las tres conductas realizadas en primer lugar, dejándose incólume el procesamiento por la cuarta, porque afirma que sólo la última conducta fue cometida en flagrancia y por ello el juzgamiento abreviado se justificaba sólo con respecto a esta última conducta.

El Procurador Delegado discrepa de este planteamiento al sostener que ha sido renovado el contenido del viejo criterio temporo-espacial, limitante del concepto de la

flagrancia, que comprendía únicamente las capturas realizadas en el momento mismo de la ejecución del hecho delictivo; o cuando se operaba en los momentos inmediatamente subsiguientes; o el imputado era sorprendido con objetos, instrumentos o huellas que demostrasen fundadamente que momentos antes hubiese realizado la infracción penal; y en consecuencia afirma: "...debiendo comprenderse entonces, que la flagrancia se extiende y proyecta, aún respecto de varios hechos aparentemente independientes, cuando todos ellos están reglados por idénticas circunstancias de modo y lugar, que reafirman su inescindible correlación coadyuvada por la evidencia probatoria existente, que se manifiesta en la actualidad, esto es en la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos la individualización del autor del hecho" (C. S. J. Cas. Nov. 17/88)".

La anterior apreciación de la Procuraduría, sobre la cual concluye en que el acusado resultó aprehendido en flagrancia no del último de los episodios ocurrido, sino de todos los eventos engañosos realizados los días anteriores, obliga de nuevo a volver sobre el concepto mismo del sorprendimiento flagrante como de las distintas consecuencias que de él emanan, pues así surjan ahora dentro de la Sala conceptos discrepantes, constituye unánime criterio el de la imposibilidad de extender como erradamente lo entienden juzgado y tribunal, la pretensión de que unos hechos lejanos en el tiempo faculten para operar capturas sin orden escrita de autoridad judicial competente, o que dentro de un concurso homogéneo y sucesivo el sorprendimiento y captura en flagrancia predicable de un solo hecho pueda comunicarse a los restantes.

Como la Delegada advierte que a esa conclusión se llega mediante la interpretación de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, clara parece la necesidad de partir en el análisis de cuanto al respecto dijo la Corporación en las dos ocasiones que se citan:

El primer pronunciamiento que se evoca, con ponencia del Magistrado Doctor Rodolfo Mantilla Jácome apuntó el primero de diciembre de 1987 que:

"Doctrinariamente se ha pretendido por algunos conceptualizar la flagrancia junto con la captura del partícipe en el hecho, esto es que mientras no exista captura no puede hablarse de flagrancia. Tal opinión parece equivocada en cuanto confunde la causa con el efecto, ya que cuando el hecho se realiza en flagrancia la captura de facto del partícipe por cualquier persona sin que sea preciso orden de autoridad competente con el lleno de los requisitos legales, de donde se desprende que no es lógico atar la captura que es una consecuencia de la flagrancia a la flagrancia misma".

En este sentido la distención entre la flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia, la hace el Código de Procedimiento Penal al referirse claramente a una y otra situación; así por ejemplo, en tratándose del artículo 301 que comentamos, habla simplemente de flagrancia, al tiempo que al señalar los asuntos cuyo trámite es el procedimiento abreviado, expresamente se refiere a los casos en que el imputado sea capturado en flagrancia (474).

Otros pretenden que sólo existe flagrancia cuando la conducta del delincuente se ubica dentro de un comportamiento sinuoso, escondido, que al ser visto o descubierto genera para el un estado de sorpresa; apoyan su tesis quienes estos sostienen, en la misma

expresión legal que habla de que la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible, o es sorprendida con objetos, o instrumentos o huellas del mismo.

De este criterio se disiente por cuando subjetiviza la noción de flagrancia haciéndola depender más del ánimo y de la particular forma de actuar del actor del hecho, que de la realidad objetiva y además porque restringe innecesariamente la aplicación procesal del fenómeno. Así nos aluviéramos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas, no sería este un hecho punible cometido en flagrancia, porque el autor no pretendía ocultar el hecho y su actuación desembozada implica el surgimiento de la idea de ser sorprendido. Pero además, la prueba incontrastable de que éste es como sostenemos nosotros un ejemplo clásico de flagrancia, radica en la hipótesis de que cualquiera de los allí presentes capturare al autor y lo condujere ante la autoridad competente, tal comportamiento según la tesis que niega la flagrancia sería ilegal, pues para lograrla se requeriría de orden judicial conforme a los requisitos legales, lo cual sería totalmente ilógico en el caso planteado.

La Sala estima que la flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundamentalmente su participación en un hecho punible.

Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término, la identificación o por lo menos la individualización del autor del hecho.

En cuanto al requisito de la actualidad, no importa que se trate de una o varias personas quienes presencien la realización del hecho que sean las propias víctimas o perjudicados con el delito, lo trascendente es que estén allí en el momento de su ejecución; y en cuanto al requisito de la identificación o por lo menos individualización del partícipe, debe recordarse que la noción de flagrancia es un predicado de la persona partícipe en un hecho punible, siendo por ello indispensable que tal situación se desprenda con certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Así, si en la misma hipótesis del homicidio en el establecimiento público, si el autor del hecho ha cubierto su cuerpo y su cara en forma tal que es imposible siquiera individualizarlo, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia.

Es claro entonces que la captura del sujeto que actuó en flagrancia es una consecuencia de ello, pero puede ocurrir o no sin que de la aprehensión dependa la calificación como tal.

Posteriormente y con ponencia del Magistrado Doctor Jaime Giraldo Angel ratificó la Corte este entendimiento en decisión del 16 de noviembre de 1988 en los términos que siguen:

"La flagrancia desde el punto de vista constitucional tiene un efecto expreso: El permitir a cualquier persona el apresamiento del delincuente y a la autoridad el

perseguirlo y penetrar, sin que sea necesario requerimiento alguno, a su propio domicilio, o a uno ajeno, caso este último en el cual sólo es necesario requerimiento al dueño o morador, quien no puede oponerse ni obstaculizar la acción de la autoridad.

Por eso el criterio de más expedita y común aplicación para distinguir un delito de flagrancia, suele ser el de la persecución o aprehensión coetáneas como la comisión del hecho delictuoso. Y esto porque permite la captura del delincuente, aún por particulares y sin orden de autoridad competente o no respetar el domicilio propio o ajeno en donde se refugie, tienen que tener una base de excepcional mérito no sólo en cuanto a la identidad de la persona que debe tomarse como procesado, sino en cuanto a la conciencia de la ilicitud de la conducta realizada, observándose, entonces, que en estos casos el hecho cometido, por sí mismo, pregona su punibilidad, además de poderse contar con el fácil diligenciamiento de las pruebas que deben aportarse.

Pero así como es dable decir que la captura que sigue a la comisión del hecho, cuando ésta y aquélla guardan una íntima relación cronológica de inmediatez, denota por sí la flagrancia del delito y el sorprendimiento, por tanto, del delincuente en su comisión, no es menos cierto afirmar que así no se persiga de manera física al del acuente una vez ejecutada la conducta criminosa, o no se logre su captura tan prestamente, es procedente deducir esta característica mediante la visión de los hechos por terceras personas y de la víctima, con identificación precisa o aceptable del procesado, y la claridad conceptual de que se está en presencia de un hecho delictuoso. El artículo 24 de la Constitución Nacional, con el empleo de la expresión "cogido *in flagranti*" está significando no un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuera a continuación no expresaría esta idea con la acción de que el delincuente, en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Lo que significa es el sorprendimiento (ser visto, percibido, descubierto) al momento de cometer el delito o tiempo inmediatamente después del mismo, o como dijo la Corte "que se esté cometiendo un delito o que éste acabe de consumarse momentos antes" (Fallo agosto 13 de 1987, Magistrado Ponente Doctor Jesús Vallejo Mejía, exequibilidad del artículo 393 del C. de P. P.).

Con criterio de mayoría en esta ocasión la Sala insiste en la necesaria diferenciación entre el sorprendimiento flagrante y la captura bajo una relación de causa a efecto, concepto que emerge no tan sólo de nociones etimológicas y doctrinales, sino en los claros términos de la Carta Constitucional y las disposiciones legales vigentes y aplicadas en este juzgamiento, y aquellas que a la fecha de este pronunciamiento rigen.

En una primera visión del concepto frente a su significado lingüístico y doctrinario el tradicional criterio de la Sala viene a encontrar su inicial respaldo.

Citando a Escriche, la ponencia inicial recordó su concepto como sigue:

"Denomínase así el delito que se ha cometido públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo mismo en que lo consumaba. Flagrante es participio activo del verbo flagrar, que significa arder o resplandecer como fuego o llama, y no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo sitio de su perpetración. Se dice que un delincuente es cogido en flagrante cuando se le sorprende en el mismo hecho, como v. gr., en el acto de robar o con las cosas robadas

en el lugar mismo en que se ha cometido el robo; o en el acto de asesinar o con la espada teñida en sangre en el lugar del asesinato. Todo delincuente puede ser arrestado en flagrante, y todos pueden arrestarle y conducirle a la presencia del juez".

Acudiendo luego al diccionario de la Academia de la Lengua se recordó la noción etimológica del vocablo:

"Que flagra. Que se está ejecutando actualmente. En flagrante, en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir".

Y de la Nueva Enciclopedia Jurídica (en estudio realizado por Enrique Jiménez Asenjo) se tomó todavía el siguiente fragmento:

"... la expresión delitos *in fraganti* es un apócope de la más general 'delitos descubiertos *in fraganti*' o delitos sorprendidos en su flagrante realización". "La expresión metafórica se refiere a la llama que denota con certeza la combustión. Cuando se ve la llama es cierto que alguna cosa arde" (Carnelutti).

"El nombre así acuñado posee carta de naturaleza en el mundo entero del procesalismo penal, con significado técnico igual o semejante en todos los sectores jurisdiccionales en que se desarrolle articuladamente su concepto. Esto da lugar a un sistema procesal propio llamado proceso o procedimiento en flagrancia, o simplemente "flagrancia". En definitiva, se puede configurar el concepto de estos delitos como aquellos que son sorprendidos *in ipsa perpetratione facinoris*"

"Así, la flagrancia es una idea doble, compuesta por un hecho elemento real o material: verificación de un hecho presuntivamente delictivo y otro causal: que se sorprenda al autor del mismo en el momento de su verificación, o bien conste indubitadamente cuál sea este, por elementos reales inconvertibles que le ligan inmediatamente con el hecho realizado" (pág. 589 Tomo VI, Francisco Seix Barcelona, 1954).

De la Enciclopedia Jurídica Omeba (en estudio realizado por Wesley De Benedetti) también se reprodujo:

"Sorprender al autor del delito en el momento de cometerlo es lo que caracteriza al delito examinado. Como expresa acertadamente Manzini: El concepto jurídico de flagrancia está constituido por una idea de relación entre el hecho y el delincuente. No puede haber flagrancia en virtud solamente del elemento objetivo: es necesaria siempre la presencia del delincuente, fuera de los casos expresamentes exceptuados por la ley, 'un cadáver todavía sangrante; una casa que en ese momento se incendia...' no constituyen flagrancia si el reo no es sorprendido en el acto mismo o no se lo consigue inmediatamente".

"El elemento único y necesario de la sorpresa del delincuente para determinar la flagrancia, se extiende en algunos casos, pues se la admite aunque se verifique un cierto tiempo después de cometido el delito y conforme a ciertas condiciones, es la llamada *cuasi flagrancia* (verbigracia, la persecución inmediata del delincuente, después del hecho; encontrarlo en posesión de cosas, cerca del lugar del hecho que hagan presumir fundamente que intervino en su perpetración" (pág. 299. Tomo VI. E. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957).

Y regresando a la cita de Jiménez Asenjo todavía se insistió:

"La razón de existencia del procedimiento reside en la certeza de la comisión del hecho y la simplicidad de su contextura. Normalmente la notificación y descubrimiento de los delitos se verifica indirecta o mediatamente a través de las pruebas accidentales. Los órganos oficiales encargados de su represión tienen noticia de los mismos por medio de voz pública difusa, la notoriedad, la aseveración, no muy precisa, de un testigo, la indicación de hechos o actos que llevan al ánimo del investigador una sospecha o convicción que luego hay que probar *a posteriori* por los más complicados y científicos medios de investigación. En cualquier caso, el hallazgo se verifica después de haberse realizado el delito y normalmente, envuelto en la ganga de duda o incertidumbre, que es compañera inseparable de todo suceso humano que no es sorprendido en su nacimiento".

"Un delito cometido y no descubierto al instante, conspira incesantemente por desaparecer, y cuando esto no se consigue totalmente, se propende al menos a transformarse en un hecho de apariencia inocente. Así, cuando más nos alejamos del momento de su aparición, más se debilitan las huellas vivas que atestiguan su comisión. He aquí la razón de este singular y abreviado procedimiento penal. La certidumbre que brota de las pruebas directas y materiales ha influido siempre en la consideración de la responsabilidad humana, por la incontrovertible convicción que de ellas emana. La corroboración la tenemos, en sentido inverso, en el hecho de la falta de convicción que suministraba la confesión del reo, sin cuerpo del delito, y al contrario, se estimó como prueba irrefragable el descubrimiento del crimen en el momento de cometerlo. Es, por tanto, un procedimiento abreviado que nada influye ni sobre los elementos de la culpabilidad en juicio, quedando ambas intactas".

"Por tanto, la flagrancia se relaciona con la mejor prueba directa en cuanto el delito es flagrante, y por ello constituye la prueba de sí mismo" (pág. 580 ob. cit.).

Común a todas las nociones expresadas -según lo relató la Sala- aparece la diferenciación entre el sorprendimiento flagrante como causa y la aprehensión como una de sus consecuencias, y no la incondicional confusión entre estos dos aspectos, mucho menos la dependencia del criterio de flagrancia de la aprehensión efectiva del delincuente sorprendido.

La misma conceptualización se traslada al texto constitucional vigente, no distanciado en su redacción del precepto sustituido en la Carta Política anterior y bajo la cual se desarrolló el criterio jurisprudencial que se discute según pasa someramente a verse:

"El delincuente cogido *in flagranti* podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona" decía el artículo 24 superior hoy superado. *El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona,* reza el texto del actual artículo 32 constitucional (destacado de nuevo de la Sala).

En uno y otro caso, forzoso es precisarlo, la noción de flagrancia cumple el propósito de exceptuar por motivos de solidaridad (artículos 1º y 95-2 de la Constitución Política) y de necesario apoyo a la administración de justicia (artículo 95 numeral 7) la garantía de libertad que ahora plasma el precepto del artículo 28, en los términos que siguen:

"Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, si no en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

Por ello y en cuanto los preceptos 24 anterior y 32 vigente de la Constitución Política guardan el mismo contexto conceptual, bien merece connotar aquel aparte del fallo de Sala Plena de agosto 13 de 1987 transcrito en la ponencia del Magistrado Doctor Giraldo Angel evocada en renglones precedentes, en la medida en que allí se resaltaba que la expresión "cogido *in flagranti*" no remitía a "un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuese a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona".

Guardando estrecha relación y coherencia, fácil se comprende que tanto el Código de Procedimiento Penal por el cual se rigió esta causa como el Decreto 2700 de 1991 que le sucede en el tiempo hayan otorgado a la flagrancia distintas consecuencias, no solamente para reiterar en ese caso la facultad de capturar al delincuente sin previa orden judicial escrita (artículos 394 de antes y 371 de ahora), sino además para introducir en aquella compilación el procedimiento abreviado si a la flagrancia se sorprendía la captura (artículo 474), y en ella como en la de ahora un condicionamiento a la rebaja por confesión al advertir que ese beneficio de claro espectro hacia una política criminal de colaboración con la justicia, carece de sentido si el procesado aparece sometido por la fuerza de las evidencias que derivan de un sorprendimiento flagrante, así no haya operado bajo esas circunstancias su captura (artículo 301 anterior y 299 actual).

Es más: la anterior conclusión todavía se refuerza tanto para distanciamiento del criterio vertido por el Ministerio Público como para acentuar las diferencias con la postura de la disidencia, si se revisa el texto de las disposiciones contenidas hoy en los artículos 370 y siguientes del C. de P. P. y en concordancia la del artículo 299 *ibidem*.

En la primera de estas preceptivas (artículo 370), refiere el Decreto 2700 de 1991 a la flagrancia y de manera descriptiva apunta que ella se da "cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él..." comprendiendo de este modo tanto la flagrancia propiamente dicha como la doctrinariamente denominada *cuasi-flagrancia*, añadiendo en este género la situación de la persona que "es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura".

Obviamente que la noción se limita a referenciar el hecho del sorprendimiento en acto delictivo o en sus momentos inmediatos subsiguientes, pero con exclusión de la captura, que como bien se ve del artículo 371 que subsigue y precisamente confirma como una consecuencia, la más importante si se quiere, del sorprendimiento flagrante.

El epígrafe mismo del precepto así se anuncia: "Captura en flagrancia", y de texto no hay lugar a equívoco, porque al autorizar en él que "quien sea sorprendido en flagrancia será capturado por cualquier autoridad o persona y conducido en el acto, o a más tardar en el término de la distancia, ante el fiscal o funcionario competente para iniciar la investigación", se está diferenciando claramente que no en todos los casos de

flagrancia puede darse la aprehensión del delincuente, pero que en cualquiera de aquellos que describe el artículo 370, y solo en ellos, podrá operarse la captura.

Obligado concluir, entonces, como así se desprendía de las doctrinas de la Sala que en páginas precedentes se recuerdan, que ante el sorprendimiento inmediato, flagrante o cuasiflagrante dentro de la noción traída en el artículo 370 (antes artículo 394), el delincuente puede ser aprehendido por la autoridad o un tercero porque así lo autoriza la Constitución sin otra exigencia; pero también y a sentido contrario de fuerza afirmar que transcurrido el tiempo y distanciado ese sorprendimiento, no podrá realizarse la aprehensión sin previa orden judicial escrita, formal y legalmente justificada, porque en ese caso y sin desaparecer el sorprendimiento en acto que habrá quedado subeditado a la aportación probatoria que lo acredite, se ha distanciado en el tiempo del instante de su ocurrencia, único dentro del cual se autorizaba la consecuencia principal del aprehendimiento por vía de excepción.

Otras disposiciones, ya se ha dicho, ratifican todavía mas el criterio que se expresa. Téngase entre ellas en cuenta el evento del artículo 373 que regula única y exclusivamente los casos dentro de los cuales se conjugan la flagrancia y la captura en el caso del "servidor público", el artículo 344 que autoriza el allanamiento sin previa orden escrita del fiscal en casos de flagrancia, sin que la penetración al lugar no abierto al público se supedite al logro o no de la captura de los responsables pues lo que allí se busca es ante todo "impedir que se siga ejecutando el hecho", o el artículo 322 cuando faculta a la policía judicial para recibir versión "a la persona capturada en flagrancia y al imputado que voluntariamente la solicite", para resaltar la excepcionalidad de esa autorización concebida ante todo como oportunidad para que el retenido pueda procurar en su favor las constataciones inmediatas que puedan favorecerle, y que de otra manera se perjudicarían con el aplazamiento.

Todo lo anterior confirma la vigencia y actualidad de los criterios doctrinarios plasmados por la Sala en las dos decisiones traídas como sustento por la Procuraduría Delegada, si bien bajo un alcance que no entrañan, motivo por el cual se mantendrán por parte de la Corte en todo el ámbito de su vigencia, con las necesarias precisiones que sólo para disipar los riesgos de la sugerencia suscitada en el concepto de la Delegada se han hecho menester.

De regreso entonces al caso de la controversia, resulta claro que no podría compartir la Corte la tesis del Procurador cuando hace de la jurisprudencia de la Sala su propia interpretación para extender con un alcance omnicomprensivo la captura en flagrancia a episodios ocurridos precedentemente y lejanos en el tiempo cuando afirma que "...el sorprendimiento en flagrancia de Echavarría Borja en el concurso de hechos punibles de falsedad en documento privado a él imputados" hacen que su aprehensión el día 22 de mayo de 1991 constituya "inescindible episodio, perfectamente ligado a su ilícito proceder del 18, 20 y 21 del mismo mes y año, comportamientos típicos que se engloban dentro de idénticas circunstancias y evidencia probatoria".

Y es que el anterior planteamiento resulta además inaceptable porque si se trata de una pluralidad de delitos autónomos, cometidos en momentos diferentes, y si el sorprendimiento y captura del delincuente operó en la última de las realizaciones ilícitas,

es obvio concluir que la flagrancia sólo puede predicarse en relación con el hecho delictivo que estaba perpetrando cuando fue sorprendido y capturado, requisitos estos dos que conjugaba entonces el artículo para operancia del procedimiento abreviado.

La argumentación del Procurador habría resultado válida, si el legislador de 1980 hubiese conservado el denominado por la doctrina delito continuado, que bien se sabe fue creación de los prácticos en el período medieval, cuando la drasticidad de los procedimientos preveía la pena capital para quien fuese procesado por varios delitos, razón que llevó a estos juristas a proponer una especie de ficción jurídica, que permitía entender como una sola conducta delictiva, varios hechos fenomenológicos realizados por la misma persona, con una misma y única intención criminal, que afectaban el mismo bien jurídico tutelado; y de esta manera a quien en principio se debía procesar por varias conductas, dándose la posibilidad de imponerle la pena de muerte, se podía salvar de ella al recurrirse a esta ficción.

Pero fue querer del legislador hacer desaparecer la figura y en tales condiciones habrá de predicarse la existencia de un concurso homogéneo sucesivo de delitos, de los cuales el último dio lugar a la captura en flagrancia.

Con las reflexiones realizadas en precedencia se ha de concluir que no comparte la Sala las apreciaciones de su distinguido colaborador fiscal y, por tanto, habrá de casar parcialmente la sentencia, decretándose igualmente la nulidad parcial del procedimiento abreviado adelantado contra el procesado por los tres delitos de falsedad cometidos antes de ser sorprendido y capturado en flagrancia, puesto que ellos deben ser tramitados por el procedimiento ordinario.

En las condiciones anteriores debe la Sala proceder a una nueva tasación de la pena, para imponer la que corresponde únicamente por el delito de falsedad, porque recuérdese que a pesar de que el implicado fue llamado a juicio y condenado por cuatro delitos contra la fe pública, la verdad es que sólo el último permitía el adelantamiento del procedimiento abreviado, por tratarse de una situación de flagrancia.

Como existen copias de sentencias condenatorias proferidas contra el aquí procesado por delitos similares, en la tasación de la pena no se podrá tener su conducta anterior como correcta ni partir, entonces, de la pena mínima de un año, sino que se aumentará en seis meses más, para un total de dieciocho meses, que dejará la punibilidad definitiva a imponer en dieciocho meses de prisión, como responsable del delito de falsedad en documento privado de acuerdo con las previsiones del artículo 221 del C. P.

Se le impondrá igualmente interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, que deberá cumplir una vez haya descontado la pena principal.

Se le condenará al mismo tiempo, en abstracto, al pago de perjuicios materiales y morales, por la imposibilidad de tasarlos en el momento, puesto que el patrimonio resultó afectado por las tres primeras contravenciones que no son ahora motivo de juzgamiento; (en la cuarta no hubo perjuicios porque fue capturado en el momento de la realización de la conducta); como tampoco lo son las tres falsedades por las cuales se deben compulsar copias para que sean investigadas. En el mismo sentido se debe proceder con respecto a las contravenciones.

Por sus antecedentes no se le concederá al procesado el beneficio del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Expídanse las comunicaciones con destino a las autoridades respectivas, previstas en el artículo 501 del C. de P. P.

En criterio de la mayoría de la Sala la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, debe ser pagada una vez se haya cumplido el tiempo de la pena privativa de la libertad y en tal sentido se ha afirmado recientemente:

"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... como consecuencia las dos situaciones que en detrimento del acusado se anotan. Lo que significa la reducción de un año en la pena de prisión como el regreso a los 10 fijados en el Juzgado como interdicción, pues no resulta posible disminuir la pena accesoria por debajo de ese tope cuando su tasación depende por excepción de la voluntad legal (artículo 52 del C. P.) y no de la individualización judicial que como principio rige frente a las demás sanciones y dentro de los topes normativos, según en tal sentido se infiere de los concordantes artículos 55 y 92 del Código Penal". (Sentencia de casación del 15 de diciembre de 1992. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

Como se encuentra privado de la libertad por un tiempo superior al que se le impone por medio de la sentencia se librará la correspondiente boleta de libertad, a condición de que no sea requerido por otra autoridad.

Son suficientes las consideraciones anteriores 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 el fallo impugnado y como consecuencia del mismo se declara la nulidad parcial en cuanto al procesamiento por las cuatro contravenciones de estafa y las tres falsedades en documento privado, como se precisó en la parte motiva de esta providencia.

Condenar a Juan Bautista Echavarría Borja a la pena principal de diez y ocho (18) meses de prisión como responsable del delito de falsedad en documento privado tal como se encuentra previsto en el artículo 221 del C. P.

Condenar al mismo a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, que se ejecutará con posterioridad al cumplimiento de la misma.

Condenar al procesado al pago en abstracto de los perjuicios morales y materiales ocasionados con el delito.

Decretar la libertad del procesado por cumplimiento integral de la pena impuesta, siempre y cuando no estuviere pagando otra condena o detenido por otro proceso.

Líbrense las comunicaciones ordenadas en el artículo 501 del C. de P. P.

Ordenar que por el *a quo* se compulsen sendas copias de la actuación, para que se investiguen los delitos y las contravenciones afectadas por la nulidad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel (con Aclaración de Voto), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (con Aclaración de Voto), *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* (con Aclaración de Voto), *Jorge Enrique Valencia M.* (Salvo mi Voto).

Rafael I. Cortés Gaviria, Secretario.

FALSEDAD
(Salvamento de Voto)

Para que exista en sentido penal falsificación de la firma debe ésta constituir una imitación. Condición natural de la misma es la imitación de la verdad. El que falsifica debe por sobre todo querer falsificar.

1º. En el caso de la especie no existió imitación dolosa de la verdad en la firma del cuentacorrentista, ni calco alguno, ni reproducción de la escritura, ni contrahechura o contrahacimiento, menos remedo o repetición, ni en fin, nada que se le parezca para integrar la falsedad del tipo como lo quiere la mayoría. Hubo sí *immutatio veritatis* pero no *imitatio veritatis* y algo va de un fenómeno a otro en el sentido estrictamente profesional del derecho penal.

2º. Con terca prédica sigo creyendo que la imitación de la verdad es extremo importantísimo de la criminalidad del delito de falsedad documental. No está en mis intenciones exponer toda la compleja temática del asunto ni tener obstinadamente que esforzarme para convencer a otros de la sensibilidad jurídica de mis palabras. Que serán pocos, por supuesto. Me remito, entonces, a mis trabajos doctrinales y al salvamento de voto que en su momento presenté para un tema similar. (Cfr., Casación de octubre 5 de 1990 donde fuera ponente el honorable Magistrado Dr. Torres Fresneda).

Contra las ideas y creencias comunes he dicho y repetido cien veces:

a) Para que exista en sentido penal falsificación de la firma debe ésta constituir una imitación. Condición natural de la misma es la imitación de la verdad. El que falsifica debe por sobre todo querer falsificar.

La firma acostumbrada del girador tiene que ser materia de calco o copia. Nada hay de libre en la imitación física de los trazos escriturales. La conducta del autor, tratándose de una falsificación, debe undercarse, *stricto sensu*, a reproducir algo previamente existente, un modelo, un arquetipo, sin cuyo propósito imitativo no se concibe el tipo. La exigencia de una creación imitativa hace parte de su realidad óntica. El agente debe estar consciente del formaje verdadero, para que el acto refleje, a la observación primaria, similar valor al real. Tal la tesis prevalente desde antiguo y la científicamente exacta;

b) Si por desconocimiento de la identidad personal del librador y de los signos, caracteres y rasgos que individualizan su modelo de escritura, el autor llena liberalmente el continente del instrumento, ¿será aceptado decir, sin inferir grave daño al principio de

tipicidad, incorporado a nuestra legislación penal (artículo 3º), que falsificó su firma o que remedó sus cualidades escriturales o que servilmente copió el perfil de sus grafías? Si al término falsificar se le otorga un amplio espectro o una significación excesivamente lata conforme a la terminología común, es claro que la respuesta será positiva.

Pero si se le concede un entendimiento condicionado, técnico, dogmático, estrictamente penal, la réplica devendrá negativa. Bajo la primera perspectiva -insistimos- no subsisten los caracteres de la falsificación. ¿Dónde encontrarlos si además de una evidente falta de voluntad por imitar existe una absoluta imposibilidad por remedar los caracteres gráficos de la firma ajena?;

c) Parece, pues, razonable entender que mientras no se imitan o reproduzcan los signos, formas, imágenes o trazos de caligrafía de quien a través de ésta individualiza sus actos de voluntad, tal comportamiento no constituye título de falsedad, si bien la acción puede desplazarse a otra área de lo injusto típico. Quien desconociendo los caracteres morfológicos de la aposición auténtica, crea idealmente un nombre supuesto, o coloca el suyo, desfigurando o no su propia caligrafía, o traza una firma indeterminada o de fantasía, sin imitación de lo auténtico y en todo caso sin corresponder a las notas esenciales de los signos verdaderos, no pretende falsificar y sí crear específicamente condiciones tendentes a hacer incurrir en error a alguien. Cuando el autor no se preocupa por imitar acabadamente los signos individualizadores del otorgante en el título valor y lo llena ficticiamente, induciendo en error al sujeto pasivo, el documento así exhibido tendrá todos los visos de una mentira, de un artificio engañoso, de un fraude criminal subsumible dentro de los contornos clásicos de la estafa y jamás dentro de las previsiones típicas comportamentales de la falsedad. Debe por tanto descartarse éste último título en todas aquellas hipótesis en donde los signos de autenticidad de la rúbrica no corresponden a los rasgos gráficos de quien antijurídicamente lo suscribe y llena;

d) El elemento subjetivo, en su vertiente criminal, viene integrado por la voluntad consciente del autor de alcanzar un fin predeterminado por su saber causal, acción final de voluntad que matiza y sublima una conducta libremente elegida. Solo el aspecto final subjetivo puede fundamentar el juicio de reproche.

De no ser así, la voluntad de realización, dentro de la estructura total de la acción, se verá interferida por consideraciones y aconteceres extraños al fin elegido. Si como en el supuesto que manejamos, el agente medita anticipadamente el fin que persigue, si selecciona los medios, instrumentos, elementos o factores causales para ejecutar el acto, si el contenido subjetivo-psicológico de su comportamiento se endereza a crear argucias, estratagemas, ardides, y una atmósfera engañosa para viciar la voluntad y hacer incurrir a alguno en error, en una palabra quiere engañar y no falsificar, y si todo esto permite predeterminar teleológicamente y en conjunto, el fin de su conducta, lano es entender que su voluntad no se dirige a causar lesión al bien jurídico de la fe pública y sí al patrimonio. Aceptar, pues, el tipo penal de la falsedad en las circunstancias precedentes cuando el sujeto -se recalca- no dirige finalísticamente comportamiento alguno a vulnerar el bien jurídico allí resguardado, ni existe dirección específica de la voluntad, para realizar tal conducta ni hay conciencia en el autor por falsificar, sería tanto como ignorar la función autónoma de la voluntad, su contenido potencialmente vital, el desvalor intrínseco de la actividad, la relación que existe entre la voluntad y la acción.

Lo que haya querido el autor, el fin de su conducta, no es ni puede ser indiferente al Derecho Penal. Este no puede desembarazarse del examen de una actividad conscientemente dirigida a un fin prefijado para admitir meros "reflejos" causales que apenas se subsumen en el complejo total. El hombre es autor de una conducta final y no causal, de un querer que señala un acto particular de la voluntad de acuerdo a su esencia ontológica y no de resultantes accidentales provenientes de movimientos corporales o mecánicos. Todo intento por variar la función de la voluntad, su acción final, es arbitrario e inconsecuente. Pertinente la cita de Welzel: Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad, de preveer, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente éste, conforme a un plan, a la consecución de un fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. (Cfr. *Apuntamientos sobre el cheque entregado por el autor sin imitación de la firma del titular de la cuenta corriente*. Estudios de Derecho Penal Especial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1990, páginas 150 y ss.).

3º. Esto es todo y bastante para afirmarme otra vez en el criterio de que falsificación e imitación son ideas inseparables. Y he entendido también que la actividad creadora -que no imitativa- no es conducta que afecte el bien jurídico de la fe pública y sí presupuesto del tipo penal de la estafa. En el ámbito del falso, materialmente debe existir una actividad imitativa entre dos firmas -la auténtica y la apócrifa- bien que no es necesario que la imitación sea artísticamente exacta o de absoluta perfección.

Apenas idónea y apta para engañar. Si la *imitatio* -que es parte integral del tipo- no se da en el caso penal, el delito deriva hacia formas comunes de fraude. En esta específica ocurrencia en donde el documento falsificado se inventa o se crea sin asumir imitación de lo verdadero, no es relevante el quehacer falsario y en todo caso, el hecho no se acondiciona a esta tipicidad.

4º. Esta cuestión vitalmente sugestiva y sus pensamientos más descollantes los he refrendado una vez y otra en todos los ámbitos, con resultados adversos a juzgar por el riguroso inventario negativo que conozco. Así se vive la vida jurídica. Con estima y sobreestimas. De todas maneras creyendo que en el caso de autos una base tortísima de razón acompañada (el criterio de la imitación ha sido difundido por Carrara, Lombardi, Maggiore, Hungría, Fontán Balestra, Puig Peña y entre nosotros, por Pacheco Osorio y Zafra), no puedo menos que insistir en estas verdades científicas que en el medio judicial no representan más que una profesión de fe. En supuestos parecidos no sé hacer otra cosa que disentir aunque bueno es advertir que con tales actitudes se sobrevive intelectualmente, sin duda. De todas formas, el seudoinmediatismo cobra valor singular pues es natural tener en estima las propias razones y no las que suelen preferir los demás. Si a más de eso, obviamente, uno está convencido de las bondades y virtudes del criterio.

5º. Y si bien es veraz que forman considerable falange los escritores y jurisperitos que sostienen la tesis contraria a la aquí expuesta, quede por descontado mi desapego a dicha hegemonía doctrinal y jurisprudencial y como un querer de primera fila mi adhesión incondicional a los planteos expuestos. A veces uno se conoce muy bien. Por

cierto que son excelentes las refriegas de la pluma y sus naturales sacudimientos cuando a ultranza se defienden posiciones que allá o acá se consideran acertadas. Lo que está mal es no ser propietario de sí mismo y de sus propias ideas. Por ello, hallo como cosa muy natural, distanciarme del criterio de la mayoría.

Debió, pues, de la Corte decretar la nulidad de la actuación por errónea calificación del hecho punible.

6°. No estará demás aclarar que con relación al asunto de la flagrancia -recordando lo bueno de la sentencia donde fuera ponente el Dr. Mantilla Jácome- sus proyecciones deben seguir regentando la jurisprudencia. Me identifico, pues, con tales ideas pero no con los argumentos que se pretenden ahora, por parte de los distinguidos Magistrados que aclaran su voto, bien que reconozco que su dialéctica algún valor debe alcanzar. Otro día, por supuesto, conociendo como conozco las fluctuaciones de la jurisprudencia.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*.

FLAGRANCIA
(Aclaración de Voto)

Lo que exige la flagrancia es el sorprendimiento del autor del hecho punible en el momento de la realización del mismo o en los momentos subsiguientes, y su consecuente captura.

Ante el hecho de que la Sala aceptó en gran parte la motivación presentada en el proyecto convertido en fallo en este asunto y que adoptó la decisión del recurso en los términos propuestos, debemos limitarnos a aclarar el por qué de nuestra inconformidad con la fundamentación finalmente aprobada.

Nos corresponde advertir que esta sentencia, no obstante expresar que no existen motivos para modificar el alcance del criterio jurisprudencial vigente en materia de flagrancia, finalmente cumple ese objetivo que habíamos propuesto a la Sala, pues restringe la interpretación laxa y peligrosa que advertíamos en el proyecto discutido, para delinear los alcances de ese fenómeno procesal.

El concepto emitido por la Delegada Penal ha obligado a realizar un nuevo análisis que nos condujo a apartarnos de la afirmación contenida en el pronunciamiento de primero de diciembre de 1987, del cual fue ponente el Dr. Mantilla Jácome, en cuanto que, en nuestro sentir, la identificación o individualización del autor del hecho no es elemento integrante del concepto de flagrancia, pues lo que ésta exige es el sorprendimiento del autor del hecho punible en el momento de la realización del mismo o en los momentos subsiguientes, y su consecuente captura.

Pretender que la flagrancia se estructura con el solo sorprendimiento de una persona en el momento en que comete el delito, sin captura, sería ampliar el concepto a límites no previstos en la Carta Política y que podría dar lugar a excesos, arbitrariedad y desconocimiento del principio constitucional, porque bastaría que una persona o grupo de personas dijeran haber visto a alguien cuando realizaba un delito, para que mucho tiempo después se pudiera operar la captura sin orden escrita de autoridad judicial; o en la hipótesis prevista en el artículo 301 del anterior ordenamiento procesal y ahora en el artículo 299, sería suficiente que alguien dijese haber visto al delincuente en el momento de la realización ilícita para que su confesión fuera inútil para efectos de obtener la rebaja de pena prevista en las normas antes citadas.

Cuando una persona es vista cometiendo una actividad ilícita y no es capturada en ese momento o en lo inmediatamente subsiguiente, bajo ninguna circunstancia y para

ningún efecto procesal puede ser considerada en situación de flagrancia, y su vinculación al proceso dependerá del análisis que se haga de las exposiciones de los testigos presenciales de los hechos, pero no como un caso de flagrancia.

Por lo tanto, no se puede pensar en la existencia de la flagrancia cuando ni en el momento de la realización del hecho, ni en los subsiguientes es posible capturar al autor, así éste haya sido plenamente identificado o individualizado, porque con la tesis hasta ahora imperante prácticamente desaparecería la garantía constitucional que protege la libertad ciudadana, pues, se reitera, bastaría que cualquier agente de la autoridad o ciudadano particular dijera haber identificado al autor de un delito para que no fuera indispensable la orden escrita de autoridad competente, por motivos previamente definidos en la ley.

Tanto fundamento tendrá el temor planteado en lo que evidentemente se trata no de una inadecuada interpretación de la jurisprudencia en cuestión, sino de su cabal y entendible significado, que el Procurador Delegado con base en ella sostiene que en el caso concreto que es motivo de juzgamiento la flagrancia no sólo se operó en la última de las delincuencias realizadas por el procesado, sino también en las realizadas en los tres días anteriores, no porque hubiera sido capturado en el momento de haberlas realizado, sino por haberse logrado su identificación o individualización.

Esta es precisamente la nefasta consecuencia de la jurisprudencia que se comenta, porque con la identidad de su contenido se termina concluyendo que para que se dé la flagrancia como concepto constitucionalmente consagrado no es menester la captura, sino la simple identificación o individualización en el momento de la realización delictiva.

El único concepto válido de flagrancia con consecuencias jurídico-procesales es el contenido en la Carta Política, y por ello la interpretación de su alcance y contenido no debe hacerse tomando como única base la norma procesal, sino que debe ser entendido a la luz del artículo 32 del texto constitucional cuando sostiene: "El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador".

De conformidad con ese texto superior si una persona sorprende a otra en el momento de una realización delictiva y no logra la captura, deberá presentarse ante la autoridad y denunciar el hecho o servir como testigo haciendo un relato de los hechos percibidos, dando la respectiva identificación o individualización del autor de tal conducta.

Tan acertada es esta interpretación, por demás fiel a los lineamientos constitucionales, que la definición del vocablo flagrancia, desde la perspectiva jurídico constitucional-procesal, se encuentra con el Título III del Código de Procedimiento Penal que trata sobre "Captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional y *Habeas Corpus*" y de la manera específica en el Capítulo I que alude de manera especial a la "Captura",

porque es obvio que el sorprendimiento de un delincuente en el momento de su accionar antisocial sólo puede tener relevancia si es capturado de inmediato.

No se puede desconocer que la interpretación dada desde la perspectiva de la lingüística admite las dos posibilidades, esto es, que se entienda sorprendida en flagrancia la persona que ha visto en el momento de realizar una conducta delictiva; y la universalidad del idioma igualmente permite la expresión gramatical de haber sido capturado en flagrancia, cuando el ciudadano no sólo fue sorprendido, sino también capturado en ese momento. Pero frente a tal reconocimiento se debe actualizar la aplicación de una norma importantísima de interpretación jurídica contenida en el artículo 28 del C. C. en cuanto determina: "Las palabras de la ley se entenderán en su contenido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

Es lo que sucede en este evento, porque como se expuso con anterioridad, el concepto lingüístico admite la concurrencia de dos situaciones fácticas relacionadas con el término flagrancia; una la del simple sorprendimiento, y la segunda, la del sorprendimiento seguido de captura. No obstante, tal posibilidad lingüística es restringida por el constituyente en cuanto recurre al vocablo flagrancia para unirlo indisolublemente al de captura, como ya se vio en la cita del texto constitucional y como ocurre en la realidad legal de la norma procesal, en donde se define la flagrancia indisolublemente referida a la captura.

Ello es así, porque la preceptiva constitucional comentada no establece un derecho, sino una excepción al derecho consagrado en el artículo 28 de la Carta, en cuanto garantiza la libertad y la imposibilidad de que ésta sea desconocida salvo por "virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley".

De tal manera que si se trata de una excepción al procedimiento constitucionalmente previsto para que un ciudadano pierda la libertad, es apenas obvio que la Carta hace relación a la flagrancia en un concepto inescindible con el de la captura, puesto que en el artículo 28 dispone que solo se podrá ordenar la pérdida de la libertad por medio de orden escrita de autoridad judicial; y en el artículo 32 establece una excepción, en cuanto que, si el delincuente es sorprendido en flagrancia, la captura se puede realizar sin que sea menester la previa orden escrita de autoridad judicial.

En el mismo sentido se define el concepto de flagrancia en la norma procesal penal, esto es refiriéndola a la captura; y por ello se integra dentro del respectivo título y capítulo donde se prevén todas las formas autorizadas de captura existentes en la Constitución y la ley.

Las expresiones flagrancia y captura en flagrancia son utilizadas en numerosas normas procesales. Es así como el artículo 370 define lo que es flagrancia; el artículo 371 precisa el procedimiento a seguir para el capturado en flagrancia; y el 373 regla el procedimiento que impera para la captura en flagrancia del servidor público.

Es importante destacar como en el artículo 372 que consagra la captura públicamente requerido al establecer que: "En estos casos, se aplicará lo dispuesto para las situaciones de flagrancia" y obsérvese que en esa norma no se le agrega el vocablo

captura, pero es perfectamente evidente y lógico que se está refiriendo al procedimiento a seguir cuando se presenta la captura en flagrancia previsto en el artículo 371. También conviene resaltar el contenido del inciso segundo del artículo 322 relacionado con la versión del imputado en la investigación previa, en donde se afirma: "Quienes cumplen funciones de policía judicial sólo podrán recibirle versión a la persona capturada en flagrancia y al imputado que voluntariamente la solicite. *Cuando no se trate de flagrancia, la versión tendrá que recibirse en presencia del defensor...*".

Es apenas lógico concluir que cuando el legislador utiliza la expresión flagrancia, en la parte subrayada por la Sala, está haciendo alusión única y exclusiva a la captura en flagrancia, así no utilice el primer vocablo, es decir "captura".

En las anteriores circunstancias es imperioso que el intérprete, en el análisis gramatical de las expresiones legales referidas a la flagrancia, así no se mencione o cite el vocablo captura, deba sobreentenderlo ligado al anterior, porque ha sido querer del constituyente y del legislador darle esta especial connotación, por fuera de las eventualidades que pudieran surgir de la utilización del lenguaje en toda su universalidad.

Por ello, la concepción de la jurisprudencia que se analiza resulta equivocada, porque, bien sea para referir la flagrancia a la captura sin orden judicial, o a las consecuencias que puede tener en relación con la rebaja de pena por confesión, prevista en el artículo 392, necesariamente al sorprendimiento ha de subseguir la captura, porque si se da sólo el sorprendimiento, el acto de presenciar un hecho delictivo derivará en una declaración en la que el testigo manifestará ante las autoridades lo que ha presenciado, pero en nada más.

Así mismo en la parte del proyecto de fallo no respaldada por la Sala expresamos la necesidad de revaluar el alcance de la jurisprudencia de diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, de la que fuera ponente el Dr. Giraldo Angel, cuando refiriéndose a la misma temática afirmó:

"Ahora bien, cuando sorprendida una persona en la comisión de un hecho delictuoso, y se le identifica en forma plena y segura, pero no se logra su captura, es factible hablar de flagrancia, por lo que en el caso de surgimiento posterior de una confesión es dable desestimarla como atenuante de la pena -artículo 301 del C. de P. P. (el de 1987), porque la flagrancia sí se dio, aunque sin su correlato de la captura, aspecto este último que no exige el citado artículo 301 para establecer la desfavorable consecuencia que prevé".

"No hay, se reitera, la flagrancia cuando la víctima o terceros no descubren, al momento de ejecutarse el punible, su carácter delictivo. Es necesario, pues, que el ofendido o terceras personas sientan, con la comisión del hecho, que se perpetra o intenta perpetrar un delito, que sacude su sentimiento y desencadena la reacción denunciatoria (voces de auxilio) y persecutoria de quien así se comporta, cuando ello es física y psíquicamente posible. De ahí que no se pueda hablar de flagrancia en el caso del estafador que gira un cheque de chequera robada para pagar una compra sin que el vendedor se percate del engaño que es objeto, o el terrorista que entrega en la portería de un edificio una carta bomba que estalla varias horas o días después, así se le capture posteriormente como resultado de la investigación".

En el mismo texto jurisprudencial que se cita y haciéndose referencia al artículo 24 de la anterior Constitución se dijo: *El artículo 24 de la Constitución Nacional, con el empleo de la expresión "cogido in flagranti" está significando no un fenómeno de aprehensión, captura o atrapamiento, porque si así fuera a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente, en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Lo que se significa es el sorprendimiento (ser visto, percibido, descubierto) al momento de cometer el delito o tiempo inmediatamente después del mismo, o como dijo la Corte "que se esté cometiendo un delito o que éste acabe de consumarse momentos antes"* (fallo agosto 13 de 1987. Magistrado ponente Doctor Jesús Vallejo Mejía, exequibilidad del artículo 393 del C. de P. P.).

De la parte resaltada se ha de reiterar que la interpretación que hace el Procurador Delegado en relación con la jurisprudencia que se analiza, no es una malinterpretación, ni se trata de que le esté dando alcances que la Sala en ningún momento pensó, sino que, por el contrario, se limita a interpretarla justamente en lo que dice de conformidad con su literalidad y como hasta ahora se ha venido aplicando.

En la parte final de la jurisprudencia de la Sala, últimamente citada, se menciona un fragmento de una decisión de constitucionalidad que a continuación se transcribirá en la integridad de su texto, porque esa interpretación refrenda y ratifica la contenida en el proyecto discutido. En relación con el tema de la flagrancia, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, dijo: "En *'flagrante'* significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, 'en el mismo momento de estar cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir'. La definición que ofrece el texto acusado se ajusta a este concepto, pues para que haya flagrancia requiere que se esté cometiendo un delito o que éste acabe de consumarse momentos antes, *sin que el actor haya podido huir*; de ahí que haya flagrancia cuando el delincuente sea perseguido por la autoridad o por voces de auxilio se pida su captura". (Las cursivas son del texto).

Véase entonces cómo el Juez Constitucional hace referencia a la flagrancia como necesariamente unida a la captura, pero sin mencionarla.

Es claro que el derogado artículo 393 del C. de P. P. de 1987 utilizaba el término "sorprendida" y en éste se limitaba a copiar la expresión constitucional del artículo 32 en el mismo sentido, pero, de su utilización no se puede llegar a la conclusión que en su momento adoptó la Sala en la jurisprudencia citada por el Ministerio Público y que ahora es motivo de análisis, porque la norma constitucional relacionada con la flagrancia justifica su existencia en el propósito de crear una excepción al principio general según el cual la libertad de locomoción de un ciudadano solo puede ser restringida por "mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley", de conformidad con las previsiones del artículo 28 de la Carta. El establecimiento de esta excepción indica entonces que quien sea sorprendido en el momento de la ejecución de un hecho delictivo o en los momentos inmediatamente subsiguientes a su realización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 370 del C. de P. P., puede ser capturado y llevado ante el juez o fiscal competente por cualquier persona. Esta genérica autorización comprende a las autoridades, como es apenas obvio, y a todos los ciudadanos; o la posibilidad de perseguirlo y en caso de

refugiarse en su domicilio penetrar en él sin necesidad de orden judicial o si lo hace en domicilio ajeno, no necesitará más que un requerimiento al morador del mismo.

Al tenor de esta comprensión, entonces, la Constitución está utilizando la expresión en el significado etimológico que de flagrancia da el idioma, pero unicado el concepto al de captura, y emplea el vocablo como un instrumento descriptor de la conducta que es presupuesto fáctico para que surja la facultad excepcional, para cualquier persona, de capturar sin que medie orden judicial.

Bajo ninguna circunstancia se podría aceptar que quien fue identificado en el instante de cometer el delito, pero no fue capturado en ese momento o en los inmediatamente subsiguientes, pudiera serlo con posterioridad, sin la existencia de la orden judicial; y menos admisible sería autorizar un apresamiento cuando la identificación se ha logrado por medio de testigos, o como ha sucedido en muchas ocasiones, mediante fotografías o video grabaciones captadas en el momento de la realización del hecho ilícito. Ese solo hecho no permite hablar de la flagrancia, pues la consecuencia de su reconocimiento sería la permisión de la captura, días, meses, años o después sin que mediara orden de autoridad judicial.

Si la garantía constitucional para preservar y salvaguardar la libertad de los ciudadanos de la omnipotencia del Estado y de la arbitrariedad de sus funcionarios, ha sido el establecimiento de una única competencia que pueda limitarla, con la única excepción a que se ha estado haciendo referencia, es lógico concluir que la interpretación dada en su momento por la Sala, aun cuando para llegar a conclusiones relacionadas con asuntos diversos a los ahora analizados, podría significar un franco desconocimiento de la libertad tal como aparece constitucionalmente consagrada, porque bastaría la simple afirmación de cualquier ofendido o testigo, de haber reconocido al imputado en el momento de la realización del hecho ilícito, para que las autoridades pudieran operar la captura sin necesidad de orden judicial.

Las providencias comentadas establecían una diferencia entre flagrancia y captura en flagrancia, como si se tratara de dos expresiones utilizadas por el legislador para hacer referencia a fenómenos diversos; es así como aquella de la cual fue ponente el Doctor Mantilla Jácome hace relación al artículo 301 de la legislación anterior afirmando que habla simplemente de flagrancia, mientras que al referirse a los casos que daban lugar al procedimiento abreviado la normatividad alude a la captura en flagrancia y de allí, entonces, se deduce la existencia de una diferencia entre las dos expresiones; interpretación que se adopta en el pronunciamiento del cual fue ponente el Doctor Giraldo Angel al afirmar que cuando la persona es identificada en el momento del hecho delictivo, así no sea capturada, se habrá dado la flagrancia, para efectos de negarle la rebaja prevista en el artículo 301 por confesión simple.

Es claro que la referencia a la flagrancia en el artículo 301 de la legislación anterior, alude al hecho de haber sido sorprendido y capturado, que es en realidad la única interpretación que admite la expresión normativa, siguiendo los lineamientos constitucionales ya analizados.

En tratándose del tema específico de la libertad y de la única excepción consagrada constitucionalmente para que ella pueda ser desconocida sin orden escrita de autoridad

que aparece consagrada en el artículo 372 del C. de P. P. no es una excepción a la garantía constitucional del artículo 28. En la norma citada se dispone: "Cualquiera podrá aprehender a la persona cuya captura haya sido públicamente requerida por la autoridad competente. En estos casos, se aplicará lo dispuesto para las situaciones de flagrancia"; y no es una excepción a las previsiones del artículo 28 de la Carta, porque en este caso concreto se tiene la convicción de que existe una orden de captura, emitida por escrito por un juez competente, con el lleno de las formalidades de la ley y por motivos previamente señalados en ella; ocurriendo que de manera regular, por la peligrosidad del solicitado, se hace conocer públicamente del medio social que está requerido por la autoridad y por ello se faculta a cualquier persona para que realice la captura.

Este tipo de requerimientos públicos ha sido utilizado en todos los tiempos y en todos los países y, como ya se dijo se reserva fundamentalmente para los delincuentes más peligrosos, incluyendo, a veces, el ofrecimiento de una recompensa para quien posibilite la captura de quien es solicitado por la justicia.

Lo anterior para concluir que la garantía constitucional de la libertad no admite sino las excepciones especialmente previstas en la Carta.

Ahora bien, la Sala en este pronunciamiento ha restringido la amplia interpretación que admitía la jurisprudencia precedente, pues proclama: "...fuerza afirmar que transcurrido el tiempo y distanciado ese sorprendimiento, no podrá realizarse la aprehensión sin previa orden judicial escrita, formal y legalmente justificada, porque en ese caso y sin desaparecer el sorprendimiento en acto que habrá quedado supeditado a la aportación probatoria que lo acredite, se ha distanciado en el tiempo del instante de su ocurrencia, único dentro del cual se autorizaba la consecuencia principal del aprehendimiento por vía de excepción".

Y posteriormente concluye que mantendrá la vigencia de los pronunciamientos citados por el Ministerio Público "con las necesarias precisiones que sólo para disipar los riesgos de la sugerencia suscitada en el concepto de la Delegada se han hecho menester".

Cumplido en esos términos el objetivo que se propuso en el proyecto de fallo, sólo nos resta manifestar que, con una motivación distinta, participamos de la decisión adoptada, sin dejar de guardar el debido respeto por la opinión de los distinguidos compañeros de Sala.

Edgar Saavedra Rojas, Magistrado;

Ricardo Calvete Rangel, Magistrado.

Fecha, *ut supra*.

FLAGRANCIA
(Aclaración de Voto)

La extensión de la flagrancia, sobre el supuesto de un enteramiento de terceros, se lleva de calle el beneficio del artículo 299, cuando la confesión se da con todos los requisitos mandados por la ley, pues la huida del procesado en nada afecta la flagrancia (simple sorprendimiento), mermándose así posibilidades de una eficiente confesión. / Sorprendimiento y captura vienen a integrar la figura de la flagrancia, pero ésta no se da si opera sólo una de ellas, es decir cuando solo hay sorprendimiento y no captura, o captura sin sorprendimiento.

La forma como se ha interpretado el concepto de flagrancia, me lleva a separarme de esa apreciación y de ahí que deba consignar las razones del disentimiento:

Para la Mayoría de la Sala, el factor exclusivo y excluyente para establecer la flagrancia, lo constituye el sorprendimiento, o sea, el enteramiento de la acción criminal por parte de terceros, resultando prescindible y secundaria la captura del procesado que puede darse o no. A este respecto debe empezarse por decir que la excepcionalidad que marca el legislador sobre la flagrancia, vendría a convertirse en regla opuesta, o sea, que pasaría a ser evento general y corriente, pues casi todos los procesos trasuntan una visualización directa de los hechos, por alguien. Y, además, los fenómenos de certidumbre que la figura destaca (comisión del hecho, individualización del sujeto activo del mismo, conocimiento, de terceros de lo acaecido y consiguiente captura) se desfiguran y desvanecen cuando la noción se amplía en el sentido admitido por la Sala.

El proceso abreviado (universal y útil consecuencia del fenómeno comentado pero desechada por el vigente Código) coloca de manifiesto esta interpretación puesto que la celeridad del mismo no podría afincarse sino en el evento de la concomitante aprehensión del incriminable, que eliminaba por tantos emplazamientos y esfuerzos de identificación con base en la prueba aportada, pero no respaldada por un fenómeno de captura en estas circunstancias. Pero así haya variado en esto el procedimiento, la tesis sigue siendo válida porque la reforma, al respecto, solo buscó exacerbar el debido proceso y el derecho de defensa.

De otro lado cuando la Constitución Política, está emparentando la flagrancia con la reducción del ejecutor del hecho, así se refugie en domicilio propio o ajeno, le está marcando a la flagrancia su nota distintiva: la consecuente aprehensión como efecto del sorprendimiento.

Además, la extensión de la flagrancia sobre el supuesto de un enteramiento de terceros, se lleva de calle el beneficio del artículo 299, cuando la confesión se da con todos los requisitos mandados por la ley, pues la huida del procesado en nada afecta la flagrancia (simple sorprendimiento), mermándose así posibilidades de una eficiente confesión.

El reconocimiento de flagrancia, en estas extendidas condiciones, daría lugar a discusiones inacabables, lo que no sería, y en ello para mientes el legislador y la doctrina, cuando se produce el fenómeno de la captura. Para no aludir sino a dos hipótesis, se citaría el caso de aclaraciones (visualizaciones o sorprendimiento del hecho) contradictorias sobre un mismo suceso, la imposibilidad de los testigos para establecer, con sus informaciones, la individualización del procesable. Y esta otra hipótesis: cometido un hecho por persona que acude ante la autoridad y confiesa plenamente su acción, sin que existan testimonios de terceros sobre tal acontecimiento, no hay duda que, a ese momento, se le debe reconocer la diminuente del artículo 299 del C. de P. P. Pero, meses después el acopio probatorio demuestra que fueron varias las personas que observaron el suceso e identificaron a su autor. ¿Qué decir entonces: que como lo que prima es el "sorprendimiento", así la información de éste haya llegado tardíamente y con posterioridad a la confesión del procesado, debe rechazarse la mencionada detracción, porque la investigación, a la postre, ha evidenciado que fue en flagrancia?; o, ¿reconocer la diminuente, que para su fecha tenía sus características propias? La cuestión se complica, y la doctrina deberá señalar derroteros de estricta severidad o de laxa valoración, cuando todo puede fijarse con precisión y solidez, a partir de la exigencia de la captura para conformar la flagrancia.

No está por demás apuntar lo siguiente: Una flagrancia sin captura traduce un sorprendimiento incompleto, que desintegra en cierto modo el concepto totalizante que con ellos se quiere significar. Por eso la voz popular, tan usualmente atinada para convertir en vida lo que es teoría o traducir en sencilla noción lo que es abstracta especulación, entiende la flagrancia como retención del delincuente con las manos en la masa, sea que lo esté perpetrando o es tanta su proximidad con el mismo que éste parece retenerle o rodearle.

En la flagrancia el ejecutor hace parte inseparable del hecho y debe mantenerse esta inserción (captura) para conservar el concepto en su nítido valor, puesto de manifiesto en su natural definición que destaca sorprendimiento de hechos y de autor: "el delito que el autor está cometiendo en el momento de ser sorprendido". A lo más que puede llegarse en cuanto extensiones de la noción, es preservar la noción de flagrancia cuando la captura no se da en el propio lugar y al momento de realizarse la conducta, sino en tiempo extremadamente próximo a ésta, cuando se da aquélla en un espacio que todavía pueda reflejar cierta inmediatez y entender como subsistente el influjo del hecho o la incorporación del autor al mismo.

Por eso nuestra Constitución Política alude a ese desplazamiento y al refugio en domicilio propio o ajeno y destaca lo de la persecución (artículo 32), estimulando la acción de la autoridad y de terceros, para evitar la desintegración de la figura, tan pródiga en efectos como desaprovechada por tantas reformas como ha soportado el Procedimiento Penal colombiano. En síntesis sorprendimiento y captura vienen a integrar la

figura de la flagrancia, pero esta no se da si opera sólo una de ellas, es decir cuando solo hay sorprendimiento y no captura, o captura sin sorprendimiento.

Además, conviene apuntar lo siguiente:

a) Si el sorprendimiento consigue establecer la conducta criminal como ocurrida en flagrancia y esta situación es la que permite la captura sin orden de autoridad y a manos incluso de particulares, no se ve cómo pueda prohibirse la prolongación indefinida de este apresamiento, en circunstancias tales, dado que la Constitución Nacional no restringe el especial facultamiento al momento de cometerse el hecho, sino a que su ejecución sea "vista" por terceros, elemento único para constituir la flagrancia. Y, entonces, habiéndose dado la "flagrancia", que abre campo a tan singulares autorizaciones, ¿cómo puede decirse que las mismas no se conservan si la flagrancia no es una noción o realidad jurídica fugaz, desintegrable, sino permanente?

O la flagrancia se estabiliza, legalizándose la captura sin orden escrita de autoridad competente, ejecutable aun por particulares, o ésta desaparece si no se ha cumplido la captura, no siendo factible, en el futuro, su materialización si no media orden de autoridad competente transmitida a las autoridades o un requerimiento público como lo prevé el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal;

b) La flagrancia más que interpretarse con base en textos legales como los artículos 370 y 371 del Código de Procedimiento Penal, debe hacerse centrando la atención en el precepto constitucional.

Lo apuntado es suficiente, por ahora, para respaldar el motivo de esta aclaración.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez.

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE DERECHO

Si la vía escogida para orientar el cargo contra la sentencia censurada es el cuerpo segundo de la causal primera, por la presunta existencia de errores de hecho, que desembocaron en la violencia indirecta de la ley sustancial, resultan perfectamente extrañas las postulaciones propias del error de derecho. /En caso de darse cualquiera de las dos irregularidades (que el juzgador tenga en cuenta pruebas documentales falsificadas o irregularmente aportadas al proceso) y con mayor razón si confluyen ambas, el juez no podía apreciar valorativamente documentos adulterados y menos aún cuando han sido aducidos irregularmente, habida cuenta de que en esas circunstancias se habría afectado la licitud que deben acompañar las pruebas, no sólo en su propia estructura o contenido, sino igualmente en el proceso de aducción. /Es evidente que la ausencia de una prueba que infructuosamente se trató de conseguir, no puede tenerse como un error de hecho del juzgador, porque precisamente la incertidumbre que reconocen las instancias surge de la precariedad de la prueba existente que no fue suficiente para aclarar las dudas que son la razón del fallo cuestionado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7505.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 083.

Santafé de Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Por sentencia del 21 de enero de 1992 emanada del Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín se absolvió a Tomás Warren Toro, procesado por el delito de estafa agravada.

Por apelación interpuesta por el apoderado de la parte civil y el agente del Ministerio Público, conoció en segunda instancia el Tribunal Superior de esa ciudad, el que por decisión del 10 de marzo de 1992 confirmó la decisión anterior.

El apoderado de la parte civil interpuso el recurso extraordinario de casación en fecha oportuna, que posteriormente sería admitido por esta Corporación.

Se recibió la demanda que fue declarada ajustada a las exigencias legales y se escuchó el criterio del Ministerio Público quién solicitó no casar el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

Hechos

En octubre de 1988, el señor José Bartolini, como lo había hecho en oportunidades anteriores, compró dólares a Tomás Warren Toro en cuantía de $94.650.000 pagados por medio de cheques de gerencia del Banco Extebandes.

El vendedor a su vez entregó varios cheques contra la cuenta corriente del Banco Manufactures Hannover de New York, compartida con Samuel Ramírez por los siguientes valores U$72.850, U$62.380, U$64.770, U$64.000 y U$36.000 dólares, los cuales al ser presentados al cobro fueron impagados por cuenta cancelada.

Ante los reclamos del afectado el procesado restituyó la suma de U$90.000.

Actuación Procesal

El 23 de octubre de 1989 se dispuso adelantar investigación preliminar.

Por auto del 28 de marzo de 1990 el Juzgado 19 de Instrucción Criminal se inhibió de abrir proceso penal. No obstante el 24 de mayo el Tribunal revocó la anterior decisión y ordenó abrir el correspondiente proceso penal.

Previa diligencia de indagatoria, por auto del 19 de julio de 1990 se dictó medida de aseguramiento de caución contra Tomás Warren Toro.

Con fecha del 18 de diciembre de 1990 se dictó resolución de acusación contra el procesado por el delito de estafa.

La sentencia de primera instancia se dictó el 21 de enero de 1992 y la segunda el 10 de marzo de 1992 siguiente.

Los Argumentos de la Demanda

Al amparo de la causal primera de casación el censor presentó un cargo por la presunta violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de errores ostensibles en la apreciación de la prueba relacionada con la tipicidad.

En la demostración del cargo el recurrente transcribe un amplio segmento de la sentencia acusada, en el que se hacen una serie de consideraciones relacionadas con la no demostración de la tipicidad de la ilicitud imputada al procesado, que lo lleva a concluir que aquélla se fundamenta en dos aspectos fácticos esenciales, uno en cuanto a que el Tribunal no consideró probado que la cuenta corriente contra la cual fueron girados los cheques constitutivos de la estafa estuviera cancelada para la época en que los títulos valores fueron girados, contradiciendo otra afirmación hecha por la misma Corporación en sentido diverso.

El segundo aspecto alude a que el Tribunal da por plenamente probado que René Arrocha fue contraparte en la negociación celebrada por Bartolini, certeza que lleva a la Corporación a concluir en la no demostración de la tipicidad, pero sin poner en duda la culpabilidad del implicado.

De otra parte, considera como yerro del Tribunal en la apreciación de la prueba, el desconocimiento de la evidencia que surge de los originales de los cheques aportados al proceso en los cuales aparece el sello "Account Closed" que equivale a nuestra certificación de cuenta cancelada, al igual que los originales de las correspondientes notas de devolución de los títulos valores.

También califica como un error de hecho en la apreciación de la prueba, que no se tomara en cuenta la ausencia de cualquier certificación de cuenta cancelada, al igual que los originales de las correspondientes notas de devolución de los títulos valores.

También califica como un error de hecho en la apreciación de la prueba, que no se tomara en cuenta la ausencia de cualquier certificación de la entidad bancaria a su cliente en la que por lo menos se pusiera en duda la cancelación de la cuenta para la época en que fueron girados los cheques, y la inadvertencia de que la sola tenencia de los títulos originales por parte del estafado es prueba de que no fueron pagados.

Atribuye el Tribunal otro error de hecho en la apreciación de la prueba, al dudar de la evidencia de la cancelación de la cuenta corriente, con base en otros títulos valores aportados por el implicado según los cuales habían sido devueltos por una razón diversa de la de cuenta cancelada y que en su sentir fueron conseguidos gracias a habilidosas maniobras bancarias tales como el cambio del titular principal de la cuenta.

Pregona la existencia de un error de hecho en la apreciación de la prueba al aceptar la participación de René Arrocha como parte en la negociación de los dólares, al no apreciar las propias afirmaciones del procesado cuando al ser interrogado sobre si la víctima conocía a Arrocha dijo que no recordaba habérselo oído mencionar.

Denuncia como un error de hecho del juzgador de segunda instancia que no apreciara el testimonio del abogado Guillermo Alfonso Jaramillo Moreno relacionada con la supuesta participación de Arrocha en la negociación, porque este testigo afirma que la transacción fue directa entre sindicado y víctima.

Proclama la incursión en un error de hecho por parte del Tribunal en la apreciación de la prueba, al no tener en cuenta las evidentes adulteraciones en los documentos aportados irregularmente al proceso por la defensa al término de la audiencia pública con los que se pretende demostrar negociaciones entre Bartolini y Arrocha.

Predica la existencia de un error de hecho por parte del juzgador al no apreciar el testimonio del abogado Luis Javier Restrepo Tobón relacionado con las operaciones efectuadas por el procesado para consolidar la apropiación de los dineros por medio de negociaciones fraudulentas y la simulación de sociedades y la utilización de testaferro de la familia para evitar las consecuencias de la responsabilidad civil originada de la penal.

Prosigue el demandante señalado como el más protuberante error del Tribunal que se hubiera equivocado en la valoración de los presupuestos fácticos indicativos de la

tipicidad, limitando su análisis a la vigencia o no de la cuenta corriente, dejando por fuera otros elementos como la engañosa y artificiosa apropiación del dinero, su negativa a la restitución total del mismo, su simulada insolvencia patrimonial para evitar la responsabilidad civil y la imposibilidad de la víctima de iniciar una acción comercial en su contra por la razón de haber girado los cheques a favor de tercera persona (Banco Extebandes), indicativo que la maniobra fue debidamente calculada.

Termina solicitando se case la sentencia y se dicte una condenatoria de sustitución y al pago de perjuicios por la suma de $94.650.000 cuantía estimada por el ofendido y no objetada por ninguna de las partes, más la suma correspondiente al lucro cesante y a los daños morales.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Solicita no se case el fallo impugnado con base en las siguientes consideraciones:

"El libelista dirigió correctamente el cargo en tanto que propone su ruptura por la vía de la causal primera de casación, cuerpo segundo, por la existencia de errores de hecho que estimó evidentes en la sentencia del Tribunal, aduciendo al efecto que la norma sustancial (artículos 356 y 372 del Código Penal) resultó (sic) conculadas de modo indirecto.

"No obstante lo anterior, el planteamiento se quedó corto en cuanto al señalamiento de los alcances de los yerros denunciados por el recurrente, la demostración de los mismos y la demolición de las razones que orientaron al sentenciador a proferir la sentencia absolutoria ahora atacada. Veamos.

"Según lo transcribe el demandante, y se comprueba con la sola lectura del fallo, el argumento central del juzgador de segunda instancia para pronunciar la sentencia absolutoria lo fue la duda que se presentó en torno a la tipicidad de la conducta denunciada, pues existiendo algunos aspectos que no fue posible clarificar probatoriamente y que inciden indefectiblemente en el proceso de encuadramiento de la acción en la abstracta descripción de la ley, tal situación debe resolverse a favor del sindicado. Adujo el Tribunal, al efecto, que no existe claridad en cuanto al estado real de la cuenta corriente que el procesado tenía en el banco neoyorkino, pues si bien algunos cheques fueron devueltos por la causal de cuenta cancelada (los que dieron origen a esta actuación), otros que se emitieron con posterioridad a aquéllos fueron rechazados por el girado alegando la insuficiencia de fondos, motivo éste que presupone la vigencia de la relación comercial entre la entidad y el cuentacorrentista.

"Por otra parte, estimó también el Tribunal como generante de su estado de duda determinante de la absolución proferida, la falta de medios que demuestren con certeza la falsificación de los títulos valores que, presentados por el procesado y girados con posterioridad a los que originaron esta actuación, fueron rechazados por la causal de insuficiencia de fondos, aspecto éste que tiene trascendental importancia en el acomodamiento típico de la conducta.

"Estas circunstancias impidieron al sentenciador de segunda instancia llegar al grado de convencimiento necesario para aseverar que el incriminado desplegó, al momento de girar los cheques, artificios o engaños que crearan o mantuvieran en el error

al pretendido perjudicado con la infracción, situación que se ve complementada con la devolución parcial de los dineros que hiciera el acusado y con la comprobada existencia de un tercero (René Arrocha) que recibía los giros en pesos para su posterior compra de dólares.

"El casacionista, reconocida esta motivación en la sentencia, eludió su frontal análisis y la demostración de su incorrección en relación con los argumentos que trajo como sustento del cargo formulado, pues se limitó a la presentación de proposiciones que pretenden insinuar presuntos yerros en el juzgador, pero que no logran desvirtuar sus razonamientos.

"Inicialmente criticó las aseveraciones del Tribunal en torno a la duda relacionada con el estado que presentaba la cuenta corriente al momento de la expedición de los títulos valores origen de este proceso, pero en contravía de lo afirmado por el sentenciador, sostuvo que éste dio 'como no probado el hecho de que la cuenta corriente contra la cual fueron girados los cheques objeto de la estafa, estuviera cancelada para la época, no obstante que, contradictoriamente, el propio Tribunal acepta como indiscutible dicha cancelación'. Comienza aquí a fallar su censura, porque inadvertidamente el casacionista llega a una proposición diversa de la contenida en la sentencia. Allí se dijo que no puede discutirse la causa de devolución de los cheques aportados como base de la actuación, cosa que es diferente de aceptar que la cuenta estuviera cancelada. La frase del Tribunal es bien diciente en este aspecto: 'No se discute que los cheques a que alude este proceso, librados por Warren Toro en favor de Bartolini Merlini *hayan sido protestados por pertenecer a cuenta cancelada*'. (Cursivas de la Delegada). La verdad procesal es, pues, esa: certeza sobre la causa de protesto de títulos valores y duda sobre el estado de la cuenta.

"A renglón seguido, el propio Tribunal explicó las razones de su duda: pese al protesto de los cheques que sirvieron como fundamento de la acción, se aportaron otros con un protesto por diferente causa: insuficiencia de fondos. Entonces, la pregunta es válida: ¿Cuál de las dos causas de devolución es la adecuada? Si inicialmente unos cheques de tal cuenta corriente fueron devueltos por cuenta cancelada, no existe razón aparente para que posteriormente otros documentos hayan sido impagados por insuficiencia de fondos, con lo cual, tácitamente, la entidad bancaria admite la vigencia de la cuenta que, anteriormente, había estimado como 'cancelada'.

"Así las cosas, no bastaba al casacionista poner de presente que en aparente contradicción el Tribunal había decidido a favor del encartado por valorar positivamente un estado de duda; era su deber entrar solamente a cuestionar tal aseveración, sino además demostrar por qué razones y con qué fundamento puede llegarse a la posición contraria: que la cuenta corriente efectivamente se hallaba cancelada.

"Más adelante denuncia la demanda la existencia de un error de hecho al desconocer la evidencia que surge de los originales de los cheques aportados al proceso y en los cuales se constaba que la causal de su devolución fue la de cuenta cancelada. Nada más dijo al respecto.

"El ataque así formulado, no pasa de ser una afirmación sin respaldo alguno y desconectada completamente de la realidad probatoria y del fin de la casación, pues, como se afirmó, para el Tribunal no revistió fuerza de convicción la anotación que el

banco girado estampara en los documento, habida cuenta de que con posterioridad otros fueron rechazados por razón diversa a la anotada en los originales que menciona el libelista. Era deber de éste, en consecuencia, no sólo poner de presente la omisión en que presuntamente incurriera el sentenciador, sino también exponer de modo claro y preciso en qué medida tal yerro influyó en la decisión absolutoria que ahora se cuestiona y cuál la incidencia del mismo en la violación de la ley sustancial que sirve de fundamento a la censura.

"Bajo el numeral 4° el casacionista adujo un nuevo yerro en el sentenciador. En esta oportunidad, se acusa la sentencia de haber pasado por alto la ausencia de cualquier certificación expedida por la autoridad bancaria pertinente en la que se pusiera en duda el hecho de la cancelación de la cuenta para la época de los hechos. Aquí, so pretexto de fundar un ataque en casación, el libelista se contentó con esta afirmación de tipo general que no devela en modo alguno un falso juicio de existencia, ni menos aún emprende la labor de demostrar en qué medida tal ausencia documental puede incidir en el resultado final del proceso.

"A tal punto llegó el descuido del censor en este punto que a renglón seguido planteó que el hecho de que los títulos valores se hallaran en poder de su beneficiario demuestra por sí solo que los mismos no fueron pagados por el banco ni cancelados por el girador, pero en expresión que deja del todo aislada del contexto procesal porque no liga este hecho que estima como 'prueba inequívoca' con el análisis particular que hizo el sentenciador en relación con el tipo penal de estafa, pues bien sabido es que el simple impago de títulos valores no da base suficiente para predicar la necesaria adecuación de una conducta al delito mencionado.

Por lo demás, así no se hubiera afirmado expresamente en la sentencia, el Tribunal acepta que el importe representado en los cheques no fue pagado efectivamente al señor Bartolini, pues de otra forma no habría analizado esta circunstancia como importante en el examen de los elementos estructurales del delito. Por ello, pues, no cabría hacer reproche alguno al juzgador que, aceptando el hecho que resalta el libelista, no despreció la prueba del mismo.

"Los demás numerales de la demanda siguen un modelo similar. El casacionista empieza con resaltar la existencia de un presunto error de hecho por falso juicio de identidad y continúa con aseveraciones que si bien pueden obedecer al convencimiento que tiene sobre el particular, nada demuestran en cuanto a las equivocaciones del fallador, pues no abordan el examen de la situación esbozada en la demanda en su necesaria relación con la sentencia y el actuar procesal. Así, por ejemplo, bajo el numeral 5°, se aduce que el Tribunal despreció la evidencia de la cancelación de la cuenta contenida en la nota que se estampó en los cheques y tilda el censor de habilidosa maniobra bancaria la actuación del girador para lograr que otros documentos le fueran devueltos por insuficiencia de fondos, pero no hace esfuerzo alguno por acreditar que efectivamente tal fue el proceder del encartado en dicha ocasión ni ataca realmente a la sentencia, por no haber concluido, con el demandante, que tal hecho apuntaba a engañar a la jurisdicción.

"En ataque posterior, en lo que parecería ser un desarrollo de falso juicio de identidad, el casacionista se refirió a las conclusiones del Tribunal cuando aceptó como

cierta la existencia de René Arrocha, aduciendo que de las pruebas arrimadas al expediente se puede afirmar que este personaje no participó en la transacción denunciada como ilícita, pero sin ubicar su aseveración dentro del contexto de la sentencia impugnada y menos aún realizar un análisis crítico de este hecho en relación, incluso, con la sentencia de primer grado que en ello no fue discutida por el Tribunal y en la cual se centra el problema en sus reales dimensiones: una de las bases para predicar la atipicidad de la conducta al delito de estafa, es la de reconocer que el procesado no engañó al denunciante porque, efectivamente, era proveído de dólares en el exterior por parte de René Arrocha, personaje no solamente real sino quien efectivamente servía a Tomás Warren Toro en las actividades comerciales que había emprendido.

"A decir verdad, los subsiguientes ataques adolecen de igual defecto: el planteamiento de los pretendidos errores del Tribunal, sin especificación siquiera de los falsos juicios de identidad o de existencia en que se hubiera podido incurrir y sin demostración de su influencia en el fallo censurado. Al casacionista, inexplicablemente, le basta la afirmación del yerro para entender cumplida su misión de poner de presente la ilegalidad del fallo, convirtiendo su alegación en un escrito que si bien podría resultar suficiente en las instancias, no resiste su análisis en sede de este extraordinario recurso.

"Recuérdese, para ratificar lo dicho, cómo planteó el censor, por ejemplo, el vicio denunciado bajo el numeral 9 de su escrito, que ostenta la misma estructura de todos los anteriores y en el cual se advierte la insuficiencia de las argumentaciones:

'9ª. Erró de hecho el Tribunal en la apreciación de la prueba, al no apreciar en testimonio excepcional del abogado Luis Javier Restrepo Tobón, de manera particular su ampliación de octubre 9 de 1990, en la cual da amplia y detallada cuenta de todas las operaciones llevadas a efecto por el procesado Tomás Warren en su afán de consolidar la artificiosa apropiación de los dineros del señor Bartolini, lo mismo que las negociaciones fraudulentas a través de las cuales constituyó testaferros mediante la simulación de sociedades de familia a través de las cuales se insolventó para evadir toda responsabilidad en la restitución de los dineros al señor Bartolini, no obstante que en la actualidad ejerce la actividad de comerciante en el ramo de computadores, en lujosas oficinas y con varios vehículos a su servicio personal, todo lo cual hace aparecer a nombre de sus testaferros familiares (folios 339 a 341)'.

"Acéptase, por vía de hipótesis, que efectivamente el Tribunal dejó de lado la declaración mencionada. ¿Cuál sería en realidad la consecuencia de tal omisión? El demandante se limitó a resumir en sus propias palabras el contenido de la versión de Restrepo Tobón, pero con ello nada logra demostrar, porque no aborda, como le es exigible, el análisis del contenido de la sentencia y las razones por las cuales su contenido debería variar frente a la prueba ignorada por el fallador. La insuficiencia del ataque es evidente, porque se restringe a la enunciación de una censura sin reflejo alguno en la sentencia impugnada.

"Adviértase una cosa más. En un aparte de su escrito, el censor critica la decisión de segunda instancia por haber dado importancia al hecho de que jamás se demostró por los medios legales adecuados que la cuenta contra la cual se giraron los cheques materia de este proceso se hallaba cancelada al momento de su emisión, arguyendo que en esta posición, se desconocen también una serie de hechos que constituyen artificios o

engaños propios de la estafa. Olvidó, sin embargo el libelista que, habiendo escogido la vía de la causal primera, cuerpo segundo, le era posible entrar a demostrar la falta de concordancia entre los hechos realmente acontecidos y los que se estimaron probados en las instancias y que, por ello, era su deber desvirtuar las aseveraciones de los juzgadores que concluyeron en la inexistencia de otros medios que procuraran inducir o mantener en error a Bartolini.

"Concretamente, resalta esta Delegada que en la sentencia de primera instancia el Juzgado descartó la existencia de medios engañosos diversos de la presunta cancelación anterior de la cuenta, al afirmar textualmente:

'No era esta la primera negociación que Bartolini Merluti realizaba con Tomás Warren Toro, ni hubo en ésta ningún cambio del acostumbrado: rol. Todo se ciñó estrictamente a los mismos trámites a que se habían sometido las anteriores negociaciones para entonces al margen de la ley -el cambio de dólares-, sin aditamentos o agregados sutiles que pudieran engañar al avezado hombre de finanzas y lo indujeran a entregar por ese medio sus caudales'.

"Es el reconocimiento de la inexistencia de artificio para entrar en posesión del dinero ajeno. Es la verdad que estimaron comprobada los falladores. Es la verdad que se refuta en la demanda sólo a través de la expresión vaga y genérica de que no se tuvieron en cuenta 'otras demostraciones fundamentales del proceso, tales como la engañosa y artificiosa apropiación del dinero' y otras semejantes que no enfrentan la labor que era exigible al casacionista".

Las Consideraciones de la Sala

Deben destacarse una serie de errores que contravienen la técnica que gobierna el recurso extraordinario de casación, porque si la vía escogida para orientar el cargo contra la sentencia censurada es el cuerpo segundo de la causal primera, por la presunta existencia de errores de hecho, que desembocaron en la violación indirecta de la ley sustancial, resultan perfectamente extrañas las postulaciones propias del error de derecho.

No se puede llegar a conclusión distinta, cuando en una de las censuras se propone como error de hecho del Tribunal que en su proceso de apreciación probatoria no hubiese advertido "las evidentes adulteraciones que se observaron en los documentos irregularmente aportados al proceso por la defensa al término de la diligencia de audiencia pública...". Evidentemente, en este particular caso, el reproche es propio de un error de derecho por doble motivo; porque en definitiva se critica a los juzgadores que hubiesen tenido en cuenta pruebas documentales falsificadas y, como si fuera poco, además, irregularmente aportadas al proceso, puesto que en caso de darse cualquiera de las dos irregularidades y con mayor razón si confluyen ambas, el juez no podía apreciar valorativamente documentos adulterados y menos aún cuando han sido aducidos irregularmente, habida cuenta de que en esas circunstancias se habría afectado la licitud que deben acompañar las pruebas, no sólo en su propia estructura o contenido, sino igualmente en el proceso de su producción o de su aducción.

Pero los defectos técnicos de la demanda no se limitan al anteriormente enunciado. Obsérvese que en el primer yerro de apreciación probatoria que el recurrente increpa al

Tribunal lo hace radicar en que la absolución se fundamentó en no haberse demostrado con claridad que la cuenta corriente sobre la cual fueron girados los cheques finalmente impagados estuviera cancelada para el momento en que los títulos valores fueron puestos en circulación comercial; y, en segundo lugar que el Tribunal dio por probada la participación de René Arrocha en la negociación celebrada con Bartolini; a lo que aduce en relación con el primer asunto, que el Tribunal es incluso contradictorio en cuanto en un momento dice que no está probado el hecho de la cancelación de la cuenta, cuando en la misma providencia afirma rotundamente que no se discute que los cheques hubieran sido protestados por provenir de cuenta cancelada.

Está a la vista que el censor se limita a hacer esas afirmaciones que califica como errores de hecho, pero en este caso particular omite decir qué clase de error de hecho cometió el juzgador, si por omisión en la apreciación de una prueba determinada, o tergiversación de otra, o suposición de algún medio de convicción y menos aún, de qué manera el error predicado ha podido llegar a ser trascendente en el fallo cuestionado.

Considera la Sala que además de los evidentes errores de técnica exhibidos por el libelo, el censor incomprende la sentencia en algunos de su apartes, porque ella, en ninguna parte afirma que Arrocha participó de la negociación, sino que el procesado operaba en sus transacciones internacionales con la colaboración del mencionado sujeto que recibía los pesos girados por el procesado, adquiría los dólares en Estados Unidos y los consignaba en las cuentas respectivas, para que los cheques girados por Warren Toro en Colombia fueran debidamente pagados por la entidad crediticia girada. Hacer esa afirmación no es sostener, como equivocadamente lo pregona el censor, que el Tribunal está aceptando la participación de Arrocha en la negociación.

De la misma manera se equivoca el impugnante al interpretar la sentencia que ataca cuando le atribuye contradicciones en su contexto; porque una cosa es que se afirme que los cheques fueron devueltos por la razón de cuenta cancelada, pues este es el texto que figura en los títulos valores, y otra que afirme la existencia de una duda respecto a la verdadera situación de la relación financiera entre el banco y el cuentacorrentista puesto que se aportaron otros cheques girados con posterioridad a los que son motivo de investigación, que fueron igualmente impagados pero por una razón diversa, en este caso por fondos insuficientes.

El demandante alega como presunto error de hecho que se hubiera omitido considerar el sello que aparece en los cheques impagados de "Account Closed", al igual que las notas de devolución de los títulos valores por la misma razón; sin embargo, tal error de omisión no puede predicarse de ninguno de los juzgadores, porque en ambas instancias se reconoce la evidencia del motivo de devolución por cuenta cancelada y en tales circunstancias se está reconociendo y apreciando lo que el censor estima omitido, solo que, por las razones dadas con antelación, se duda de cuál era la verdadera situación comercial entre el banco y el titular de la cuenta corriente.

El casacionista pregona la presunta existencia de otro error de hecho, en este caso con respecto a la ausencia de una constancia expedida por la entidad financiera girada donde se dieran razones que pusieran en duda la cancelación de la cuenta; pero es evidente que la ausencia de una prueba que infructuosamente se trató de conseguir, no puede tenerse como un error de hecho del juzgador, porque precisamente la incertidum-

bre que reconocen las instancias surge de la precariedad de la prueba existente que no fue suficiente para aclarar las dudas que son la razón del fallo cuestionado.

Para el censor, yerra el juzgador al poner en duda la cancelación de la cuenta y para ello afirma -sin fundamentos probatorios de ninguna naturaleza- que los cheques posteriormente devueltos por fondos insuficientes fueron obtenidos "mediante habilidosas maniobras bancarias tales como el cambio del titular principal de la cuenta... con el fin de constituir un artificio defensivo que le sirvió de excusa en este proceso, lo cual conlleva el más alto grado de cinismo y mala fe de su parte".

La crítica así formulada peca no sólo por carecer de técnica, sino por la argumentación misma, que carece de sustento probatorio en el proceso, no así las conclusiones a las que llega el Tribunal porque es evidente que existen títulos valores, los que dieron origen a este proceso, por la razón de cuenta cancelada y otros posteriormente aportados por la razón de fondos insuficientes, que fueron tenidos en consideración por los juzgadores para aceptar la duda con respecto a la relación existente entre el girador y la entidad girada.

Cuando el censor afirma que se incurrió en un error de hecho por haber aceptado el juzgador la participación de Arrocha en la negociación, tal como se expuso en precedencia, no es más que una malinterpretación que el impugnante hace de las argumentaciones del Tribunal, porque éste en ningún momento afirma la participación de este personaje en la negociación, sino que el procesado trabajaba con él, en el sentido de que era éste quien compraba los dólares y se los consignaba en la cuenta y en tales circunstancias, bajo ningún aspecto se puede aceptar la existencia de un error de hecho atribuible al sentenciador.

Se advierte que en todas y cada una de las censuras, el casacionista se limita a hacer sus personales consideraciones probatorias, pero como ya se dijo en precedencia, sin cumplir con las exigencias técnicas que son propias del recurso extraordinario, porque omite hacer los planteamientos que demuestren la ostensibilidad del error y la trascendencia que el mismo ha podido tener en el fallo recurrido, en caso de no haberse incurrido en el supuesto error.

Tal como lo sostiene el Procurador Delegado, cuando el actor censura la supuesta omisión en la apreciación de determinados medios probatorios de carácter testimonial, se limita a hacer un resumen del testimonio supuestamente ignorado, pero sin demostrar nada con ello, porque "no aborda, como le es exigible, el análisis del contenido de la sentencia y las razones por las cuales su contenido debía variar frente a la prueba ignorada por el fallador".

Realmente es indesconocible que en el caso motivo de juzgamiento se produjo un perjuicio económico bastante severo al patrimonio del señor Bartolini, pero como se reconoce en la primera instancia no todos los perjuicios de tal orden surgen de actividades delictivas, sino que por el contrario en muchas ocasiones son consecuencia de transacciones perfectamente lícitas.

Es claro igualmente que en este caso el perjuicio devino del no pago de unos cheques girados por el procesado, pero no se demostró en realidad que el perjudicado hubiera sido inducido o mantenido en engaño, porque ese tipo de transacciones se venían

adelantando entre los protagonistas de tiempo atrás y en este caso particular no varió la mecánica con que cotidianamente se realizaban; además no se llegó a demostrar con claridad que no fuesen ciertas las exculpaciones presentadas por el procesado, en cuanto a que giraba el dinero en pesos colombianos a Arrocha, quien compraba los dólares en Estados Unidos y posteriormente los consignaba en la cuenta corriente, y que en esta particular ocasión ello no ocurrió así porque al quedarle mal por otros compromisos comerciales no pudo consignar oportunamente presentándose la difícil situación que motivó el no pago de los cheques.

Es igualmente evidente la existencia de una duda respecto a la verdadera situación de la cuenta corriente en el giro de los mencionados cheques, porque si bien en ellos aparece el texto de haber sido impagados por la razón de cuenta cancelada, existen otros posteriores que fueron rechazados por el mismo banco por otra razón y de manera lamentable no fue posible superar esta contradicción que hace surgir la duda que es fundamento del fallo absolutorio ahora cuestionado.

Incluso la situación es todavía más dudosa si se reconoce que se trata de una cuenta con varios giradores autorizados y que impide en un momento determinado que al momento de girar el cheque los que lo pueden hacer, tengan la absoluta certidumbre de cuál es en ese momento la situación de la cuenta.

De otra parte, habla el impugnante de documentos adulterados, pero como se reconoció en la sentencia de primera instancia, no existen evidencias procesales de que ello sea así y en tales circunstancias era posible que los juzgadores hicieran afirmaciones que no tuvieran un sólido respaldo probatorio, sobre todo cuando se trata de cuestionar la autenticidad de un documento.

En las condiciones precedentes y tal como lo solicita el Procurador Delegado, se rechazarán los cargos formulados.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez (Salvamento de Voto), *Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.* (Salvo mi Voto).

Rafael A. Cortés Carrica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / DERECHO SUSTANCIAL / LEGALIDAD DE LA PRUEBA

(Salvamento de Voto)

Cuando se invoca la aceptación de una prueba visiblemente adulterada y además aportada contra la normatividad permanente, debemos entender que los reparos técnicos al escrito presentado por el apoderado de la parte civil, languidecen y terminan por esfumarse. Y más aliento toma el enunciado si ello permite salvaguardar el derecho sustancial ante exigencias de forma, estimadas con excedido rigor.

Cuando se invoca, como sucede en la demanda cuestionada, la aceptación de una prueba visiblemente adulterada y además aportada contra la normatividad permanente, debemos entender que los reparos técnicos al escrito presentado por el apoderado de la parte civil, languidecen y terminan por esfumarse. Y más aliento toma el enunciado si ello permite salvaguardar el derecho sustancial ante exigencias de forma, estimadas con excedido rigor. Y esto es lo que se advierte en el proceso, sin que al respecto se haya insinuado el menor rechazo sobre prueba tan criticable, actitud explicable si se mira el tamaño de la evidencia, resultando más aconsejable callar que refutar. Conviene recalcar de una vez, que la duda sobre la cual se edificó el fallo absolutorio, se creó exclusivamente por obra de la prueba allegada al proceso al finalizar la audiencia pública, con sorpresa de todos, o sea, de la parte civil que no pudo conocerla oportunamente (pese a que mediaron varios años para incorporarla al expediente) y controvertirla con eficacia; y, también, para la defensa, que nunca creyó que iba a tener tan pacífica resonancia.

Pues bien, las alteraciones materiales denunciadas no recibieron una negación rotunda por parte del juzgador, lo que quiere decir que no encontró razonable oponerse a esta evidencia, y menos todavía que, el trámite de acopio, no podía ser más irregular, contrario a las normas de procedimiento y que imponían un enfático repudio.

De donde, el Tribunal se constituía en duda sobre la cancelación de la cuenta de Warren Toro, cuando giró los cheques que le valieron su resolución acusatoria, apoyándose para ello en una prueba notoriamente inválida e improcedente. El *in dubio pro reo* se fundó, entonces, en algo inexistente, categóricamente inadmisible y de ahí que una sentencia con fundamento tal no puede resultar inatacable cuando el demandante ha alegado situación de índole tan grave y su realidad es la que adquiere mayor viso.

Si el demandante invoca un error de hecho cifrado en que se desconoció la prueba que acreditaba lo relacionado con "cuenta cancelada" -account closed-, como se lee en los propios cheques está determinando un mayúsculo e insalvable defecto jurídico en el fallo atacado, sin que se muestre como argumentación de buen tono el que se diga que el planteamiento se desfiguró pues a la postre se desarrolló como error de derecho, al repudiarse la apreciación anotada por el Tribunal y también por la primera instancia, acudiéndose a una muy singular distinción, o sea, que una cosa es afirmar que se devolvieron por estar la cuenta cancelada y otra que sobre la tal cancelación de cuenta se duda como realidad probatoria.

Pero, el juzgador y el demandante tenían que ubicarse en uno de los extremos de esta alternativa: o estaba cancelada la cuenta o no lo estaba. Y hasta podía decirse que no lo estaba porque se dudaba, racionalmente, de su cancelación. Pero desde que se dijo que la cuenta estaba cancelada, y así lo demostraba la única prueba aceptable al respecto, por haberse producido en forma legal y posibilitado su réplica, no era factible decir que no lo estaba, por la duda que trataba de establecer una prueba que no era factible considerar. Para el casacionista se daba la omisión de los aspectos que demostraban esa realidad bancaria, así se pretendiera su mención y apreciación con una especie de un si no es, con un planteamiento totalmente contradictorio, incompatible y desligado de toda viabilidad.

Partiéndose de este inevitable presupuesto, las alegaciones del recurrente, en cuanto concretan notorios errores de hecho en la apreciación de las pruebas -v.gr. el Tribunal se desentendió de la posesión de los cheques, por parte del beneficiario, incobrados y rechazados por el banco americano por esa mencionada específica razón-; si el Tribunal vinculó a Arrocha a una negociación contra lo expresamente afirmado por Warren ("...no lo conoce Bartolini, yo entiendo que no le conoce, no recuerdo habérselo mencionado a él, de pronto, pero no recuerdo"- fl.129-, y, también, de lo manifestado por Guillermo A. Jaramillo, etc.) y todo esto condujo a variar el natural sentido de la sentencia, lo más procedente es advertir el acierto de la censura formulada en la demanda, en cuanto ésta logró concretar notorios errores de hecho en la apreciación de la prueba del punible. Por esas omisiones de la prueba que evidenciaban la cuenta bancaria de Warren como cancelada y su relación directa y exclusiva Bartolini es que pudo llegarse a la absolución. Son salientes e indescartables precisiones a ese respecto, complementados por otros, que permitían asumir la prosperidad de la demandada y no verla como dechado de antitecnicismos, auspiciándose así el estudio de otros aspectos probatorios comprometidos en el análisis de la conducta de Warren, así estos últimos no se hubieran tocado por el demandante.

Todo esto se dejó de lado con apoyo en una inopinada e improcedente duda formada a expensas de prueba inadmisible, por su ilegalidad, y que apenas si fue mencionada, dándose de otro lado un error de derecho por abandono absoluto de las reglas de la sana crítica, punto que emerge nítido en no pocos apartes de la demanda y que realmente no puede negarse su entidad por constituir una verdad de bulto en el proceso, posibilitándose así la censura pues la Corte no ha dejado de darle prevalencia al buen desarrollo del cargo y a su firme afincamiento en el expediente, sobre una mención equivocada de la clase de error de que se trata, o sea, que la Sala no ha sido esquiva en darle mayor valor y

procedencia a un reproche cabalmente analizado y con fiel respaldo procesal, a despecho de su desacertada denominación. Aquí bien pudo tomarse, también, esta alternativa.

¿Cómo aceptar, entonces, que el *in dubio pro reo* reconocido en la sentencia no conforma un error de esta índole si a él se llegó como ofensa grave de la normatividad jurídica que no tolera el reconocimiento de pruebas ilegalmente aportadas o intentando aportar al proceso? ¿No es esto lo que ha denunciado la demanda? ¿Y no contradice aquello una sana crítica cuando de buenas a primeras, en tales circunstancias, se crea una duda, si decidirse en favor de la prueba intempestivamente exhibida hacia el final de la audiencia pública? ¿Qué sana crítica se hizo al respecto? ¿Y si podrá tomarse como tal el que, habiéndose movido la cuenta con los vaivenes de cheques insuficiencias de fondo, no se hubiera allegado desde un principio estos títulos valores que se oponían al concepto de "cuenta cancelada", y se dejase por fuera una constancia del banco en este sentido, obtenible mediante facilísima petición del interesado Warren (o de Ramírez o Arrocha)? Todas estas circunstancias, obviamente interpretadas en contra del sentenciado, ignoradas, desconocidas u omitidas, ¿podrían tomarse como la ponderada y acogida reflexión de una sana crítica?

Por haberse dado todo esto es por lo que estimamos que la demanda daba sobrado campo para admitirla y tenerla como elemento apto de debate en casación.

Tampoco encontramos razonable que se diga que no se precisó la clase de error de hecho invocado (¿omisión de prueba, tergiversación, distorsión, suposición de medio probatorio?). Cuando el recurrente fue enfático en señalar tanto que se había omitido considerar lo que realmente obraba como inseslayable comprobación, o sea, que los cheques no se habían pagado por corresponder a cuenta cancelada, como que no se había operado una debida y sana crítica probatoria y se habían contrariado sus reglas.

Hasta aquí llegaba la obligación del Estado o de la parte civil de establecer un elemento de convicción necesario y fundamental. De ahí en adelante correspondía más a otros, que tenían eficaces medios y estaban más vinculados al caso procurar la desvirtuación de tan comprometedora situación, resultado que no se produjo y que, en circunstancias tales, más debía valorarse que Warren y compañía, incluido su defensor, estimaban inoportuno establecer ese amago de comprobación de cuenta con fondos insuficientes, y, lo aconsejable estaba del lado de dejar pasar el tiempo para sacar ventaja de documentos de mu y dudoso linaje, presentados a última hora.

Igualmente conviene disentir de algo que se enrostra a la demanda, vale decir, que la serie de censuras del impugnador carecen de respaldo probatorio. Y esto se afirma porque lo que el recurrente hizo fue establecer juicios lógicos sobre medios de comprobación arrimados al expediente, soberando la censurada exigencia pues sería tanto como volver a probar lo probado. Se trataba, solamente, de verificar el valor de lo demostrado, pero de lo válidamente establecido, o sea, si la cuenta de Warren Toro había sido cancelada o si ésta, para la fecha de rechazo de los cheques propios a la estafa, se mantenía solamente con insuficiencia de fondos. Pero el Tribunal le dio por crear artificiosamente una duda, que ni era racional ni ineliminable, y menos podía erigirse sobre la base de elementos probatorios que no fueron admitidos y más bien aparecían como notoriamente ilegales. Y más procede esta anotación cuando el recurrente recuerda este párrafo de la Resolución Acusatoria, recogida en la sentencia:

"...Que subjetivamente o con conciencia de engaño actuó el señor Warren, también es claro. En primer lugar, porque resulta totalmente inverosímil que un hombre de negocios no tenga presente el estado de sus cuentas en los bancos, pero primordialmente cuando éstos son del exterior. Pero lo que, a todas luces resulta repugnante, es que el valor porque se giran sea de trescientos mil, y que se pretenda desconocer que dicha cantidad no existe en un banco donde, conforme a sus propias aseveraciones, la cuenta corre bajo su responsabilidad, así se haya autorizado a un amigo Ramírez para que firme también (fls. 471 y 472 fte.)".

Fuera de que a los fines del delito de estafa, en las modalidades propias de la conducta, tanto daba el que la cuenta fuera estimada como cancelada (y tenía todas las notas de tal) o que simplemente se resintiera de deficiencia de fondos, con una tan baja cantidad de dinero disponible, máxime si se comparaba ésta con las que se determinaban en los cheques entregados a Bartolini, cotejación que hacía de aquélla un caudal monetario inexistente.

Por último creemos que la Mayoría de la Sala exorbita un tanto los parámetros propios dentro de los cuales debía moverse el ataque a la sentencia, pues éstos ya no encuentran como referencia propia el argumento definitivo consignado por el Tribunal, o sea, que se dudaba en cuanto a reconocer la realidad de una cuenta saldada, para derivar hacia una negociación lícita, con lo cual se desestructuraba el delito de estafa, reflexión que no aparece con este perfil, en el fallo censurado, tema, entre otros muchos, que sí moviliza la contradictoria e incoherente decisión de primera instancia, lo cual no permite integrar las decisiones emitidas por esos dos falladores. Si el Tribunal llegó a pensar en una negociación legítima, bien pudo decirlo de manera radical y culminante, sin deslizarse, inobjetablemente, al *in dubio pro reo*. Pero acalló la sensación, tal vez por lo irreal de la deducción. Prefirió, sobre base probatoria imposible, por su inexistencia e ilegalidad, ampararse en una falsa duda.

Y por eso, la demanda daba para tomar conocimiento de la misma y pronunciar un fallo de casación, solución justa para la clase de conducta realizada por Warren, así fuera este único partícipe o contara con la complicidad de Arrocha, aspecto que ni siquiera pudo esclarecer el fallo del cual nos apartamos, pues no se logra precisar en qué consiste la participación de Arrocha en la conducta de Warren, si a título lícito o ilícito, aunque, se repite, el aspecto para agrega ni quita a la responsabilidad del procesado. No sobra advertir, así mismo, que la entidad de la censura, por sí, establecía su incidencia o influjo en la sentencia pronunciada, soslayando esta agregación que también echa de menos la Sala.

Lo escrito lo entendemos como suficiente a la salvedad de nuestro voto.

Jorge Enrique Valencia M., Gustavo Gómez Velásquez.

IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA

La causal invocada no puede existir en funcionarios a quienes la misma ley les ha asignado en conocimiento en primera o única instancia, pues el criterio que allí se emite, ha sido plasmado dentro de la actuación procesal y en cumplimiento de un deber legal, ni en los procesos que ya no se tramitan por el C. de P. P. anterior.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8716.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 85.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre nueve de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Corresponde ahora a la Corte, resolver de plano el impedimento manifestado por el Doctor Carlos Murgueitio García, magistrado ponente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien manifiesta hallarse impedido para conocer ahora del recurso de hecho, que se ha propuesto dentro de proceso seguido contra Carlos Alberto Benavides Rincón por el delito de homicidio en accidente de tránsito donde pereciera la señora Rosalba Blanco de Sandoval.

Se desprende de autos, que el abogado defensor del procesado, mediante escrito solicitó la nulidad de la actuación, petición que fue resuelta desfavorablemente por el Juez del conocimiento mediante auto del siete de mayo del año en curso. Recurrida en apelación esta providencia, el Juzgado la negó. Contra este último auto, se interpuso el recurso de hecho, que para su decisión llegó al despacho del Magistrado Murgueitio, quien se declaró impedido para conocer, alegando que él había intervenido en la etapa sumarial suscribiendo la resolución de acusación.

Los demás Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, no aceptaron el impedimento expresado por el Doctor Murgueitio García y resolvieron enviar la actuación a esta Corporación, a fin de dilucidar dicho asunto.

El Magistrado que pretende declararse impedido, basa su afirmación en lo siguiente:

"...La Sala Penal en el artículo 10 del reglamento de reparto, aprobó lo siguiente: "...En los delitos que se llevan por el procedimiento ordinario, el Magistrado que haya conocido en la etapa del sumario, quedará impedido para conocer en la etapa de la Causa. Si el ponente es un Magistrado nuevo y los restantes componentes de la Sala ya conocieron del asunto en la etapa sumarial, se conformará una nueva Sala con Magistrados que no hayan conocido y que le sigan al Ponente en orden alfabético...".

"Es decir, que se seguirá teniendo en cuenta el impedimento establecido por el artículo 535, párrafo tercero del C. de P. Penal derogado (Decreto 50 de 1987) y que a la letra dice: "...Las apelaciones que se surtan en la etapa de investigación por delitos cuyo conocimiento corresponde en segunda instancia a los Tribunales, se decidirán por las salas respectivas, las cuales no podrán conocer en ese mismo proceso de cualquier providencia proferida en la etapa de juzgamiento...".

"...Con ello se ha querido garantizar al máximo al sindicado su seguridad en el juzgamiento, al prohibir que quien instruye sea el mismo quien falle y siguiendo esa misma filosofía y política, fue que la Sala acogió el impedimento debiendo el suscrito por lo tanto declararse impedido para conocer de tal apelación y en consecuencia me permito remitirle el asunto para que, con todo respeto, se sirva calificar el por mí manifestado...".

Para Resolver se Considera

Sin lugar a dudas, les asiste suficiente razón de orden legal a los demás magistrados integrantes de la Sala quienes no aceptaron la causal de impedimento aducida por el Doctor Carlos H. Murgueitio García, toda vez que tal interpretación desborda los preceptos legales vigentes aplicables al caso *sub judice*.

La causal invocada, a la cual hemos hecho referencia, no puede existir en funcionarios a quienes la misma ley les ha asignado el conocimiento en primera o única instancia, pues el criterio que allí se emite, ha sido plasmado dentro de la actuación procesal y en cumplimiento de un deber legal, ni en procesos que ya no se tramitan por el C. de P. P. anterior.

Esta posición, ha sido mantenida en varias oportunidades, con ponencia de diferentes magistrados de esta misma Corporación. Así, en providencia del ocho de febrero del corriente año, siendo ponente el honorable Magistrado Didimo Páez Velandia, se dijo:

"...Este criterio ha sido reiterado en consideración a ser siempre taxativas las causas de impedimento, ya que si en la mente del legislador hubiese estado conservar la causal impediente que traía el artículo 535 del estatuto anterior, lo hubiese dicho expresamente y con el debido carácter transitorio: empero, tratar de hacer valer una causal que sobre supuestos diferentes se consagró en forma permanente a situaciones necesariamente transitorias, si resulta caótico para una administración de justicia que debe ser pronta y cumplida.

"Además, el argumento fundado en la filosofía del sistema acusatorio es respetable, pero no de recibo, por cuanto, en primer lugar, la competencia (y el impedimento tiene que ver con ella) debe ser siempre expresa y de aplicación inmediata y, en segundo lugar,

porque el Código anterior también traía el mismo sistema y sin embargo el legislador señaló varias excepciones como es el caso de las competencias de la Corte, de los Tribunales cuyas salas penales tuviesen menos de seis magistrados y la de los jueces penales municipales, para significar con ello que no era objetable, ni siquiera causal impediente el que un funcionario judicial formulara la acusación y luego fallara el proceso, por ser etapas diferentes y con exigencias probatorias distintas...".

Idéntico criterio fue repetido y fundamentado con mayor amplitud en auto del 14 de diciembre de 1992, con ponencia del mismo Magistrado citado anteriormente y reiterado en decisión del 15 de diciembre con ponencia de quien hoy suscribe esta providencia y allí igualmente se dijo:

"Recuérdase finalmente, que la opinión o concepto anticipado que constituye motivo de impedimento, debe ser sustancial, vinculante y sobre todo emitido fuera del proceso y no dentro del mismo, porque la decisión que se haya proferido en los inicios de la investigación, no ata ni vincula necesariamente al funcionario cuyo criterio puede perfectamente variar de acuerdo a los nuevos elementos de juicio, sin que por ello su imparcialidad sufra mengua o se lesione la rectitud de la administración de justicia...".

Adviértase además, que en el caso que ha suscitado el impedimento, el Doctor Murgueitio no va a adoptar ninguna decisión de fondo, sino que simplemente se limitará a decidir un aspecto meramente procedimental, como es determinar si la providencia recurrida admite o no el recurso de apelación, es decir, si se dan o no los presupuestos de procedibilidad, aspecto sobre el cual en ningún momento ha comprometido su criterio el distinguido Magistrado.

Las breves precedentes consideraciones son suficientes, para que la Corte declare infundado el impedimento en el caso de examen.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declara infundado el impedimento* manifestado por el Doctor Carlos H. Murgueitio García para conocer de este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Oficina de origen.

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. (Aclaro mi Voto).

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA

(Aclaración de Voto)

Como la Sala invoca jurisprudencia del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992), reiterada en providencia del quince (15) de diciembre del mismo año, decisiones que no compartí, en esta vez como en las otras, insisto en adverar que no me identifico con la dialéctica contenida en las susomentadas jurisprudencias. Es todo.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*.

LIBERTAD DE CULTOS

El artículo 19 de la Constitución Nacional de 1991 garantiza a toda persona el derecho a profesar libremente una religión y a difundirla en forma individual o colectiva, lo que significa que las autoridades ni los particulares, podrán interferir u hostigar el ejercicio de dichas prerrogativas. /El canon en mención igualmente garantiza la libertad de cultos; esto es, el derecho de toda persona a celebrar ceremonias, practicar ritos o concurrir a actos religiosos, de acuerdo a sus propias e íntimas convicciones.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8463.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 83 - (9-09-93).

Santafé de Bogotá. D. C., septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Decidirá la Sala si procede o no la apertura de instrucción penal contra la Senadora Regina Betancourt de Liska en razón de los cargos a ella imputados por el ciudadano José Ignacio Sanabria.

Antecedentes

José Ignacio Sanabria, activista del Movimiento Político M-19, en extenso escrito dirigido a esta Corporación denunció la conducta de la Senadora Regina Betancourt de Liska, quien no obstante las prohibiciones e incompatibilidades de origen constitucional y legal que le impiden dedicarse a actividades diversas del ejercicio de la función congresal, ha continuado en su "labor habitual" de proselitismo religioso, práctica de ritos paganos y adoctrinamiento de incautos adeptos, actividades por las cuales cobra estipendios en dinero y en desarrollo de las que pudo haber incurrido en delitos de estafa y constreñimiento ilegal.

El cinco de mayo pasado, el Magistrado Sustanciador al que correspondió conocer de la denuncia concebida en dieciocho (18) numerales en los que se da cuenta de los

comportamientos endilgados a la Senadora Betancourt de Liska, avocó el conocimiento de varios de ellos; se abstuvo de ordenar la apertura de averiguación penal respecto a otros por haber sido objeto de indagación por la Corte y en cuanto a los demás, dispuso la compulsa de copias, para que fueran investigados por separado por no guardar ninguna relación o nexo causal entre sí.

Al suscrito Magistrado le correspondió en reparto el contenido en el numeral décimo de la denuncia que textualmente dice:

"Organiza también paseos o excursiones a sus instalaciones de San Cristóbal, kilómetro 4 de la carretera al mar, en Medellín; a la finca "Sackras" en Cali, para hacer lo que ella (Regina de Liska) llama "jubatis", que es el bautismo en su secta, oportunidad en la que les hace jurar fidelidad a ella a los jubatiados. Este tiene que llevar dos (2) padrinos por "Regiurs" (Agencia de viajes de su propiedad) y hospedarse en sus hosterías de esa ciudad. En esas ocasiones, según dice, aparecen ovnis. Véase el retrato reproductivo "Regina 11" del 31 de diciembre de 1991, que adjunto en fotocopia. Estas son otras formas de estafa y de constreñimiento".

Consideraciones

El artículo 19 de la Constitución Nacional de 1991 garantiza a toda persona el derecho a profesar libremente una religión y a difundirla en forma individual o colectiva, lo que significa que las autoridades ni los particulares podrán interferir u hostigar el ejercicio de dichas prerrogativas.

El canon en mención igualmente garantiza la libertad de cultos; esto es, el derecho de toda persona a celebrar ceremonias, practicar ritos o concurrir a actos religiosos, de acuerdo a sus propias e íntimas convicciones.

De modo pues que si el respeto a tales garantías es un derecho fundamental del individuo, y en ejercicio del mismo, la congresista inculpada organizó "paseos o excursiones" con el fin de practicar ritos o celebrar ceremonias propias de las convicciones religiosas que profesa (entre los cuales el conocido como "jubatis" o bautizo entre los iniciados); o de difundirlas individual o colectivamente, sin que se tenga noticia que haya constreñido o compelido, a alguna persona en particular a someterse a dichas prácticas o a compartir sus creencias, ni resulte que las mismas contraríen la moral o las buenas costumbres, los cargos a ella imputados son absolutamente atípicos porque no se adecuan a ningún tipo penal.

No se encuentra tampoco elemento alguno de convicción que permita pensar, que la conducta imputada a la Senadora Betancourt atente contra la autonomía personal, lesione la libertad de conciencia, o afecte de manera ilegal el patrimonio económico de sus seguidores.

El denunciante no señala en concreto la persona o personas que participaron en tales ritos o ceremonias y pudieron ser objeto de constreñimiento ilegal por parte de la Senadora o inducidos por ella en error con el objeto de obtener provecho ilícito para sí o para otro; lo que hace suponer fundadamente que la incriminación no pasa de ser una personal y subjetiva apreciación de parte suya, máxime si se limita a indicar que "La forma como engaña ella a la gente boba es lo que me ha llevado a formular esta denuncia".

Suficientes las breves consideraciones expuestas para que la Sala se inhiba de iniciar instrucción penal contra la Senadora denunciada por atipicidad del comportamiento endilgado (artículo 327 del C. de P.P.).

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

Abstenerse de iniciar instrucción penal contra la Senadora Regina Betancourt de Uska en razón de los cargos a ella imputados por el señor José Ignacio Sanabria y a los cuales se refiere esta providencia.

Archívense las diligencias.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

Al presentarse el recurso excepcional de casación el expediente debe ser enviado inmediatamente a esta corporación y no darle el trámite del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. Es incuestionable la competencia excepcional que le otorga la ley a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para calificar discrecionalmente la admisibilidad o rechazo del recurso de casación en aquellos casos que por regla general lo excluyen.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación Excepcional número 8139.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 53 (9-09-93).

Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Decidirá la Sala sobre la nulidad impetrada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Se Considera

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante sentencia de segunda instancia proferida el 9 de septiembre de 1992 confirmó la dictada por el Juzgado 26 penal del Circuito de esta ciudad que condenó a Jairo Antonio Orozco Cuervo a pena privativa de la libertad como autor del delito de falsedad personal por atribución de nombre y calidad supuestos, de que trata el artículo 227 del Código Penal.

Su defensor hizo saber que recurría en casación de dicha decisión ante la Corte por la vía excepcional del inciso tercero del artículo 218 del C. de P.P., manifestación a la cual se le imprimió equivocadamente el trámite indicado en el artículo 224 *ibidem*, pues en lugar de haberse remitido de inmediato el expediente a esta Corporación para los fines pertinentes, se concedió por el Tribunal el recurso y se surtieron los traslados de rigor al recurrente y a los demás sujetos procesales habiéndose presentado demanda en tiempo, la que inadvertidamente fue declarada ajustada a las exigencias legales.

Razón asiste al señor Procurador Delegado que reclama la nulidad de lo actuado durante la tramitación del recurso porque es incuestionable que la competencia excepcional que le otorga la ley a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para calificar discrecionalmente la admisibilidad o rechazo del recurso de casación en aquellos casos que por regla general lo excluyen, fue desconocida en el evento *sub judice*, generándose con ello la invalidez de lo actuado a partir inclusive, del auto de 13 de octubre de 1992 en adelante, por medio del cual se concedió el recurso y se ordenaron los traslados al recurrente y a los no recurrentes, a fin de que se reponga el procedimiento conforme a derecho.

Y como el defensor sustituto del procesado Doctor Manuel Martínez Guerrero renunció al cargo por haber sido designado empleado oficial; se informará de tal situación a la defensora principal Doctora Alicia Eugenia Maheca Tovar, y en su defecto, al procesado Orozco Cuervo para lo que estimen conducente.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1°. Declarar nulo el trámite del recurso a partir inclusive, del auto de 13 de octubre de 1992 en adelante, a fin de que se reponga la actuación conforme a derecho.

2°. Informar a la defensora principal del procesado o a éste, en su defecto, de la renuncia del poder presentado por el Doctor Manuel Martínez Guerrero.

3°. En firme esta providencia, vuelva el expediente a Despacho para resolver sobre la admisibilidad del excepcional recurso de casación interpuesto.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE CONVICCION

En la técnica de casación, el error de derecho por falso juicio de convicción tiene lugar cuando a una prueba se le da un valor probatorio distinto del que expresamente le señala la ley o se le niega. Pues solamente de esta manera puede determinarse si el sentenciador erró al apreciar una prueba por fuera de la tasa legal. Casi que es obligante destacar que en la legislación nacional los medios de prueba no están sometidos a un sistema legal predeterminado por haberse abandonado -ha rato- el criterio de apreciación legal o tarifaria. Conforme a la filosofía del actual Código de procedimiento Penal la estimación probatoria de las probanzas está librada al conocimiento y experiencia del juez y a su capacidad razonadora, factores extranormativos que permiten la valoración pertinente. No es posible, entonces, que el fallador caiga en quebrantamientos de ley al realizar su tarea de ponderación y estima.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 84.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Resolverá la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del reo contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de fecha once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), confirmatoria de la dictada por la Presidencia del Consejo de Guerra de la Policía Metropolitana de Bogotá por la cual se condenó a José Vidal Moreno Jiménez a dos (2) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual período y a la accesoria de separación absoluta de la Policía Nacional, como autor penalmente responsable del delito de concusión. Se le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Hechos

Vienen narrados así:

"Fueron expuestos por el particular Robert Puentes Pardo, dando cuenta que el día veintisiete (27) de enero de mil novecientos ochenta y nueve, en horas de la mañana, cuando se dirigía a su sitio de trabajo en el vehículo de su propiedad, marca Toyota de placas IC-7290, fue interceptado en la Avenida Primero de Mayo, frente al Hospital Kennedy, por dos personas que se movilizaban en un automóvil Monza gris de placas AM-6006, quienes se identificaron como agentes del F-2 y le manifestaron que tenían que llevarse el carro porque era robado, lo llevaron a un parqueadero cercano, donde dejaron el Toyota y le exigieron la suma de $600.000.00 a cambio de devolverle el vehículo, llegando al arreglo de que se les entregaría la suma de $400.000.00 a las 11:00 de la mañana en Corabastos, hechos por los cuales, se dispuso un operativo en el lugar convenido para entregar el dinero, sin presentarse nadie a recibirlo, decidiendo entonces ir al parqueadero donde había dejado el Toyota, el cual no se encontraba allí, pero sí el Monza en que se transportaban en la mañana los agentes del F-2, sitio al que llegó momentos después el agente José Vidal Moreno Jiménez, quien fue identificado por el señor Puentes Pardo como la misma persona que le había hecho la exigencia del dinero por la entrega del vehículo.

Sinopsis Procesal

En los siguientes términos la reseña la Delegada:

"Con base en la denuncia presentada por Robert Puentes Pardo el Juzgado Quinto Especializado de Bogotá inició formal investigación penal a la que fue vinculado, en calidad de sindicado, mediante indagatoria José Vidal Moreno Jiménez contra quien este mismo Despacho dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por el delito de extorsión agravada en grado de tentativa, solicitando al mismo tiempo, la suspensión en el ejercicio de su cargo y funciones como agente de la Policía Nacional, al momento de resolver su situación jurídica, y sosteniendo dichas determinaciones, al negar la revocatoria del auto de detención impetrada por su defensor, las cuales, así mismo fueron confirmadas en segunda instancia por el Tribunal Superior Militar al desatar el correspondiente recurso de apelación contra dicho proveído.

Avocado el conocimiento de la investigación por la Policía Metropolitana de Bogotá, Juzgado de Primera Instancia por competencia, y habiéndose suspendido, efectivamente, al detenido, en el ejercicio de sus funciones públicas, como también habiéndosele concedido la libertad provisional por vencimiento de términos, fue declarado precluido el término de la instrucción, luego de lo cual, el Juzgado de Primera Instancia, profirió en su contra resolución de convocatoria a consejo verbal de guerra sin intervención de vocales, por el punible de concusión, revocándole el beneficio de la libertad provisional, y designando algunos participantes para la celebración del Consejo.

Ejecutoriada la resolución de convocatoria aludida; declarada la iniciación del juicio y la apertura de la respectiva fase probatoria; reconocido y posesionado el defensor del acusado; no habiéndose solicitado pruebas por las partes ni decretado de oficio, se señaló fecha para la celebración del Consejo.

En su desarrollo, el Representante Fiscal solicitó sentencia condenatoria en lo que respecta a Moreno Jiménez, por considerar que se cumplen fehacientemente los presupuestos probatorios en punto de tipicidad y responsabilidad, por el punible de concusión; el defensor del enjuiciado, a su turno, y luego de manifestaciones exculpatorias vertidas por éste, en intervención escrita adjuntada en el debate público a las diligencias, deprecó fallo absolutorio en favor de su representado, arguyendo que del caudal probatorio no se puede llegar a la certeza acerca de la materialidad de la infracción imputada al procesado, como tampoco respecto de su responsabilidad, y existiendo una duda favorable, ésta ha de resolverse en su favor.

La Presidencia del Consejo de Guerra de la Policía Metropolitana de Bogotá, mediante sentencia que data el veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), condenó al acusado en la forma y términos que se expusieron con antelación, habiéndose confirmado esta decisión en segunda instancia por el Tribunal Militar, igualmente como se señaló en precedencia".

La Demanda

En el ámbito de la causal *primera*, segmento final del artículo 220 del C. de P.P., el recurrente plantea un único cargo. Existió una indebida aplicación del artículo 140 del C. P. "...por errónea apreciación de las versiones del denunciante Robert Puentes Pardo, a quien el fallo le otorgó completa credibilidad, cando por establecida la plena prueba de la culpabilidad del procesado...". Como norma medio vulnerada cita el artículo 247 del C. de P.P., en concordancia con el 488 del C. P. Militar. Hubo, por consiguiente, "un manifiesto error de derecho" pues "...la sentencia valoró la denuncia referida otorgándole un mérito superior al que le asigna el legislador, o sea, rehusó sus alcances por haber determinado condiciones que le restan fuerza incriminatoria".

Luego de hacer una referencia a la versión de su defendido advierte que encuentra apoyo en las deposiciones de varios testigos (Oscar Abello, Ricardo Medina, Rafael Casas y Luis Rodríguez), así como en las indagatorias de José Estepa y Jaime Guío. Agotado el tema se dedica a confrontar los cargos de la denuncia con el dicho de Moreno Jiménez, recurriendo en primer término al señalamiento de "la doneidad" con el que califica al quejoso, "...contrariamente a las calidades reconocidas en el fallo impugnado, que determinaron el error de derecho...", resaltando en seguida su mendacidad, pues "mintió maliciosamente" para ocultar que el automotor materia de la denuncia se encontraba ilegalmente en su poder. Con la denuncia buscaba "...lograr la entrega del carro que poseía ilegalmente, sin mayores obstáculos...". Para evitar que el automotor fuera llevado a las dependencias de la Sijín acudió a sus amigos del DAS, asegura el recurrente. Para demostrarlo cita las declaraciones de Graciela de Puentes y Nidya Lucero y deduce que fueron los agentes secretos los que "...seguramente les aconsejaron el procedimiento a seguir, el cual ellos mismos respaldaron, fue así, como para *Justificar su denuncia falsa*, acordaron la forma en que debería hacerse, viéndose en esta forma enredado mi defendido...".

Finaliza su intervención dando cuenta de la conducta de su poderdante, quien desde el primer momento se responsabiliza de su proceder. Por tanto, concluye, el Tribunal incurrió en un "gravísimo" error de derecho, "...pues no apreció tanto la versión

suministrada en la denuncia por el quejoso como la manifestación de exculpaciones hechas por el sindicado a través de sus descargos, dejando su examen a un lado y afirmándose en sus propias conclusiones". Pide a la Corte, entonces, se case la sentencia *impugnada*, dictando en su lugar un fallo absolutorio.

Concepto del Procurador Segundo (2º) Delegado en lo penal

De entrada resalta la confusión y carencia de técnica que exhibe el libelo, al proponer un error de derecho originado en un falso juicio de convicción, improcedente ante la inexistencia de tarifa legal para la prueba testimonial signada su valoración por la libre apreciación racional del fallador. Luego advierte sobre la desviación de la censura hacia los predios de la causal tercera como lo sería la nulidad "...aparejada a los vicios *in procedendo*, originados en un problema de controversia de las pruebas, y la transgresión indirecta de la ley, a causa de errores de hecho, nacidos de falsos juicios de existencia por omisión, como correspondería...".

También declara como igualmente inadmisible la controversia probatoria que pretende plantear en el escrito pues ello desborda el objeto propio de la acusación y contraviene el principio de acierto y verdad que amparan las decisiones judiciales. Además, tampoco pone de presente el censor la trascendencia del yerro planteado, pues el fallo se cimentó de igual manera en elementos indiciarios, que parten del irregular e inexplicable procedimiento utilizado por el imputado para la retención del vehículo.

Por tales razones, solicita de la Corporación no casar la sentencia recurrida.

La Corte

1. Es de ver -como bien lo apunta la Delegada- que los cargos que formula y desarrolla el casacionista contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar se resienten de fallas técnicas que a la postre descalifican la censura.

2. Con estribo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, contemplada en el artículo 220 del C. de P.P., alega el actor que el artículo 140 del C.P., fue indebidamente aplicado "...en razón del ostensible o manifiesto error de derecho en que incurrió el sentenciador al otorgarle plena credibilidad a la versión del denunciante que comprometió la responsabilidad penal de Moreno Jiménez, 'recabando que el Tribunal otorgó un mérito superior él que le asigna el legislador, o sea, rehusó sus alcances por haber determinado condiciones que le restan fuerza incriminatoria'. Concluye, pues, el libelista afirmando que si la versión acusatoria del denunciante 'hubiera sido apreciada y controvertida como lo impone la ley, la decisión de condena perdería su base' ".

Como es harto sabido en la técnica de casación, el error de derecho por falso juicio de convicción -que es el yerro alegado por el impugnante- tiene lugar cuando a una prueba se le da un valor probatorio distinto del que expresamente le señala la ley o se le niega. Pues solamente de esta manera puede determinarse si el sentenciador erró al apreciar una prueba por fuera de la tasa legal.

Casi que es obligante destacar que en la legislación nacional los medios de prueba no están sometidos a un sistema legal predeterminado por haberse abandonado -ha rato-

el criterio de apreciación legal o tarifaria. Conforme a la filosofía de. actual Código de Procedimiento Penal, la estimación probatoria de las pruebas está librada al conocimiento y experiencia del juez y a su capacidad razonadora, factores extranormativos que permiten la valoración pertinente. No es probable, entonces, que el fallador caiga en quebrantamientos de ley al realizar su tarea de ponderación y estima.

Tampoco es de recibo que a través de un típico alegato de instancia pretenda el demandante discutir -con argumentos absolutamente subjetivos- los presupuestos de orden probatorio que tuvo en consideración el *ad quem* para dictar el fallo de condena y por esa vía oponer los suyos a los del Tribunal que vienen precedidos -como bien se conoce- por la doble presunción de acierto y legalidad.

Esto no es más que desbordar el objeto propio de la acusación en esta sede extraordinaria conforme lo recuerda el Procurador Delegado.

Adviértese -en este punto- cómo el recurrente vuelve sobre los argumentos agitados en las instancias para reiterar, una vez más, en "...la falta de credibilidad que se debe dar al denunciante y a su señora madre y que todo ha sido el producto de las posibles cesavenencias entre miembros del DAS y de la Policía Nacional", asertos desdeñados en su momento por la Corporación con razones y proposiciones atendibles y además condicentes.

3. Pero, además, tampoco le es fiel al motivo y sentido aducidos.

Luego de circunscribir su pensamiento dentro de los lindes del error de derecho, decide incursionar en otros ámbitos. En efecto, expresamente señala la violación indirecta del artículo 140 del C.P., al apreciarse erróneamente el dicho del denunciante, pues se le otorgó una credibilidad que no tenía. Falso juicio de convicción, sin duda. Sin embargo, aparte de resaltar la presunta "inidoneidad" del quejoso y darle su propio mérito a los testimonios que apoyan la exégesis del imputado, señala, al parecer, un error de hecho por falso juicio de existencia o de identidad al afirmar que el juzgador ignoró o quizás tergiversó pruebas que daban cuenta de la posesión ilegal del automotor en cabeza del denunciante y, en consecuencia, de ello no derivó la mendacidad de su denuncia-acusatorio. Este planteo simultáneo de motivos y sentidos diferentes y excluyentes oscurece el pensamiento del censor impidiendo conocer el verdadero alcance de su ataque.

4. Así mismo, cabe destacar como linosamente lo hace la Delegada, el silencio que guarda el impugnante sobre la trascendencia del fallo. Como si la prueba testimonial fuera el vértice de la demanda, dedica sus esfuerzos a su análisis pero olvida mostrarle a la Sala qué habría sucedido si la falencia no hubiera existido. Apenas se limita a la simple mención, callando sobre la prueba indiciaria que, de igual manera, también le sirvió de fundamento al fallador para llegar a su decisión condenatoria. Recuérdese el proceder irregular en la retención del automotor. En vez de colocarle a disposición de las autoridades competentes Moreno Jiménez, lo dejó en un parqueadero público, seguramente en espera de que la entrega ilícita del dinero se hiciera realidad.

5. Los atropellos a la técnica casacional y la reducción de su discurso a un simple alegato de instancia en el que pretende la prevalencia de sus propias tesis sobre las del Tribunal, inexorablemente conducen al rechazo de la censura. Así ha de declararlo la Sala.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

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 Cortés Garnica, Secretario.

PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD / DETENCION PREVENTIVA

El artículo 406 del Código de Procedimiento Penal dispone que, cuando simultáneamente se sigan dos o más actuaciones penales contra una misma persona, el tiempo de detención preventiva cumplido en uno de ellos y en el que se le hubiere absuelto o decretado cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, se tendrá en cuenta como parte de la pena cumplida en el que se le condene a pena privativa de la libertad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8485.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 084.

Santafé de Bogotá, D. C., quince de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

El procesado Víctor Miguel Contreras Bernal, quien se halla recluido en la Cárcel del Circuito Judicial de Facatativá, solicita nuevamente el beneficio de libertad provisional por considerar haber cumplido las dos terceras partes de la sanción impuesta en este proceso y reunir todos los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal, para lo cual acompañó fotocopia autenticada de la certificación expedida por el Juzgado Promiscuo de Cachipay, Cundinamarca.

Consideraciones de la Corte

El peticionario fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá, mediante sentencia de fecha 24 de junio de 1992, a la pena privativa de la libertad de cuarenta y seis (46) meses de prisión, como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado en concurso con infracción al artículo 33 inciso 2º de la ley 30 de 1986, sanción que fuera modificada por el Tribunal Superior de Cundinamarca, en fallo de fecha 11 de septiembre de 1992, en el sentido de imponerle cuarenta y dos (42) meses de prisión.

Según constancia del Juzgado Promiscuo Municipal de Cachipay, Cundinamarca, el peticionario fue condenado mediante sentencia de fecha 31 de agosto de 1989 a la pena privativa de la libertad de 18 meses de prisión y 40 días de arresto, como autor de los delitos de lesiones personales y hurto agravado, permaneciendo detenido por dicho asunto del 5 de febrero al 5 de septiembre de 1989 (siete meses y un día) y del 19 de julio de 1990 al 1º de febrero de 1991 (siete meses y trece días), tiempo este que Contreras Bernal reclama le sea tenido en cuenta para acreditar el cumplimiento del requisito cuantitativo de la sanción a que se refiere el artículo 72 del Código Penal.

En el fallo condenatorio que figura a folio 343 y ss. del primer cuaderno, se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional y en providencia del 8 de noviembre de 1990, le fue revocado, determinación que fuera recurrida por su defensor y dejada sin efecto por el Juzgado Unico Superior de Facatativá, mediante proveído del 31 de enero de 1991 al declarar la nulidad de lo actuado a partir de la notificación del fallo condenatorio y como consecuencia de ello, dispuso su libertad.

El artículo 406 del Código de Procedimiento Penal dispone que, cuando simultáneamente se sigan dos o más actuaciones penales contra una misma persona, el tiempo de detención preventiva cumplido en uno de ellos y en el que se le hubiere absuelto o decretado cesación de procedimiento o preclusión de la investigación se tendrá en cuenta como parte de la pena cumplida en el que se le condene a pena privativa de la libertad.

Surgido así que en el presente caso no se satisfacen los presupuestos de la norma en cita, el tiempo que el peticionario descontó en el proceso que finalizó con fallo condenatorio en el Juzgado Promiscuo Municipal de Cachipay, no puede ser tenido en cuenta en este asunto para contabilizarlo como parte de la pena cumplida. Por ello, a Contreras Bernal sólo se le considerará el lapso comprendido entre el 3 y el 12 de enero de 1989, fechas en las cuales fue capturado y puesto en libertad, al abstenerse el instructor de dictarle medida de aseguramiento en su contra, es decir, nueve (9) días. Dictada resolución de acusación por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Facatativá el 29 de enero de 1992, el Departamento Administrativo de Seguridad lo capturó el 21 de abril siguiente, con lo cual en este último período acredita en detención dieciséis (16) meses y veinticuatro (24) días, para un acumulado de diecisiete (17) meses y tres (3) días.

Por trabajo se le certifican 2.128 horas que le representan una redención de pena equivalente a cuatro (4) meses y trece (13) días, los que sumados al tiempo efectivo en reclusión dan un total de veintiún (21) meses y dieciséis (16) días, inferiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta en el fallo de segunda instancia. En consecuencia, estando ausente el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, resulta improcedente el beneficio de libertad provisional que se demanda.

Por la Secretaría de la Sala se remitirá al Juzgado Promiscuo Municipal de Cachipay copia de esta providencia para que obre dentro de las causas acumuladas distinguidas con los Nos. 776 y 908 y se solicitará certificación sobre la actuación posterior a la sentencia: es decir, si aún se mantiene vigente el subrogado de la condena condicional otorgado, o por el contrario le fue revocado. Lo anterior con el fin de ponerlo a su disposición, una vez cumpla la sanción impuesta por el Tribunal Superior de Cundinamarca, en la sentencia de fecha 11 de septiembre de 1992.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, niega al procesado Víctor Miguel Contreras Bernal el beneficio de libertad provisional, por las razones consignadas en precedencia.

Por la Secretaría de la Sala, procédase de conformidad con lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO POR OMISION

Lo que la Corte sostiene, es que, idealmente y su cabal realización debe ser una lucha cotidiana, de cada instante -todos los asuntos deben y merecen ser despachados, con la mayor celeridad; pero, cuando ello no es posible (lo que es nuestra cruda y lamentable realidad), los más graves, los que causan una más considerable alarma social, los más delicados -condenerido-, deben ser atendidos de preferencia. Esa es una ley que si no estuviera expresa, impondría la misma lógica o naturaleza de las cosas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 84.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre quince de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Ésta Corporación, mediante auto de julio veintisiete (27) del año en curso, decidió "inhibirse de abrir proceso penal contra el ex representante a la Cámara, Doctor Jairo Ortega Ramírez, en denuncia presentada por el señor Carlos Moreno D'Caro, contra la Doctora Marina Uribe de Fusse, para esa época Ministra de Educación".

Contra la indicada determinación, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, interpuso recurso de reposición, para que, en su lugar, "se disponga la iniciación de la investigación penal correspondiente". El respectivo escrito permaneció por dos (2) días en traslado a los sujetos procesales, sin que ninguno se manifestara al respecto, siendo este el momento procesal propio para la decisión de fondo. A ello se procede.

Fundamentos de la Impugnación

1. Es una evidencia procesal que la actuación contra la ex ministra de Educación Nacional, Marina Uribe de Fusse, permaneció en total inactividad por cinco (5) años, en el seno de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de representantes; luego, la objetividad del comportamiento de prevaricato por omisión está suficientemente acreditada como para ordenar la apertura de investigación.

2. Era deber legal del Dr. Jairo Ortega Ramírez, al serle repartido el asunto en su condición de Miembro de la Comisión de Acusaciones, adelantar un trámite particular que le permitiera determinar el fundamento de la denuncia e informar a la Cámara "sobre si hay o no mérito para formular acusación ante el Senado" -artículo 12 de la Ley 17 de 1970-. A esa su obligación no le dio "adecuado cumplimiento" porque el funcionario se limitó a dictar un auto que, en verdad, no impulsó las diligencias.

3. A más de las normas procesales generales, existía, para la época de los hechos, la Resolución No. 11 de septiembre 18 de 1986, expedida por la misma Comisión de Acusaciones, que, en su artículo 9o., ordenaba:

"El ponente dispondrá hasta de un mes para investigar los hechos denunciados y presentar el primer informe a la Comisión. Este término podrá ampliarse a so icitud fundada del ponente. La Comisión conocerá la actuación y fijará un término prudente para rendir la ponencia definitiva".

"... Existe, pues, un marco legal claramente determinado que imponía al funcionario la obligación de adelantar un trámite frente a la denuncia que había recibido; haciendo caso omiso de tal normatividad, se dejó el expediente en el más absoluto abandono, privándose de esta forma al Estado de la posibilidad de adelantar el ejercicio de la acción penal o determinar su improcedencia...

"...mal puede aceptarse que el cumplimiento del deber surja para el funcionario solamente ante hechos reconocidamente dañosos o que causen una gran alarma social, o bien ante la insistencia de quien los ha puesto en conocimiento de las autoridades. Muy por el contrario, la administración de justicia lleva aparejada también la necesidad de resolver, sin demoras injustificadas, aquellos casos en los que surge evidente la injusticia de la acusación, no solamente para bien de quien ha sido denunciado, sino también en beneficio general de la sociedad que, así, refuerza o adquiere confianza en los órganos del Estado, se descongestiona de asuntos intrascendentes y permite una respuesta a las inquietudes del denunciante...".

5. En la providencia recurrida se ha esbozado que el Doctor Jairo Ortega Ramírez debía atender, además de sus funciones en la Comisión de Acusaciones, otras relativas a su investidura de Congresista (el tipo plasmado en el artículo 150 del Código Penal, describe la conducta, "independientemente de que su autor deba cumplir otras actividades paralelamente al deber oficial") y que el funcionamiento intermitente de las Cámaras Legislativas ha podido influir en la tardanza en el trámite de la denuncia contra la ex ministra. Pero lo cierto es que nada de lo anterior está plenamente probado y "ni tan siquiera se sabe que haya obrado bajo una circunstancia excluyente de culpabilidad o justificante de su conducta...";

Breves Consideraciones de la Sala

A. Existe, dentro del expediente, una verdad de canto, cual es la de que el asunto sometido al conocimiento del entonces Representante a la Cámara y miembro de la Comisión de Acusaciones, Doctor Jairo Ortega Ramírez, no revestía ninguna gravedad o trascendencia, como así hubo de reconocerse finalmente por la Fiscalía, al emitir en favor de la exministra Uribe de Busse, *auto inhibitorio*. Esto, fácilmente se captaba del

estudio de la sola denuncia, donde se aseguraba que se estaba ultrajando el derecho de persecución, al no haber la Ministra respondido cuando se le solicitó su opinión sobre comentarios y afirmaciones de prensa. De ahí que la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte, al evaluar el punto, concluyera que "No podía ni debía el Ministro interrogado opinar sobre tal tópico, pues no era su deber funcional absolver dudas como las planteadas por el denunciante, igualmente, no se requería de suma perspicacia para conocer desde el principio, por la circunstancia misma de la insustancialidad de los cargos, que no delinque el funcionario que simplemente se entera de una hipotética ilicitud por las publicaciones de prensa y no se entiende obligado a denunciarlos y, así, consecuentemente obra.

Del hecho de que el periódico "El Tiempo" hubiera en una de sus ediciones publicado que "Los narcotraficantes han extendido sus tentáculos en los medios deportivos para pellizcar una credibilidad negada en otros medios...", no se seguía el deber para la entonces Ministra de denunciar esa "noticia" porque (y ello lo podía precisar el Doctor Ortega R. desde el principio, y para lo cual no requería dotes especiales, lo primero, en concreto contra quién y, lo segundo, sobre qué bases, con qué demostraciones, así fueran ligeras.

Otra cosa: esa presunta obligación de denuncia que se colocó, arbitrariamente, en cabeza de la Ministra, bien podía ubicarse en todos aquellos que leyeron la nota de prensa; inclusive, de haber sido sólida, fundamentada, ha podido originar una investigación oficiosa. ¿por qué entonces enmarcar una presunta responsabilidad sólo en cabeza de la ex ministra? La respuesta está en la señalada gratuidad, o actitud caprichosa complementada con el complejo de denuncia contra los altos funcionarios del Estado. Esto debió apreciarlo sin esfuerzo el Doctor Ortega R.

Y, sobre el otro final cargo, lúcidamente apuntó la Delegada: "... no puede afirmarse que exista responsabilidad penal por la prestación de ese servicio (policivo) a eventuales actividades particulares del cónyuge de la mencionada funcionaria, pues la vigilancia no debe ni puede limitarse a proteger la vida e integridad personal de los servidores públicos...".

Y todo lo brevemente señalado comporta, como ya quedó visto, que lo denunciado no revestía gravedad y que la queja más podía obedecer al prurito de atacar a quienes ocupan cargos de alta responsabilidad pública, o a un muy particular móvil de represalia u ofensa.

2. No es que la Corte sostenga que eventos en los que todo indica su irrelevancia penal, o donde el denunciante, conocedor mejor que nadie de la futilidad de sus cargos, se desinteresa del asunto, no deban ser despachados con prontitud. Y las razones están dichas, el derecho del denunciado a que se resuelva, prestamente, su situación legal y el que la sociedad así adquiere mayor confianza en la administración de justicia, la que, de otra parte, se descongestiona de asuntos intrascendentes. Desde luego que esos son enunciados abstractos, pues en el evento *sub examine* la ex ministra ni sabía de la denuncia en su contra y, la sociedad, tampoco estaba enterada de los hechos, ya que de la denuncia los medios de prensa no dieron razón (al menos esa demostración no obra procesalmente), y a ella también le importa, desde luego, que la justicia se ocupe de definir

los hechos que más gravemente la hieren, con preferencia inclusive a aquellos en los que se le lesiona levemente o -obvio-, en los que no se le ultraja de ninguna manera, pues son definitivamente intrascendentes.

Lo que la Corte sostiene, entonces, es que, idealmente -y su cabal realización debe ser una lucha cotidiana, de cada instante- todos los asuntos deben y merecen ser despachados, con la mayor celeridad; pero,cuando ello no es posible (lo que es nuestra cruda y lamentable realidad), los más graves, los que causan una más considerable alarma social, los más delicados -con detenido-, deben ser atendidos de preferencia. Esa es una ley que si no estuviera expresa, impondría la misma lógica o naturaleza de las cosas.

3. No es como pudiera de alguna manera pensarse por lo expuesto por la Delegada que la "inactividad" del Doctor Ortega R. en el trámite del proceso contra la Ministra Uribe de Fusse, hubiera durado cinco años. No. El mismo estuvo a su cargo por tres, aproximadamente (y menos, pues el Congreso no sesiona permanentemente), ya que debió atenderlo desde el 30 de julio de 1987, siendo el 18 de julio de 1990, cuando perdió su investidura de parlamentario. Y no se puede olvidar, por ser ello de alguna trascendencia en la concreción del juicio de valor sobre su conducta, que pese la fácilmente detectable insustancialidad penal de los hechos, emitió un auto disponiendo de manera general la práctica de pruebas, las que, en concreto, entendía debían ser agenciadas por la Secretaría General -esa era, al menos, la costumbre- y que buscó escuchar la versión preliminar de la Ministra sobre los hechos, pero fue informado que se encontraba en el exterior y que nadie -se refiere- volvió a interesarse por la marcha de la denuncia. Los perfiles, entonces, del asunto, a lo que debe añadirse lo que se apuntará a continuación, permite asegurar la atipicidad del comportamiento del Doctor Ortega R., esto es, que él mismo no logra encuadrarse a plenitud, como lo exige la ley, en el tipo plasmado en el artículo 150 del Código Penal, prevaricato por omisión.

4. Ya la Corte, en otros eventos que guardan harta similitud con el presente, se había pronunciado también en el sentido de abstenerse de abrir proceso penal. Y, en un caso, donde fuera Magistrado Ponente quien cumple ahora igual rol (auto de julio 27 de 1993) se señaló lo que a continuación se transcribe y que retiene cabal vigencia, así:

"...La Comisión de Acusación, en cuanto a reparto y trámite de los negocios que le corresponde conocer, se venía rigiendo por la Resolución número 1 de quince (15) de noviembre de 1978. A pesar de ser un instrumento que pretendía disciplinar el funcionamiento de tal organismo, es lo cierto que sus normas así aparentaran precisión, no exhibieron la suficiente claridad ni aportaron resultados de eficacia. Lo primero, porque si bien en un principio, el artículo 9º parece imponer un perentorio término de un mes para investigar y presentar un primer informe a la Comisión, luego se diluye esa categoricidad por la vía del término prudencial y pierde mayor contenido cuando en el artículo 14 se centra el tema en las ponencias de acusación; y lo segundo, porque la práctica no pudo ser más contraria a estos generales e incumplidos lineamientos.

"En efecto, nunca se dotó a las Comisionados de elementos adecuados para evacuar tan presto diligenciamiento, resultando un imposible acomodarse a la pretensión de denuncia repartida, denuncia investigada y rendición del informe correspondiente, favorable o desfavorable, ya por la avalancha de denuncias, por los más variados motivos, intereses, y contra los más disímiles funcionarios, ya por la inconsistencia del trabajo

parlamentario, que apenas sesionaba desde julio a diciembre de cada año, era por la simultánea atención a otros menesteres legislativos que hacían no sólo difícil, sino inalcanzable esta pretensión investigadora.

"Se sabe, para empeorar este cuadro de ideales normativos y deprimentes realidades, que era esporádica la reunión de la Comisión, que muchas veces no se hacía entrega directa del expediente al Comisionado, que nunca se requería a éste, por la Presidencia y la Secretaría General, sobre el cumplimiento de los términos; que el cuaderno principal quedaba en una dependencia y algunas veces al ponente se le suministraba una copia o duplicado; que la costumbre llegó a establecer por la errada creencia de la imprescriptibilidad de las acciones políticas de juzgamiento, que la realización de diligencias podría mantenerse en indefinida suspensión; que la actitud de los propios denunciantes apenas si traducía la búsqueda de un efecto transitorio, una figuración política, el entrabamiento de funciones de ciertos altos funcionarios, el descrédito de éstos, y de allí que ni siquiera comparecieran a juramentar sus denuncias o requerir un pronunciamiento. Todo esto hace ver las cosas como impropias a un delito de prevaricato y con adecuación más bien, en mayoría de los casos, a situaciones disciplinarias internas...".

Es de pensarse que el Procurador Tercero Delegado en lo Penal ignoraba este criterio de la Corte, pues que a él de manera concreta nunca se refiere o que no cayó en la cuenta de que la Resolución número 011 de septiembre 18 de 1956, *es la misma* Resolución número 1. de noviembre 15 de 1978, como así claramente refiere su encabezamiento, donde se la "acoge", para luego transcribirla "a la letra".

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

RESUELVE:

No reponer su auto de julio veintisiete (27) del año en curso, por el cual esta Corporación se inhibió de abrir proceso penal contra el Doctor Jairo Ortega Ramírez.

Cópiese, 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 I. Cortés Garnica, Secretario.

DEFENSOR / SINDICADO

El artículo 137 del C. de P.P. confiere al sindicado, para los fines de su defensa, "los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación", pero a su vez el artículo 222 de la misma obra legitima a la personería del procesado para esa sustentación cuando es abogado titulado, especificando así el derecho de litigar en causa propia que el Estatuto del Abogado le otorga (D.196 de 1971), y que sólo podría verse limitado, al tenor del anotado precepto 137, en presencia de peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, porque en este evento, prevalecerán las de éste. Siendo el derecho de defensa de ineludible guarda por el juez, máxime en una impugnación que como la casación exige la idoneidad profesional técnico-jurídica en el demandante, debe la Corte ajustarse a lo acreditado en cuestión de personería para llevar la representación del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8614.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 084.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre quince de mil novecientos noventa y tres.

Procede la Corte a examinar formalmente la demanda de casación presentada para decidir sobre su admisión.

Antecedentes Inmediatos

Mediante sentencia del 18 de marzo del año que transcurre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá revocó la absolución impartida al procesado Eduardo Riveros Castro por el fallador de la primera instancia y lo condenó como autor responsable del delito de Falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso, razón por la cual su defensor de oficio interpuso oportunamente el recurso de casación (fls.7 y ss.; 20, 22 cd.Tr.), que le fue concedido por auto del 28 de abril subsiguiente en que así mismo dispuso los traslados correspondientes para la sustentación y los alegatos apreciativos.

Las Demandas

En cumplimiento de lo dispuesto, el profesional presentó la demanda dentro del término legal (fls. 25-31 v.), pero el mismo día también el procesado, quien se anuncia como abogado y como tal se identifica, a nombre propio presentó también demanda de sustentación (fls. 32-34 v.), escritos ambos que se hallan a disposición de la Corte cuando transcurre la oportunidad procesal de revisión de los requisitos formales que prevé el artículo 226 del C. de P.P.

Consideraciones de la Corte

1. Frente a la duplicidad de demandas en el mismo sentido, presentadas oportuna y oportunamente, por profesionales del derecho en quienes en principio se presume la versación necesaria, uno de los cuales es el procesado, mientras que el otro, siendo su defensor, recibió este encargo por oficio, imperi establecer la legitimidad de la personería para proveer a la sustentación del recurso extraordinario previamente al examen de que se trata.

El artículo 137 del C. de P.P. confiere al sindicado, para los fines de su defensa, "los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación", pero a su vez, el artículo 222 de la misma obra legitima la personería del procesado para esa sustentación cuando es abogado titulado, especificando así el derecho de litigar en causa propia que el Estatuto del Abogado le otorga (D.196 de 1971), y que sólo podría verse limitado, al tenor del anotado precepto 137, en presencia de peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, porque en este evento, prevalecerán las de éste.

De acuerdo con estas previsiones normativas, sería del caso acoger como demanda sustentatoria de este recurso la presentada por el propio procesado, que para respaldar la legitimidad de su personería aduce ser abogado e identificarse con Tarjeta Profesional expedida por el Ministerio de Justicia; sin embargo, encuentra la Sala que él mismo, al argumentar para desarrollar el planteamiento propiamente tal del recurso, pone en duda su calidad de abogado por una razón de potísimas consecuencias para su defensa: en el expediente ella no está demostrada. Sostiene, para rebatir la cuantificación punitiva del fallo acusado:

"f) Las apreciaciones que se dan en el fundamento de la sentencia, están en el error. Se pretende agravar la situación del encausado diciendo sun (sic) condición de abogado, pero tampoco aparece demostrada esta circunstancia" (fl. 34 cd. Tr.).

En esta condición de perplejidad, creada por el mismo memorialista, y siendo el derecho de defensa de ineludible guarda por el juez, máxime en una impugnación que como la casación exige la idoneidad profesional técnico-jurídica en el demandante, debe la Corte ajustarse a lo acreditado en cuestión de personería para llevar la representación del acusado: el defensor de oficio es abogado, sin que esa calidad aparezca discutida en el proceso, mientras que el acusado pone en tela de juicio su propia calidad profesional y en el estado actual es imposible proveer a la verificación correspondiente. Con esta previa e indispensable precisión, se estudiará formalmente la demanda del defensor.

2. El escrito presenta el cargo a la sentencia impugnada bajo el auspicio de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P. en estos términos:

"...invoco como causal La violación directa de la Ley sustancial por falta de aplicación (omisión) u (sic) error de hecho..." (fl. 30 cd. Tr.).

Pero al desarrollar el planteamiento no precisa cuál o cuáles fueron los errores de hecho en que incurrió el fallador, que lo condujeron a la violación indirecta de la ley sustantiva en la modalidad de falta de aplicación, y contrariamente a esto advierte que el Tribunal "aplicó la norma (arts. 220 y 222) con exageración y mengua de sus precisos alcances" porque "el documento apócrifo carece de valor jurídico", pero se abstiene de señalar a qué documento alude esta acotación.

A renglón seguido afirma:

"Existe error en la apreciación de la prueba presentada por el Ministerio de Comunicaciones pues ésta carece de autenticidad, y no compromete la responsabilidad del procesado".

Y luego discute la atribución de la responsabilidad al haberse omitido la práctica de un dictamen grafológico, con el que en su sentir se habría demostrado el uso del documento falsificado.

A continuación afirma:

"Se estructuró una falsedad sin trascendencia o relevancia jurídica, pues en este caso, al contrario de lo que expone la Sala, se trata de un procedimiento burdo, torpe, sin alcances perjudiciales".

Y sin establecer relación entre lo hasta aquí dicho, agrega un cargo diferente en estos términos:

"Igualmente se excedió en la aplicación del fallo al negársele el subrogado de la condena de ejecución condicional que norma el artículo 68 del C. Penal, pues éste es un derecho que no depende de la calidad de la persona, porque ello equivaldría a crear agravantes que la ley no contempla" (fls. 30-31).

Finalmente, luego de un comentario adicional sobre este segundo reproche a la sentencia y de mencionar las disposiciones que estima infringidas, entre las cuales no incluye las normas tipificadoras de la conducta imputada a su cliente, refiere como petición consecuente que la Corte "se sirva casar la sentencia y en su lugar reemplazarla por la absolutoria".

Como se ve, del contexto del lacónico escrito de sustentación del recurso, el casacionista omite toda regla de precisión y claridad en su discurso: no indica cuál es la prueba básica contra la cual se orienta la crítica probatoria que habría originado el o los errores de hecho en la evaluación de los elementos de juicio que apoyaron el fallo de segundo grado, y para colmo de confusión conceptual afirma que la atribución de responsabilidad en el delito a su prohijado se fundó en la omisión de la práctica de una experticia grafológica, entremezclando así en el alegato presentado con apoyo en la causal 1a. de casación, un evento de típica raigambre en la causal 3a.: la vulneración del derecho de defensa debido a la no práctica de pruebas.

Pero además, contrariando abiertamente la prohibición del último inciso del artículo 225 del C. de P.P., formula cargos excluyentes y por lo mismo de necesaria presentación

separada y en forma subsidiaria en uno solo. Es así como, luego de haber desechado la posibilidad de condena en la primera parte de la censura por estimar que ni autoría ni responsabilidad están probados, en la segunda, admite la posibilidad de condena y reclama entonces por la denegatoria del sustituto de la ejecución condicional, confluyendo en últimas en una imprecisión más: sin especificación ninguna solicita la casación del fallo, para que en su lugar la Corte profiera uno absolutorio.

Las condiciones formales de la demanda según lo revela el contenido analizado no dan lugar a tenerla por ajustada a las exigencias objetivo-legales del artículo 225 del C. de P.P., pues la sustentación del recurso de casación, obedeciendo, como en efecto sucede a una acusación técnica y jurídica al fallo que se pretende derribar, debe reunir un mínimo de orden, claridad y precisión acorde con la naturaleza del recurso, la oportunidad en que se presentan los objetivos que persigue, y las limitaciones que para su fallador contempla la propia normatividad procesal. Se rechazará, pues, la demanda.

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

RESUELVE:

Rechazar *in limine* la demanda de casación presentada en este proceso a nombre de Eduardo Riveros Castro. En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese, 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 E. Cortés Gurnica, Secretario.

CULPABILIDAD

Casi que huelga precisar que para hablar de la culpabilidad es imprescindible tener definida en el mismo sujeto activo la participación en el hecho, sólo después de esto es dable determinar la culpabilidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8702.

Magistrado Ponente: Doctor: *Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta No. 84.

Santafé de Bogotá, D. C., quince de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 23 de julio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a María Dalia Caro de Avila a 10 años de prisión, por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. En la noche del 3 de junio de 1989, se celebraba una fiesta en el barrio Rincón de Suba (Santafé de Bogotá). Casi llegada la media noche se presentó una riña entre el joven José Epimenio Quitián Castañeda y otras personas, entre las cuales se hallaban María Dalia Caro de Avila -para entonces Jefe de la cafetería de la Dirección Nacional de la Policía Nacional- y Luis Alberto Cavijo Díaz. El primero fue asediado por el grupo antagonista hasta que finalmente la mencionada mujer sacó un revólver y le disparó en la frente. Quitián Castañeda murió inmediatamente. La homicida se refugió en su casa, a donde llegaron unos policiales y posteriormente el Juez 13 de Instrucción Criminal Ambulante, Doctor Fabio Alberto Rinta Tirado, quien practicó el levantamiento del cadáver. En definitiva, la referida dama no fue capturada.

2. El mencionado Juzgado 13 envió a reparto las diligencias, correspondiendo las mismas al Juzgado 103 de Instrucción Criminal, que luego de llevar a cabo algunas diligencias previas, abrió investigación, recibió otras pruebas y escuchó en indagatoria a la sindicada, quien se declaró enteramente ajena al hecho (fls. 86 y ss.).

Se resolvió la situación jurídica de la sindicada con auto de detención por el delito de homicidio (fls.136 y ss.), y luego, ante una solicitud del apoderado, se revocó ese

proveído, estimándose sustancialmente que los testigos, menores de edad, Luz Dary Díaz Canchón (14 años, fls. 26 y 27), Juan Pablo Díaz Díaz (12 años de edad, fls. 28 a 30) y Juan Pablo Díaz Díaz (7 años, folio 31), se contradecían y eran incongruentes en sus declaraciones, aparte de que no habían sido identificados por el juez al momento de rendir declaración.

Cerrada la investigación se la calificó con reapertura de investigación (fls. 255 y ss.), retomándose básicamente los anteriores argumentos y señalándose que la declaración del Juez 13, Doctor Fabio Alberto Rinta Tirado, ayudaba a dudar de la imputación hecha a la dama. Dicho Juez declaró que en el momento de los hechos no existió señalamiento directo a la mujer.

Se practicó una diligencia de "inspección judicial con reconstrucción de los hechos" (fls. 310 y ss.), en la cual William Lancheros y Mario Alfonso Jiménez Jiménez ratificaron que había sido la sindicada (quien estaba presente en la diligencia) la mujer homicida. Igualmente precisaron que Luis Alberto Clavijo Díaz "forcejeaba" con la víctima.

Así, el Juzgado 103 revocó la decisión precluida y nuevamente dictó auto de detención contra la sindicada Cano de Avila (fls. 332 y ss.). Posteriormente escuchó en indagatoria a Clavijo Díaz (fls. 349 y ss.), quien negó cualquier participación en el homicidio de Quitián Castañeda.

Cerrada nuevamente la investigación, se la volvió a calificar, esta vez con resolución acusatoria por el delito de homicidio previsto en el artículo 323 del Código Penal. Se tuvieron en cuenta "indicios graves" y el "señalamiento directo" hecho a la dama en cuestión (fls. 388 y ss.). Anteriormente (fls. 349 y ss.), se había cesado procedimiento respecto de Clavijo Díaz.

2. El Juzgado 27 Superior de Santafé de Bogotá celebró audiencia pública (fls. 2 y ss.-2) y dictó sentencia de 9 de marzo de 1992 (fls. 38 y ss.). Así, de acuerdo a la acusación, la procesada fue condenada a la pena principal de 10 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios. Por otra parte, se decidió expedir copias para establecer si el mencionado Clavijo Díaz había cometido falso testimonio en este proceso.

Apelada esa sentencia por el defensor de la acusada, el Tribunal, mediante la suya que recurrió aquél en casación, la confirmó íntegralmente (fls.17 y ss.-3).

La Demanda

Con apoyo en la causal primera de casación del artículo 220 del nuevo Código de Procedimiento Penal (ha debido invocar el anterior estatuto, de acuerdo al artículo 13 transitorio del actual), el casacionista alega violación indirecta de la ley, concretamente error de derecho por falso juicio de legalidad, arguyendo que el "reconocimiento" que se hizo de la procesada no reúne los requisitos previstos en el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma que el comportamiento reprochado a la procesada "no es delictivo por carencia de culpabilidad" (fl. 51). Señala como violados los artículos 2°, 5°, 35, 36 y 323 del Código Penal, el 368 citado y el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Copia el artículo 368 en mención y anota: "Es tan violatoria la diligencia y por tanto ineficaz que el reconocimiento fue conjunto y a viva visión, en reunión conjunta de testigos, sindicada y personal del juzgado. Allí radica la violación del derecho de defensa y debido proceso (sic), por cuanto existe error de derecho, por error de falso juicio de legalidad, por aplicación indebida de la ley sustancial al omitir el procedimiento ordenado en el precitado artículo 368 del C. P. P.", (fls. 53 y 54).

Señala la incidencia del arguido error en el fallo y precisa: "Al no haberse practicado la prueba (reconocimiento en fila de personas) con la legalidad procesal, emerge el error de derecho por falso juicio de legalidad y por aplicación indebida se viola la ley sustancial, dejando de existir uno de los presupuestos (culpabilidad) exigidos por el artículo 2° del Código Penal, que exige para la existencia del hecho punible, la conjunción de los tres (3) elementos: que la conducta sea *típica, antijurídica y culpable* (fls. 54 antra y 55). (Resaltados del original).

Solicita, así, que se case el fallo, absolviendo a la procesada.

Concepto de la Delegada

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal señala en primer lugar que "garrafales errores de técnica y evidentes confusiones conceptuales en torno a los elementos del delito impiden la prosperidad de la demanda", haciendo énfasis la Delegada en que el casacionista no es claro y mezcla las causales primera y tercera, al alegar en cuanto a esa última que se violó el derecho de defensa de la procesada.

En cuanto a la causal primera dice que al censurar el reconocimiento que hicieron unos testigos de la procesada, no demuestra la incidencia de los errores de derecho en el fallo.

Respecto de las normas que señala como violadas opina que "no tuvieron su cuestionamiento o desarrollo en su aspecto fáctico", quedándose por tanto el actor en los meros enunciados.

De otra parte estima que no es cierto que dentro de la diligencia de inspección judicial se haya llevado a cabo "un reconocimiento en fila de personas y que ese segmento de la prueba fuera la base para proferir en contra de la procesada la sentencia condenatoria" (fl. 13), sino que el juez dejó constancia de todo lo ocurrido en esa diligencia, dentro de lo cual estuvo el señalamiento a la acusada como autora del hecho, cosa que no obtuvo el reparo de su defensor.

Dice la Delegada que cuando se llevó a cabo la anotada diligencia, ya se conocía la "individualización" de la procesada, de donde no cabe afirmar, que esa prueba fue para identificar a la autora del homicidio.

Finalmente, la Delegada pone de presente que el casacionista confunde la culpabilidad con la autoría; es decir, con la "ejecución de la conducta" (fl. 16).

Sugiere entonces no casar el fallo.

Se Considera

1. Sea lo primero responderle al casacionista que la diligencia que censura no es un reconocimiento en fila de personas, como él lo afirma al señalar como no observados los

requisitos previstos en el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal, disposición que consagra esa actuación.

En efecto, ante la solicitud del apoderado de la parte civil (fl. 267-1), el Juzgado accedió a la misma mediante auto de 11 de mayo de 1990 (fl. 268), en el sentido de que "...se citará a las personas por el memorialista citados, para el día miércoles 16 de mayo a la hora de las dos de la tarde, para llevar a cabo la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos".

Se lee en el proceso (fls. 310 a 312) que en desarrollo de esa diligencia se preguntó a los testigos William Tancheros López y Mario Alfonso Jiménez que si "está presente la mujer que disparó", a lo cual respondieron que sí. Esto, aparte de precisar en qué sitio estaban ubicados cuando vieron el hecho, según sus declaraciones anteriores. De igual modo los agentes de la policía que intervinieron en la diligencia dijeron que la procesada sí era la dama que se había identificado con un carnet de la policía. Es de anotar que la procesada estuvo asistida por su defensor y que éste incluso intervino en la actuación (f. 311).

Entonces, si como se acaba de ver, no se practicó una diligencia de reconocimiento en fila de personas, mal puede el actor señalar como no observados los requisitos que para la misma trae la ley (fl. 368 cit.).

2. Otra cosa: cuando se practicó esa diligencia ya testimonialmente se había identificado a María Dalia Caro de Avila -la procesada- como la homicida. De suerte que ya no se trataba de identificarla, razón por la cual obviamente no se llevó a término la diligencia prevista en el mencionado artículo 368.

Como la procesada ya estaba identificada como la autora de la muerte de José Epimenio Quitián Castañeda, resulta claro que no fue ese "reconocimiento", sino los testimonios de los acusadores, los esencialmente tenidos en cuenta para emitir el fallo de condena.

Es así como el sentenciador analizó la prueba testimonial recaudada, dividiéndola en "tres grupos": el que dice haber visto cuando la procesada disparó, el que la ubica a ella para el momento de los hechos "en lugar distinto del teatro de los acontecimientos", y "un tercer grupo en que podemos ubicar a las personas que si bien no percibieron directamente los hechos, por lo menos dan luces sobre la persona que disparó causándole la muerte a José Epimenio Quitián" (fls. 41 y 42-2).

En esas condiciones anotó el juzgador de primera instancia:

"La autora del letal disparo fue identificada plenamente como dejamos señalado en acápites anteriores, no quedando duda de su conducta criminosa, existiendo un señalamiento directo, sin que dichos testimonios pierdan credibilidad, siendo fundamento esta prueba de cargo y la que sirvió para edificar la resolución de acusación.

"Encuentra pleno respaldo *la prueba testimonial* en la diligencia de inspección judicial realizada por el Juzgado 103..., permitiendo a este juzgador tener una visión más amplia y certera del acontecer, quedando así establecida la autoría material del hecho" (fl. 44 se resalta).

Más adelante el fallador señaló en el mismo sentido: "*Al lado de los testimonios de cargo* existe, como ya se dijo, diligencia de inspección judicial al lugar del insuceso, demostrando con ello su veracidad, prueba ésta que hubiera sido de gran importancia si se hubiese practicado desde un comienzo por el instructor que practicó el levantamiento, su actuación siempre fue débil y carente de carácter como para haber recibido allí mismo las versiones de las personas que se encontraban en el sitio de los hechos, así como la de María Dalia Caro, a quien *todos* señalaban como la persona que ultimó de un disparo a José Quitián. Por lo menos ha debido dejar constancia de lo actuado dentro de la casa de habitación de la precitada. Pese a ello se pudo llegar a través de las mismas pruebas practicadas con posterioridad, a la misma conclusión: demostrar la autoría del hecho y su responsabilidad" (fl. 48-2, se resalta).

Por su parte, el Tribunal, al confirmar el referido fallo, precisó: "Es hecho indiscutible que cierto número de declarantes señalan a la mujer precitada como la responsable del reato, mientras otro corrobora lo aseverado por la Caro de Avila sobre su total ajenidad" (fl. 20 infra-3).

El Tribunal le dio, pues, credibilidad a los menores que presenciaron los hechos, a Alfonso López (fls.53 y 322), y a los mencionados Lancheros y Jiménez (fl. 21 y ss-3).

Así las cosas, el señalamiento que dos testigos hicieron de la procesada en la inspección judicial no fue ni mucho menos la prueba tenida en cuenta para proferir la sentencia impugnada. De ahí que por este aspecto tampoco prospere la demanda.

3. Con apoyo en las normas respectivas el casacionista reitera que el error argüido llevó a tener probada la culpabilidad. Como anota la Delegada, es claro que el actor confunde ese aspecto subjetivo del delito con el de la autoría meramente material, que es el extremo del punible que debió alegar no plenamente probado, si se considera el contexto de la demanda. Casi que huelga precisar que para hablar de la culpabilidad es imprescindible tener definida en el mismo sujeto activo la participación en el hecho. Sólo después de esto es dable determinar la culpabilidad.

4. El actor dice que se violó el derecho de defensa de la procesada al practicar del modo visto el reconocimiento. Como estima la Delegada, una tal alegación estaría correcta por la vía de la nulidad y no por la de la causal primera que adujo el casacionista.

5. Es cierto que en el auto que calificó el sumario (fls. 388 y ss.) se ordenó expedir copias para investigar disciplinariamente la actuación del Juez que hizo el levantamiento del cadáver, Doctor Fabio Alberto Rinta Tirado.

Su conducta, censurada por el sentenciador, concretamente referida a los motivos por los cuales no dejó constancia de la visita que le hizo a la sindicada en su casa, ni de la inspección que se realizó en la misma, ni de los interrogatorios que asegura haberle hecho a ella y al menor que la señalaba como autora del delito, ni de las razones que tuvo para no ordenar su aprehensión o traslado a la Dijín, al menos para que se practicaran pruebas técnicas, da pie, en sentir de la Sala, para una investigación penal por un posible delito de prevaricato omisivo. De suerte que el Tribunal constatará si dentro de la investigación disciplinaria se dispuso investigarlo penalmente, y en caso negativo, deberá expedir las copias respectivas para el efecto.

Por lo anotado es claro que la demanda no salga avante.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Sobre las copias para investigar penalmente la conducta del Juez Fabio Alberto Rinta Tirado, el tribunal procederá de acuerdo con lo anotado en el numeral 5º de este proveído.

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

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

Rafael Coronel Garavito, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

No obstante la clara voluntad del legislador por hacer en el Decreto 2700 de 1991 más asequible el recurso extraordinario de casación al extenderlo para un número mayor de procesos y aún hacia la cobertura de delitos mediante su concesión discrecional frente a la cual no importan las limitaciones del origen ni la pena, bastando apenas que se trate de un fallo de segunda instancia -art. 218 inciso tercero-; cobijando los delitos conexos -art. 218 inciso segundo- o ampliando la competencia de la Corte hacia su decreto oficioso o la corrección directa los defectos arraigados en la sentencia -arts. 228 y 229-, cuando no optando hacia la desmitificación de los ritos tradicionales de la demanda -art. 225 inciso final-, de ninguna manera se llegó a desvirtuar la casación como medio de impugnación extraordinario, ni a la ampliación indefinida de sus causales o a la adopción de otros mecanismos que pudieran conducir a su declinación en recurso ordinario o de plena competencia, aspecto que se evidencia cuando se mantienen unas causales taxativas y precisas para su ejercicio y se conserva la exigencia de unos requisitos indispensables de forma en la demanda, enteramente acordes con la necesidad de precisar dentro de las varias causales aquella que se elige para el ataque, y de un desarrollo lógico, claro y preciso, encausado dentro de las particulares características correspondientes a cada causal, vía y forma de violación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7831.

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 085.

Santafé, de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

El defensor de los procesados Rodrigo León Parra Maldonado y James Núñez Uscátegui ha interpuesto el recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia de segunda instancia proferida el 19 de marzo de 1992 por el Tribunal Superior Militar, en la cual se imparte confirmación al fallo de condena emitido en contra de sus representados

por el Comando del Departamento de Policía de Cali bajo la imputación de un delito de hurto.

Hechos y Actuación Procesal

Ante el Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar de la Policía Metropolitana de Cali compareció el individuo Rigoberto Londoño Espinosa el 28 de junio de 1991 para denunciar que el día 24 de ese mismo mes y cuando se desplazaba entre Cali y Tuluá a bordo de un vehículo Mazda de propiedad de su cuñado Julián Trujillo, fue requisado por dos agentes de la Policía que prestaban servicio en un retén, quienes de manera arbitraria se apoderaron de la suma de diez mil dólares de un total de quince mil que llevaba bajo el asiento de su automotor, más la suma de veinte mil pesos en moneda nacional. Agregó el quejoso que los uniformados, a quienes reconoció posteriormente con la colaboración de sus superiores como los Agentes Parra y Núñez, una vez se apoderaron del dinero lo amenazaron para que se marchara, pero luego de su señalamiento prometieron regresarle las sumas, sin que al final cumplieran lo ofrecido.

La investigación corrió a cargo del Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar, y a ella se vincularon mediante indagatoria los implicados Parra Maldonado y Núñez Useátegui, profiriéndose en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva. Trasladado el asunto al funcionario del conocimiento.

Comandante de la Policía Metropolitana de Cali, mediante providencia de octubre 16 de 1991 los convocó a Consejo de Guerra sin la intervención de vocales, y una vez concluida la diligencia de Audiencia Pública los condenó a la pena principal de 28 meses de prisión por el punible de hurto calificado, así como a las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad por el mismo término.

En contra de la anterior determinación interpuso la defensa el recurso de apelación, despachado por parte del Tribunal Superior Militar mediante confirmación integral de la condena, sentencia de segunda instancia que resulta ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Con invocación de la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, demanda el censor la "invalidez" de la sentencia proferida por el Tribunal "en razón de que dicho fallo proviene de error de apreciación de las pruebas".

Bajo esta presentación sostiene que la denuncia de Rigoberto Londoño Espinosa debe confrontarse con los dichos del ST Eduardo Alonso Martínez cuando afirma que al inquirir al encargado del retén CS López Jaramillo se le respondió que el día de los hechos nada había sucedido ni se había presentado decomiso ninguno; y que al teniente los quejosos le manifestaron que debajo de la silla del conductor había unos dólares, que no se dieron cuenta si los habían tomado o no, limitándose a recibir la pistola y continuar su camino, pero que adelante de Vijes se habían pinchado, siendo entonces cuando se percataron del faltante de los diez mil dólares.

Que también la denuncia debió confrontarse con las versiones de los agentes Hernando Monroy, José Wálter Aristizábal.

Adolfo Borja, Víctor Hugo Acosta Gordillo, Gustavo Grajales y Fredy Bayardo Meza, pues al decir de éstos en el operativo del retén no se dieron novedades, versiones coincidentes con inspección judicial practicada a los "lockers" de los sindicados, pues en ella se dejó constancia, y así lo ratificaron los Agentes Arnoldo Escobar Balbuena y Wilson Antonio Guerrero Ruiz que allí no fueron a parar los dólares, aspectos con cuya desestimación se violó el artículo 492 del Código Penal Militar relacionado con la apreciación en conjunto de las pruebas de acuerdo con la sana crítica, agregando:

"... que el Juez de segunda instancia incurre en el mismo error de derecho de dividir el acervo probatorio, confiriéndoles plena credibilidad a los términos de la denuncia y desechando sin explicación aparente la credibilidad que pueda inspirarle la cadena de testimonios vertidos al proceso por parte de quienes también participaron en el operativo y de quienes fueron referentes de versiones de los hechos conocidos".

Alude a continuación el casacionista a un "segundo hecho", violatorio esta vez del artículo 498 del Código Penal Militar que se relaciona con la necesidad de preservar los elementos materiales de prueba porque en su sentir: "... en el proceso jamás hubo la prueba material de la comisión del delito y por esa razón jamás se logró establecer si hubo o no hurto de unos dólares, y cuál la cuantía y denominación exacta de los dólares supuestamente perdidos", pasando de inmediato a una "tercera" referencia fáctica dentro de la cual menciona el *in dubio pro reo* de que trata el artículo 294 del Código Penal Militar, para asegurar que el "proceso estuvo siempre signado por las dudas que en el momento del fallo debieron haberse interpretado en favor de los sindicados", premisas de las cuales remata solicitándole a la Corte que proceda a decretar la casación de la sentencia, para proferir en su lugar fallo absolutorio en favor de los coacusados.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal señala que pese a reconocer la abolición dentro de nuestro sistema procesal penal de una tarifa preestablecida para la valoración probatoria e incluso a la invocación que hace del artículo 492 del Código Penal Militar, el censor incurre en claro desconocimiento de la técnica del recurso al concretar los cargos por la vía del error de derecho por "errónea valoración" probatoria, limitándose con sus exclusivas apreciaciones a refutar las conclusiones del fallador, que debidamente fundadas en la sana crítica dedujo la responsabilidad de los acusados, defecto de la demanda que imposibilita llegar a desentrañar el grado de credibilidad que el juzgador les otorga a los testimonios que la demanda cuestiona.

Al anterior defecto añade la demanda la remisión a los preceptos de los artículos 492 y 498 del Código Penal Militar como normas transgredidas, pues tanto el uno como el otro consagran reglas de orden procesal y no sustantivo, regulando el primero la valoración integral de la prueba "de acuerdo con las reglas de la sana crítica" y el segundo la necesidad de garantizar que los elementos materiales de prueba no sean alterados, ocultados o destruidos, defecto este último que hace definitivamente insalvable el escrito demandatorio pues impide que se le estudie de fondo resultando "...inepto para ser

catalogado como una demanda de casación, ya que ante la inusitada cita de esta norma pareciera que entremezcla el cargo por error de derecho con uno de hecho, pues acá afirma, que "Es claro que en el proceso jamás hubo la prueba material de la comisión del delito y por esa razón jamás se logró establecer si hubo o no hurto de unos dólares, y cuál la cuantía y denominación exacta de los dólares supuestamente perdidos.

Pero además, a la manera de otra consideración final, introduce la duda, que afirma, no se reconoció por el Tribunal a pesar de existir en el proceso: es decir, que sin recurrir a la nueva posibilidad de formular cargos subsidiarios y excluyentes, introduce otra censura, que de todas formas queda inane porque tampoco cumple con la ya clarificada técnica aplicable cuando se acude al *in dubio pro reo*: Por la vía indirecta demostrando el error para hipótesis como ésta y por la directa cuando no obstante el reconocimiento del juzgador no la aplicó".

Semejante manera de alegar en casación tan sólo puede conllevar a la desestimación total de la demanda porque su forma confusa, antitécnica y falta de claridad se contrapone a las necesidades de una presentación clara, precisa y armónica de la acusación.

Consideraciones de la Sala

No obstante la claro voluntad del legislador por hacer en el Decreto 2700 de 1992 más accesible el recurso extraordinario de casación al extenderlo para un número mayor de procesos y aun hacia la cobertura de delitos mediante su concesión discrecional frente a la cual no importan las limitantes del origen ni la pena bastando apenas que se trate de un fallo de segunda instancia -artículo 218 inciso tercero-; cobijando los delitos conexos -art. 218 inciso segundo- o ampliando la competencia de la Corte hacia su decreto oficioso o la corrección directa de los defectos arraigados en la sentencia -arts. 228 y 229 -, cuando no optando hacia la desmitificación de los ritos tradicionales de la demanda -art. 225 inciso final-, de ninguna manera se llegó a desvirtuar la casación como medio de impugnación extraordinario, ni a la ampliación indefinida de sus causales o a la adopción de otros mecanismos que pudieran conducir a su declinación en recurso ordinario o de plena competencia, aspecto que se evidencia cuando se mantienen unas causales taxativas y precisas para su ejercicio y se conserva la exigencia de unos requisitos indispensables de forma en la demanda, enteramente acordes con la necesidad de precisar dentro de las varias causales aquella que se elige para el ataque, y de un desarrollo lógico, claro y preciso, encausado dentro de las particulares características correspondientes a cada causal, vía y forma de la violación.

Apartándose de estas exigencias se observa dentro de la demanda formulada conjuntamente a nombre de los dos acusados en el caso que se analiza, cómo el censor distancia su planteamientos de un sendero claro y definido para acudir alternativamente dentro de la causal primera a las dos formas de violación de la ley sustancial, y aun dentro de una u otra vía a la invocación de distintas clases de errores que ni siquiera define y mucho menos desarrolla, desconociendo el deber ineludible de presentar por separado y subsidiariamente los cargos entre sí excluyentes (art. 225 inciso final del Código de Procedimiento Penal), terminando por conducir indefectiblemente sus pretensiones al fracaso.

La primera de estas inconsistencias aparece cuando muy a pesar de advertirse por el casacionista que su impugnación se orientaría bajo el planteamiento de una violación indirecta, nunca concretó en el fallo acusado cuál era la clase de error que le atribuía, suscitando con la genérica advertencia de que se erró "en la apreciación de las pruebas" la imposibilidad de determinar si se trataba de errores de hecho o de derecho, ni mucho menos aproximarse definidamente a determinar si en el primer caso las equivocaciones provenían de falsos juicios de existencia (por suposición o por ignorancia de la prueba) o de falsos juicios de identidad, o si como luego vendría a insinuarlo en realidad surgían de la comparación de unas pruebas con otras, en cuyo caso y sin remedio incurre en la proposición de errores de derecho por falso juicio de convicción cuya realidad no explica ni llega a demostrar, porque su esfuerzo se restringe a insinuarle a la Corte que proceda de oficio a cotejar el contenido de las aportaciones, como si en esta sede fuese la Sala y no el casacionista la obligada a descubrir los errores y a probarlos, estéril punto de partida mediante el cual se ignoran el principio de limitación y sus alcances.

Tal defecto se muestra en la demanda cuando el actor sostiene que la versión del denunciante debe cotejarse con las rendidas por el Subteniente Eduardo Alfonso Martínez y el Cabo Segundo López Jaramillo porque a ninguno de estos dos les constaba que hubiese ocurrido alguna irregularidad en el turno prestado por los acusados como tampoco a los agentes declarantes Monroy, Aristizábal, Borja, Acosta, Grajales y Meza, planteamiento inocuo en cuanto desconoce como lo hizo notorio la sentencia, que los acusados no perpetraron la infracción a los ojos de sus compañeros, y muy por el contrario trataron de ocultarla, razón por la cual resalta el *ad quem* que

"Si bien es cierto que los dos policiales condenados en su injuradas niegan los cargos que en su contra se han hecho, no lo es menos, que existen testimonios como los del Comandante de Estación de Yumbo Subteniente Eduardo Alonso Martínez, y la del Sargento Segundo Jorge Enrique Vargas Rojas enviado por la Sijín de Cali para averiguar los hechos denunciados, en los que se afirma que los dos policiales sindicados aceptaron haber tomado el dinero por error y estar en condiciones de devolverlo siempre y cuando no se les causara ningún perjuicio, con la advertencia de que ya habían gastado algunos dólares, cosa que no ocurrió por cuanto después de haberse comprometido a ello, decidieron manifestar que tal dinero no lo habían tomado y que se sometían a las consecuencias.

"Las afirmaciones anteriormente consignadas aparecen corroboradas en autos con el testimonio del suboficial Luis Mario López Jaramillo, con el de los agentes Tito Rodríguez Torres y Norbey García Perdomo, compañeros del sargento Vargas Rojas, con la del señor William Jaramillo García, quienes tuvieron conocimiento de este hecho".

Continuando dentro de esta desorientación argumentativa, omite en cambio el impugnante referirse a éstos que fueron los medios verdaderamente determinantes para el Tribunal en la sustentación del fallo de condena, pues hacia ellos no se enderezo crítica alguna, lo que equivale a dejar en firme los verdaderos pilares sobre los cuales descansa la decisión adversa, de donde se colige que ni la demanda se muestra clara, contundente

ni completa, y sí en cambio insuficiente para alcanzar los propósitos que enuncia dentro de la impugnación extraordinaria.

A este grave defecto se suma otro de no menores proporciones. Tal y conforme lo precisa la Procuraduría, incurre el casacionista en insalvable falla al dejar de señalar cuál fue el precepto sustancial supuestamente vulnerado, pues sin que asome por simple deducción la norma que se acusa indebidamente aplicada o en su defecto omitida, las dos que en su reemplazo se invocan hacen referencia dentro del Código Penal Militar al aseguramiento de las pruebas (artículo 498) y a su apreciación mediante el sistema de la sana crítica (art. 492), preceptos instrumentales o medio cuya supuesta ignorancia tampoco se acredita, pero que ni siquiera de haber llegado a hacerlo se vinculan con el desconocimiento de las reglas, principios o preceptos sustanciales que supuestamente condujeron a la emisión de un fallo que no correspondía.

Contradiciendo, por lo demás, el cargo anunciado, cuando el libelista pasa a afirmar que en realidad cuanto se dio fue un error de derecho dividiendo el *ad quem;* el cúmulo de pruebas para proferir la denuncia en contra de toda un cadena testimonial que la contradecía, limitó su proposición a una simple afirmación escueta contra la cual se impide intentar una respuesta adecuada al no explicar de qué manera se desconocieron por el juzgador los parámetros de la sana crítica o en qué momento se recurrió a parámetros propios de una tarifa legal inexistente persistiendo, como ya se ha dicho, en el desconocimiento aquellos otros medios que, fundamentales en la apreciación del Tribunal para llevarle a la imposición de una condena, permanecen incólumes ante la crítica y por lo mismo sirviendo de fundamento al fallo recurrido.

Por último y cuando el demandante se refiere al que denomina hecho tercero -pues el llamado hecho segundo es apenas la subjetiva conclusión del incompleto planteamiento inicial enervante de la materialidad de la conducta-, sugiere sin ocuparse de su desarrollo que en el fondo lo que se inaplicó fue principio del *in dubio pro reo*.

Como insistentemente lo ha señalado la doctrina de la Sala, una alegación semejante en casación cuenta para su proposición con dos vías diferentes, cada una de las cuales obliga su desarrollo dispar y en términos opuestos que el actor no definió de modo alguno en su libelo. O bien el juzgador reconoció la presencia de la duda, pero a la postre no fijó en el fallo las consecuencias de favor que para ese evento le indicaba la ley, situación a resolver mediante la invocación de una violación directa por falta de aplicación del artículo 294 del Código Penal Militar; o bien y a través de errores de hecho o de derecho se desconoció la presencia de ese grado de indefinición ya insoperable y de consecuencias benignas para el acusado (violación indirecta).

En el caso de estudio el casacionista despachó la sola insinuación de la duda en una decena de renglones que jamás estructuraron en cualquiera de los dos sentidos enunciados una formal acusación, situación que frente al principio de limitación previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal inhibe a la Corte para complementar, corregir o interpretar un pensamiento difuso y apenas esbozado por el casacionista.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

No casar el fallo recurrido por el defensor de los procesados Rodrigo León Parra Maldonado y James Núñez Uscátegui.

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

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / LIBERTAD PROVISIONAL

La gravedad del hecho solamente puede ser objeto de análisis en los fallos de instancia al momento de la dosificación de la pena y para conceder o negar el subrogado de la condena de ejecución condicional, mas no puede el juzgador sobre los mismos factores, gravar doblemente al condenado, declarando la improcedencia del beneficio de libertad condicional. / La Corte se ocupa de la solicitud de libertad con apoyo en los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal (subrogado de libertad condicional) que exige para su procedibilidad, factores distintos como son los antecedentes de todo orden, su buena conducta en el establecimiento carcelario y personalidad, que permitan al juzgador suponer fundadamente su readaptación social. Entonces la simple indicación que refiere el procesado en su indagatoria por el presunto delito de porte ilegal de armas no puede constituir antecedente judicial al tenor de lo preceptuado en el artículo 248 de la Carta Política que haga improcedente la excarcelación demandada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8666.

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 085.

Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

El apoderado del procesado Eduard Alberto Cano Rincón, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Manizales, solicita el beneficio de libertad provisional en favor de su representado, por considerar que con el tiempo efectivo en reclusión y la redención de pena a que puede tener derecho por trabajo, acredita las dos terceras partes de la sanción impuesta en los fallos de instancia. Acompañó certificado de las labores realizadas en el centro carcelario y acta del Consejo de Disciplina.

Consideraciones de la Sala

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales, mediante sentencia de fecha 27 de noviembre de 1992, condenó al peticionario a la pena privativa de la libertad de

37 meses de prisión, como coautor del delito de hurto calificado y agravado, sanción que fuera modificada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo del 12 de febrero del corriente año, por cuanto el *a quo* no obstante realizar adecuadamente la tasación de la pena, incurrió en error en la suma, razón por la cual, dicha Colegiatura la fijó definitivamente en 39 meses de prisión, cuyas dos terceras partes equivalen a 26 meses para los efectos del beneficio aquí invocado.

Cano Rincón rindió indagatoria en este asunto el día 14 de febrero de 1992, fecha en la cual fue puesto a disposición por la Asesoría de la Cárcel del Distrito Judicial de Manizales y el 19 siguiente se le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación; es decir, lleva en detención efectiva diecinueve (19) meses y dos (2) días. Por trabajo acredita 1.264 horas, que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, le representan una redención de pena equivalente a ocho (8) meses y veintiséis (26) días, para un acumulado de veintisiete (27) meses y veintiocho (28) días, superiores a las dos terceras partes de la pena impuesta.

Como quiera que a folio 423 del cuaderno original aparece auto de fecha 26 de julio del corriente año, mediante el cual el Magistrado Sustanciador del Tribunal de Manizales ordenó decidir simultáneamente petición de libertad elevada por el procesado, se dispuso indagar sobre el resultado, obteniendo respuesta vía fax de que en la misma fecha se le negó el beneficio, siendo recibida copia de la citada providencia.

Considera la Sala que el procesado Cano Rincón tiene derecho al beneficio solicitado por su apoderado ya que, la gravedad del hecho solamente puede ser objeto de análisis en los fallos de instancia al momento de la dosificación de la pena y para conceder o negar el subrogado de la condena de ejecución condicional, mas no puede el juzgador, sobre los mismos factores gravar doblemente al condenado, declarando la improcedencia del beneficio de libertad condicional.

La Corte se ocupa de la solicitud de libertad provisional con apoyo en los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal (subrogado de libertad condicional) que exige para su procedibilidad, factores distintos como lo son los antecedentes de todo orden, su buena conducta en el establecimiento carcelario y personalidad, que permitan al juzgador suponer fundadamente su readaptación social. Entonces, la simple sindicación que refiere el procesado en su indagatoria por el presunto delito de porte ilegal de armas ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Supía, no puede constituir antecedente judicial al tenor de lo preceptuado en el artículo 248 de la Carta Política que haga improcedente la excarcelación demandada.

Siendo así que el procesado no registra antecedentes penales ni de policía, su conducta dentro del establecimiento carcelario ha sido calificada como ejemplar y sus actividades desarrolladas en la Cárcel del Distrito Judicial de Manizales satisfactorias, constituyen elementos de juicio que permiten a la Sala suponer fundadamente su readaptación social y por ende, viable la petición de libertad provisional prevista en el numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento que demanda su apoderado. Por lo tanto, deberá prestar caución prendaria por la suma de doscientos mil pesos ($200.000.00) que consignará a favor del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales y la suscripción de diligencia de buena conducta y compromiso al tenor del artículo 419 *ibidem*.

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

RESUELVE:

1. Conceder al procesado Eduard Alberto Cano Rincón el beneficio de libertad provisional, previa caución prendaria por la suma de doscientos mil pesos ($200.000.00) que consignará a favor del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales y la suscripción de diligencia de buena conducta y compromiso al tenor del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

2. Satisfechos los anteriores requisitos se librará la correspondiente boleta de libertad con la advertencia de que sólo producirá efectos en el evento de no hallarse solicitado por otra autoridad y en razón de asunto diferente.

3. Para el cumplimiento de esta providencia, se comisiona al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales, a quien se le librará la respectiva comunicación telegráfica.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / DEMANDA DE CASACION

Dice el inciso segundo del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal: "La sentencia aprobatoria del acuerdo sólo podrá ser recurrida por el Ministerio Público". / Esta exigencia es de suma lógica, pues si el fallo se ha proferido justamente con base en el acuerdo habido entre procesado y Fiscal, estas partes no tienen interés alguno en impugnar la sentencia que acoge tal convenio. / Y si no tiene interés en dicha apelación, mucho menos lo tienen para recurrir en casación, recurso extraordinario que se utilizaría para burlar la prohibición anotada y retractarse del acuerdo consumado en la audiencia especial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8556.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 85.

Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Mediante la presente providencia la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada a nombre del procesado Javier Ochoa Montoya, condenado por infracción a la Ley 30 de 1986.

Antecedentes

1. Los hechos origen de este proceso los sintetiza así la providencia impugnada:

"Cuentan los autos que el día 13 de junio de 1991, en inmediaciones del aeropuerto internacional 'Eldorado' de esta capital, fue retenido por las autoridades de emigración el ciudadano que respondió al nombre de Javier Ochoa Montoya, quien tenía un pasaporte con itinerario Pereira-Bogotá-París-Bogotá-Pereira, a quien se le incautó un maletín de cuero en cuyas paredes se encontró cuidadosamente camuflada una sustancia que al ser analizada arrojó resultados positivos para estupefacientes, cocaína, con un peso de 2.204 gramos" (fl. 266-1).

2. Por esos hechos un Juez de Instrucción de Orden Público de Santafé de Bogotá calificó el sumario, mediante auto de 17 de enero de 1992, con resolución acusatoria contra Ochoa Montoya, por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 (fls. 168 y ss.).

3. El 22 de julio de dicho año, el procesado pidió "la terminación anticipada del proceso", con fundamento en el artículo 37 del Código Penal (fl. 230-1).

Se inició el trámite para ello, celebrándose la respectiva audiencia especial el 2 de diciembre de 1992 (fls. 260 y ss.), en la cual, entre otras cosas, se le advirtió al procesado que las diligencias se encontraban en "la etapa del juicio", razón por la cual no tenía derecho a la "reducción de pena por esa circunstancia" (fl. 261). Igual advertencia hizo el Fiscal acusador, cuyos cargos fueron admitidos por el procesado, quien estuvo también de acuerdo en que se le impusiera la pena mínima prevista en la ley para el delito materia de acusación. Preguntado su defensor si deseaba intervenir en la audiencia, manifestó que no (fl. 262-1).

4. Así, se dictó sentencia de primera instancia el 7 de diciembre de 1992 (fls. 266 y ss.), por medio de la cual se aprobó el referido acuerdo y se impuso al procesado la pena principal de 4 años de prisión y multa de 10 salarios mínimos mensuales, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y se negó la condena de ejecución condicional.

El agente del Ministerio Público apeló del fallo con miras a que se le otorgara al procesado la rebaja de la sexta parte de pena de que trata el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, argumentando que así lo imponía el "sentido" de esa norma (fl. 5-2). Al conocer de esa alzada, el Tribunal Nacional confirmó en su integridad la sentencia recurrida, aduciendo que "la susodicha rebaja sólo está autorizada cuando el procesado invoca el artículo 37 *ibidem* y se somete a sus consecuencias 'durante la etapa de la investigación'" (fls. 17 infra y 18). Agregó el Tribunal:

"Pretender en este momento histórico hacer extensivo el beneficio a la etapa del juicio, invocando la favorabilidad, equivale a desconocer las reglas que gobiernan ese principio rector y a reemplazar la voluntad del legislador por demás clara en la regulación de la materia.

"Desde luego, entre otras reformas que se pretende hacer al Código de Procedimiento Penal, se cuenta la del precitado artículo 37, en el sentido de hacer extensiva la rebaja aun después de proferida la resolución de acusación, pero como la ley no obliga sino en virtud de su promulgación o del (sic) día en que deba empezar a regir, mal podría incorporarse al mundo jurídico una simple expectativa y menos tenerse como elemento para edificar el principio de favorabilidad y hacer derivar de él una rebaja de pena que no autoriza la ley".

5. El procesado recurrió en casación y la respectiva demanda la presentó su apoderado defensor, quien invocando el artículo 220-1 del Código de Procedimiento Penal, alega que se violó directamente la ley, porque el procesado sí tiene derecho a la rebaja contemplada en el artículo 37 en cuestión.

Se Considera

Dice el inciso segundo del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal:

"La sentencia aprobatoria del acuerdo sólo podrá ser recurrida por el Ministerio Público".

Esta exigencia es de suma lógica, pues si el fallo se ha proferido justamente con base en el acuerdo habido entre procesado y Fiscal, estas partes no tienen interés alguno en impugnar la sentencia que acoge tal convenio.

Y si no tienen interés en dicha apelación, mucho menos lo tienen para recurrir en casación, *recurso extraordinario que se utilizaría para burlar la prohibición anotada y retractarse del acuerdo consumado en la audiencia especial.*

Téngase en cuenta, por último, que precisamente la sentencia se dictó por causa del acuerdo, de modo que si se desconoce éste (como lo hace aquí el actor), aquélla y todo el trámite originado en el mencionado artículo 37, carecerían de sentido.

Se inadmitirá, pues, el libelo.

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 Javier Ochoa Montoya.

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

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

INIMPUTABILIDAD / NULIDAD / DEMANDA DE CASACION

Es bien sabido que si se trata de este tipo de acusaciones contra una sentencia, (no reconocer la inimputabilidad) la vía del ataque debe ser la de la nulidad, porque habría de retrotraer la actuación procesal a etapas anteriores y en tales circunstancias practicar las pruebas que fueran necesarias para dilucidar el verdadero estado mental del procesado en el momento de los hechos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8031.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 84.

Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Vistos

Por sentencia de 31 de enero de 1992 el Juzgado Sexto Superior de Medellín condenó a Pascual Fernando Uribe Ruiz (a. Gallete) por los delitos de homicidio en estado de ira, y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y lo absolvió por el doble cargo de lesiones personales.

La anterior decisión fue confirmada por sentencia proferida por el Tribunal de Medellín el 10 de agosto de 1992.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, se declaró admisible y posteriormente se aceptó la respectiva demanda por reunir las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

Procede la Corte a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos

El 22 de abril de 1990, más o menos a las dos de la madrugada luego de terminarse un baile con orquesta, en la discoteca Sayonara del Municipio de Entrerríos (Antioquia), el campesino Pascual Fernando Uribe (a. Galleto), disparó en varias ocasiones su revólver causándole heridas mortales al minero Braulio Betancur Medina (a. Travesía) y lesiones leves a Luis Alberto Sánchez Franco y Jhon Jairo Muñoz Ruiz.

Actuación Procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de Entrerríos abrió proceso penal por auto del 23 de abril de 1990.

El 24 del mismo mes y año fue indagado Uribe Ruiz, contra quien el 27 de abril siguiente se dictó auto de detención; medida que se revocó el 29 de junio de ese año, por considerarse que había actuado en legítima defensa.

Se realizó la diligencia de Audiencia Pública el 22 de noviembre de 1991.

Por auto del 24 de junio de 1991 el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal dictó resolución de acusación contra el sindicado por los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas.

Se dictó sentencia de primera instancia el 31 de enero de 1992 y de segunda el 10 de agosto del mismo año.

Los Argumentos de la Demanda

Varios cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, al amparo de la causal primera, por considerarse que el sentenciador de segunda instancia incurrió en error en la apreciación de varias pruebas.

El censor afirma que yerra el Tribunal al concederle pleno valor a los testimonios de Diego de J. Monsalve G., Luis A. Sánchez T.F., Jhon Jairo Muñoz R. e Hirlan de J. Mesa Arboleda en el sentido de no haber existido forcejeo en el momento previo a los disparos; y aduce que tales deposiciones no tienen el peso probatorio que se les confiere, en virtud de la amistad de aquéllos con la víctima, el tener la misma profesión y el hecho de resultar afectados con los sucesos. Así mismo argumenta que esas versiones tienen un contenido inverosímil, pues aspectos de orden lógico apuntan a indicar que sí hubo forcejeo. Luego de dar una serie de consideraciones muy personales por las cuales no ameritan tal credibilidad concluye así: "Erró de hecho el Tribunal en la providencia impugnada, al darles valor probatorio a los testimonios mencionados, concediéndoles un alcance que no tienen, ya que las circunstancias que los rodean aunadas a su contenido permiten deducir sin mayor esfuerzo su falta de credibilidad por parcialidad que se hace manifiesta, y de otra parte su inverosimilitud, por ser abiertamente contrarios a lo que la lógica nos enseña. Si el Tribunal hubiera considerado los aspectos reseñados, necesariamente hubiera desestimado estos testimonios llegando a una conclusión totalmente diferente".

A continuación el recurrente relaciona las normas de procedimiento penal y del Código Penal que fueron violadas.

Por otra parte el casacionista estima que yerra el Tribunal al restarle todo mérito testimonial a lo manifestado por Germán Darío Uribe A., José Ignacio Vásquez P., Antonio Lopera P., y Jaime Montoya V., en el sentido de que sí hubo disputa, afirmando que la amistad de algunos de ellos con el procesado no lo es todo para desconocerles valor; así expone algunas consideraciones de por qué ha debido dárseles credibilidad a los testimonios y reseña la normas infringidas.

Considera que el Tribunal yerra al apreciar el contenido de la indagatoria, por destacar algunas aparentes contradicciones que le hacen quitar mérito a la misma; pero sostiene por su parte que lo que revela la indagatoria es la falta de recuerdos claros sobre lo sucedido por los efectos normales del alcohol.

El libelista dice que el Tribunal también se equivocó al apreciar la diligencia de necropsia, porque a pesar de observar la localización de los disparos en partes opuestas del cuerpo de la víctima, no valora su verdadero alcance, pues con ello hubiera concluido que sí hubo forcejeo; además niega la corta distancia en que se hicieron los disparos, por no haber dejado tatuaje, pues esto último no siempre se presenta, dependiendo ello de la clase de arma y la calidad del proyectil.

En síntesis concluye que "Si los tres errores anterior no se presentan, de seguro hubiera impuesto credibilidad a la versión del sindicado y de los testigos sobre el forcejeo y la conclusión hubiera sido otra. Tales errores son manifiestos y obran en autos, pues basta leer la sentencia y el acta de necropsia para establecerlo".

El casacionista también demanda como error del Tribunal el haber apreciado la inspección judicial sin darle su verdadero alcance en relación con la situación interna del local y la ubicación cierta de las personas que participaron en los hechos, lo que hubiera llevado a una conclusión diferente de la que llegó.

Censura como error del sentenciador el haberle dado un alcance diferente al peritaje médico legal practicado al procesado que no se traduce de su contenido, pues en él se indica la existencia de heridas, contusiones y escoriaciones que hacen creíble la existencia del forcejeo; resultando forzada la explicación del Tribunal de que ellas son fruto de la lucha con los agentes de la policía, pues en el expediente no existen constancias de tales golpes.

Estima el libelista un desacierto del Tribunal la apreciación del testimonio de Diego de J. Monsalve G. al darle credibilidad a la parte que señala que el procesado salió del establecimiento abofeteado y regresó armado para disparar sobre su víctima; y le parece curioso que sin conocerlo le estuviera poniendo cuidado a sus movimientos, que por ello no se le debe atribuir ninguna credibilidad pues del mismo dice: "La calificación de mendaz es poquita para este testigo, pues aparte de lo anterior se aparta de todas las versiones sobre el sitio en que se encontraba la víctima al momento de los disparos, el que es muy distante del lugar en que fue levantado...".

El demandante considera que el Tribunal tampoco apreció el verdadero alcance de las versiones de Jaime Montoya V., Heriberto Lopera P., Sánchez Franco, Muñoz Ruiz y Jairo Vanegas P., en el sentido de atribuirle a Braulio el poseer una botella despicada con anterioridad a los hechos y en concomitancia con los mismos; que si se le hubiera dado la trascendencia que este hecho tenía se hubiera llegado a conclusiones diversas porque ello demuestra el estado de prevención y alerta en que se encontraba el procesado.

Plantea el actor un cargo subsidiario, también al amparo de la causal primera por la presunta violación indirecta de normas sustanciales como consecuencia del error en la apreciación por omisión, de las siguientes pruebas: El haber errado en la valoración de los testimonios de Angel A. Palacio y Carlos Pérez P., pues de haberlos evaluado se hubiera demostrado de manera indiscutible el estado de trastorno mental transitorio del procesado por el grave estado de embriaguez en que se hallaba el procesado.

En los términos expuestos solicita se case la sentencia absolviendo al inculpado.

Los Argumentos del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Al solicitar que no se case la sentencia impugnada, el Ministerio Público inicia la consideración de la demanda con un análisis crítico, donde advierte una vez más que la casación no es una instancia adicional que permite un tercer debate generalizado del contenido probatorio.

Bajo tales condiciones, expresa el Delegado, no puede considerarse como libelo idóneo aquel escrito que "sin reunir realmente el lleno de las exigencias legales, se le quiere dar tal apariencia por el solo hecho de mencionar una u otra causal de casación y referir indiscriminadamente uno o otros errores, para seguidamente consignar en extenso apreciaciones y críticas probatorias hechas desde la unilateral óptica del recurrente, significando con claridad que lo único pretendido por el actor es la simple y desabrida prolongación del debate de las instancias".

"En este caso olvidó el censor que el debate probatorio se agotó hace ya rato y que la sentencia del Tribunal llega a la Corte amparada por la doble presunción de acierto y legalidad".

Concretando ese estudio al cargo primero el Procurador sostiene que "así formulado y desarrollado contiene flagrantes e insalvables yerros técnicos que hacen imposible abordar su estudio y por lo mismo dan al traste con el mismo, pues claro que el censor, poco conocedor de la técnica casacional, confunde y mezcla los conceptos propios del error de hecho con los del error de derecho".

El funcionario conceptúa que a pesar de anunciar la existencia de errores de hecho, el actor "no concreta si las equivocaciones surgieron por haberse ignorado la prueba, o por la suposición de ella, o por la distorsión o tergiversación objetiva que el juzgador hiciera respecto del sentido de los medios probatorios referidos".

Y prosigue el Delegado afirmando que si se quisiese entender la censura como fundada en un falso juicio de identidad, esta idea se diluye en la medida que el censor no precisa en qué consistió la distorsión, la tergiversación de las pruebas citadas por él, limitándose a una extensa crítica que en nada se compadece con los parámetros propios de la apreciación errónea.

Así mismo le critica a la demanda que no concretara el señalamiento claro, adecuado y específico de la norma o normas sustanciales violadas, "limitándose a citar sin justificación y en abundancia un número interminable de disposiciones procedimentales y sustantivas que por sí solas nada dicen frente al ataque enunciado; y si bien debe admitirse que fueron mencionados unos preceptos sustantivos, de todas maneras,

quedando ellos insalvamente considerados en el libelo, nada se refiere en cuanto al sentido de la violación que se afirma; es decir, si la infracción aducida obedeció por exclusión evidente de la norma que debió aplicarse, o por indebida aplicación de la que efectivamente fue aplicada, y la necesaria consecuencia según la cual, de no haber mediado el error acusado no habría tenido ocurrencia".

En referencia al segundo cargo, el Colaborador de la Procuraduría dice que con iguales desaciertos técnicos el impugnante insiste en la existencia de errores, pero en este caso por omisión en la apreciación de ciertos medios de convicción.

"Sin embargo, esperando que el libelista concretara y demostrara con acierto y claridad sus afirmaciones respecto del supuesto falso juicio de existencia por omisión, sus argumentaciones terminan canalizándose en un tema extraño a la modalidad de ataque escogido, pues ha pretendido resaltar la inimputabilidad del procesado dentro de una causal de casación ajena a esa materia.

"Es imperioso recalcar que cuando se pretende en casación atacar la sentencia por cuestión relacionada con la presunta inimputabilidad del procesado, la causal viable para este efecto es la tercera, toda vez que por esa vía se tiene que demostrar la inobservancia de las formalidades propias del juicio en la medida que el juzgamiento del acusado se adelantó tratándosele como persona sujeta a penas cuando eran las medidas de seguridad las aplicables".

Termina concluyendo que el cargo no debe prosperar.

Las Consideraciones de la Sala

Razón le asiste a la Delegada cuando critica los desaciertos técnicos existentes en la demanda, porque la verdad es que todos y cada uno de los supuestos errores de hecho en que aparentemente incurrió el sentenciador de segunda instancia, no son demostrados con el libelo, que se limita en realidad a hacer un extenso análisis de los medios de convicción más propios en una alegación de instancia que del recurso extraordinario de casación.

La realidad es que habla de la existencia de errores de hecho en relación con una extensa gama de medios de convicción existentes en el proceso, pero no hace ningún esfuerzo por demostrar si los mismos surgen de no haberse apreciado el medio de convicción, o por haberse supuesto, distorsionado o tergiversado en su sentido fáctico.

En realidad lo que pretende el casacionista es presentar una personal apreciación de los medios de convicción, que como es apenas obvio, discrepa de la que en su momento hicieron los sentenciadores; y aun al exponer sus argumentos, el libelista incurre en contradicción, porque critica que las instancias hubiesen dado credibilidad a los testimonios de Diego de J. Monsalve González, Luis Alberto Sánchez Franco, Jhon Jairo Muñoz Ruiz e Hilrien de J. Mesa Arboleda, sin tener en cuenta la amistad que los une con el procesado, entre otras objeciones que hace a los mismos para postular sus personales apreciaciones; pero ya en relación con los testimonios que le interesan y en concreto los de Germán Darío Uribe Arango, Jhon Diego Betancur Arango, Cesar Orlando Uribe Arango, José Ignacio Vásquez Palacio, Antonio Lopera Pérez y Jaime Montoya Vélez, reprocha a los sentenciadores que les hubieren restado mérito proba-

todo porque considera que para esos efectos los sentimientos de amistad son instrascendentes; en esta ocasión dice: "Estos testimonios tienen verdadero peso probatorio si se analizan a la luz de la sana crítica y antes de individualizar algunos para marcarles la amistad y el ser compañeros de trabajo y habitantes de la misma vereda (consideraciones éstas que no tuvo con los mencionados en el numeral anterior), los analiza en su conjunto en forma tal que rescate aquellos que indican la existencia del forcejeo. La amistad de algunos de ellos con el procesado no lo es todo para desconocerles valor...".

Se ve, en la comparación de los dos pasajes de la censura, cómo se trata no de una demanda que respete los rigores técnicos que gobiernan el recurso de casación, sino de una simple postulación de una apreciación de los medios de convicción muy personal, porque frente a una misma circunstancia -la amistad- que puede llegar a tener relevancia en la credibilidad de un testimonio, critica a los sentenciadores haberles prestado mérito a algunos deponentes pese a existir de por medio ese nexo afectivo con el procesado; y así mismo les critica que le restaran mérito probatorio a otros declarantes unidos al implicado por lazos de amistad, ya dice que el mismo no lo puede ser todo para quitarles mérito probatorio.

De lo anterior se concluye que el censor quiere que en relación con los testimonios que le convienen sea tenida en cuenta la amistad para rechazar la credibilidad de aquéllos; y que de la misma manera tal vínculo se considere con el efecto contrario; el de restar credibilidad a otras declaraciones, según su interés. Lo que no puede considerarse como un error de hecho del fallador, porque no es más que eso, una muy personal e interesada versión probatoria de la defensa.

La Delegada sintetizó con acierto estas personales consideraciones probatorias de la censura cuando conceptúa: "Es así como el actor estima que a los testimonios de Diego de J. Monsalve González, Luis Alberto Sánchez, Jhon Jairo Muñoz e Hilden de J. Mesa el Tribunal les concedió 'pleno valor' cuando no lo tenían; que a las declaraciones de Germán Darío Uribe, Jhon Diego Betancur, Cesar Orlando Uribe, José Ignacio Vásquez, Antonio Lopera y Jaime Montoya les restó todo 'mérito o valor' siendo que son versiones 'creíbles'; que a la indagatoria del procesado le hizo surgir 'aparentes contradicciones'; que tanto la necropsia como la inspección judicial no fueron tomadas con 'su verdadero alcance'; que al reconocimiento médico legal efectuado al sindicado se le dio 'un alcance diferente', y que los testimonios de Diego de J. Monsalve, Jaime Montoya, Heriberto Lopera, Sánchez Franco, Muñoz Ruiz y Jairo Vanegas no fueron apreciados con 'su verdadero alcance'".

Se evidencian aquí a plenitud las infidelidades técnicas de la demanda que ante la ausencia de verdaderos yerros cometidos por los juzgadores, y la imposibilidad de demostrar que las pruebas fueron omitidas en su consideración, supuestas o tergiversadas en su contenido fáctico se limita a presentar una versión divergente de la de los sentenciadores, dentro de los delineamientos correspondientes a un alegato de instancia, pero no a los que exige un libelo en sede de casación.

En condiciones tan precarias es preciso tal como lo solicita la Delegada, rechazar el cargo en esta forma presentado.

Se planteó un segundo cargo, bajo el amparo de la misma causal, por la presunta existencia de errores de hecho, en este caso, por haber omitido las declaraciones de

Angel Albeiro Palacio y Carlos Pérez Palacio que hicieron referencia al grado de embriaguez en que se encontraba el procesado en el momento de los hechos y que de haber sido tenidas en cuenta hubieran permitido concluir la inimputabilidad del procesado.

Es bien sabido que si se trata de este tipo de acusaciones contra una sentencia, la vía del ataque debe ser la de la nulidad, porque habría que retrotraer la actuación procesal a etapas anteriores y en tales circunstancias practicar las pruebas que fueren necesarias para dilucidar el verdadero estado mental del procesado en el momento de los hechos.

El intentar el ataque por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial daría una opción procesal imposible en este tipo de situaciones, porque el juez de casación tendría que dictar la sentencia de reemplazo careciendo por el momento de los medios necesarios para fundamentar la sentencia en relación con el grado de imputabilidad o inimputabilidad del procesado.

Pero es que además del antirecticismo, no es verdad que los sentenciadores no se hubieran ocupado del asunto, porque si bien es cierto que de manera concreta no se refieren a los dos testimonios mencionados en el libelo, sí lo es que la primera instancia le dedicó un espacio a esta circunstancia para rechazarla cuando dijo: "Pero la inimputabilidad de Uribe sí es ajena a las probanzas. Mírese su desempeño a través de las distintas intervenciones en el sumario. Bien es cierto que según testimonios de concurrentes al lugar, teatro de los hechos, Pascual estaba ingiriendo licor en la alegre fiesta de ese 22 de abril, mas tampoco, menos cierto es que en momento alguno dijo no tener conciencia de lo ocurrido a él, ni de lo que hizo.

"Pormenorizó como ningún otro lo relativo al arma que le fue incautada, el incidente con la policía, del forcejeo y se pudo ver ya por qué aludió a unos momentos y por qué le convino callar otros del episodio. En la misma diligencia de inspección llevada a cabo en el establecimiento trágico fue explícito y detallista. Fue que en ninguna etapa procesal el funcionario instructor, ni en este despacho, ni la agencia fiscal, ni la misma defensa vieron motivos para pensar en una posible trastorno mental que padeciera Pascual al obrar. Sólo en la audiencia pública vino a mencionar esa situación. Todo explica por qué a nadie se le ocurrió ordenar ni pedir pruebas al respecto".

"No hubo el menor asomo de un trastorno mental transitorio que viviera Uribe Ruiz esa noche".

"Por esas razones, ante la ausencia de tal anormalía psíquica, lo lógico es concluir que es imputable".

Es decir, que la circunstancia relativa al estado mental del procesado sí fue considerada por las instancias y fue rechazada con base en apreciaciones probatorias bastante razonables, porque son bien conocidos los efectos posteriores que produce una embriaguez aguda, y al no haberse percibido que ellos existieran era lógico que la posible inimputabilidad fuera rechazada, como correctamente se hizo.

En las condiciones anteriores el cargo debe ser rechazado como lo solicita la Delegada.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

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 Cortés Garnica, Secretario.

REDENCION DE PENA / TRABAJO / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

Ha dicho reiteradamente esta Sala que la competencia para reconocer redención de pena por trabajo y estudio, radica exclusivamente en el juez de ejecución de penas (juez de primera instancia) de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 510 y 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, o a la autoridad que esté conociendo del asunto en forma provisional, para decidir peticiones de excarcelación con fundamento en lo previsto por el numeral 2 del artículo 415 *ibidem*.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 7964.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 085.

Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

El procesado José Aldemar Ruiz Villanueva, quien se halla detenido en la Cárcel del Circuito Judicial de Honda (Tolima), solicita la redención de pena por trabajo realizado en los establecimientos carcelarios donde ha estado privado de su libertad, incluyendo los días sábados, domingos y festivos, para lo cual acompaña certificado correspondiente al período comprendido entre el mes de abril de 1991 y julio de 1993 y fotocopia de la constancia expedida por el Jefe de la Sección Administrativa del Departamento de Policía Tolima sobre el trabajo del procesado del mes de noviembre de 1989 a marzo de 1991.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado Primero Superior de Honda, mediante sentencia de fecha 7 de octubre de 1991, condenó a José Aldemar Ruiz Villanueva a la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué (Tolima), en fallo del 7 de mayo de 1992, el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

En providencia de fecha 28 de julio del corriente año, la Sala negó a Ruiz Villanueva el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en atención a que no acreditó el cumplimiento del requisito cuantitativo de la sanción a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, observando la Corte que en ninguno de los documentos relacionados con el trabajo se certificó haber laborado durante los días sábados, domingos y festivos.

En esta oportunidad el peticionario acompañó certificado de la Cárcel del Circuito Judicial de Honda (Tolima), que cumple con las exigencias legales y fotocopia informal de la constancia expedida por el Departamento de Policía Tolima, la que no puede ser tenida en cuenta, en razón a la ausencia de autenticidad y por cuanto se incluye el mes de noviembre y tres días del mes de diciembre de 1989, lapso en el cual no se encontraba privado de la libertad ya que su detención se hizo efectiva a partir del 4 de diciembre en cumplimiento de la providencia dictada en esa fecha por el Comandante del Departamento de Policía Tolima. Por ello, la Sala se abstendrá de considerar dicho documento y de reconocer cualquier rebaja de pena, pues el tiempo efectivo en reclusión (45 meses y 11 días) y la redención de la sanción por las labores realizadas en el establecimiento carcelario donde actualmente se encuentra detenido, resultan muy inferiores para satisfacer las dos terceras partes de la sanción impuesta en los fallos de instancia, que equivalen a 80 meses de prisión para considerar la eventual presencia de los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal.

Ha dicho reiteradamente esta Sala que la competencia para reconocer redención de pena por trabajo y estudio, radica exclusivamente en el juez de ejecución de penas (juez de primera instancia) de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 510 y 15 transitorios del Código de Procedimiento Penal, o la autoridad que esté conociendo del asunto, en forma provisional, para decidir peticiones de excarcelación con fundamento en lo previsto por el numeral 2° del artículo 415 *ibidem*.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se abstiene de reconocer al procesado José Aldemar Ruiz Villanueva la redención de pena que demanda, 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, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Corzo Garnica, Secretario.

SANA CRITICA / TESTIMONIO

La prueba testimonial al igual que la indiciaria, no tienen en la ley procesal una tarifa legal que limite la apreciación del juzgador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7953

Magistrado Ponente : Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 85 - Sept. 16/93.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre diecisiete de mil novecientos noventa y tres.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de fecha junio once de mil novecientos noventa y dos, mediante la cual se condenó al sargento del Ejército Nacional Luis Agustín Jaime Buitrago a la pena principal de diez (10) años de prisión como autor responsable penalmente del delito de homicidio, en el también sargento del Ejército Jeremías Córdoba Quinayas.

Episodio Procesal

Los hechos que originaron la investigación ocurrieron en el municipio de Chaparral, departamento del Tolima, el cuatro de septiembre de mil novecientos noventa, aproximadamente a las siete de la noche.

En dicha fecha y hora, departían en el sitio conocido como "Mi Ranchito" los sargentos Jaime Buitrago y Córdoba Quinayas, acompañados por dos mujeres y bajo los efectos del alcohol resolvieron dedicarse al peligroso entretenimiento de jugar con granadas que se arrojaban el uno al otro. Algunos ligeros altercados tuvieron los sargentos con los administradores del local y con los demás asistentes al estadero, quienes por elemental medida de prudencia resolvieron retirarse del lugar.

Solos, permanecieron por algún tiempo los militares hasta cuando se suscitó entre ellos un incidente en el cual sacaron a relucir sus revólveres. Los administradores del restaurante escucharon de pronto una detonación de arma de fuego y al acercarse al sitio

pudieron percibir al sargento Jaime Buitrago, cuando se alejaba del lugar en compañía de las mujeres y guardando dentro de su pantalón al parecer un arma, mientras el sargento Córdoba se hallaba caído sobre la mesa gravemente herido, falleciendo horas después.

Los juzgadores tanto de primera como de segunda instancia, consideraron a Luis Agustín Jaime Buitrago como responsable de un delito de homicidio simple.

La Demanda de Casación

Dos cargos formula contra la sentencia del Tribunal el recurrente, los dos al amparo de la causal primera de casación del artículo 220 del C. de P.P. por violación indirecta de la ley sustancial.

Hace consistir el primer cargo en que "...se hizo suposición de prueba, respecto de los testimonios de Emigdio Rafael Dávila, Didier Borja y José Edusmildo Torres, al afirmarse que de sus dichos se extrae la 'verdad real de lo acontecido' y que 'quien había disparado no era persona diferente a Luis Agustín Jaime Buitrago.' "

Expresa que ninguno de los anteriores declarantes vio al acusado disparar sobre la víctima, ya que apreciaron que se dedicaba a jugar peligrosamente con las granadas y su revólver, con el cual amenazó a uno de los declarantes y que luego de escuchar la detonación del arma, vieron al sargento Jaime Buitrago cuando se alejaba del lugar guardando algo en la pretina de su pantalón. Que con apoyo a esta versión testimonial, el Tribunal afirmó la autoría material del ilícito en cabeza del procesado, cuando los declarantes no hacen ninguna imputación directa al respecto. Que este error del juzgador en la apreciación de la prueba lo llevó a proferir sentencia de condena, sin existir la prueba que para tal fin exige la ley.

En un segundo cargo sostiene el impugnante, que "...la sentencia apreció erróneamente como graves los indicios de capacidad física, capacidad moral, móvil, abandono injustificado, indebida exculpación por incriminación a terceros, de presencia y de oportunidad y concluir que Luis Agustín Jaime Buitrago, es responsable de la muerte violenta de Jeremías Córdoba Quinayas, profiriendo sentencia condenatoria por el delito de 'homicidio...".

Insiste el recurrente que si bien estos indicios son atribuibles a su defendido, también pueden predicarse de las dos mujeres que lo acompañaban e incluso de las diversas personas que se encontraban en el sitio de diversión. Agrega, que si el sargento Jaime Buitrago se alejó de la población a raíz de los hechos, lo hizo como medida de precaución por el grave peligro que corría debido a la alteración del orden público.

Que en estas condiciones, no existen los indicios calificados de graves por el juzgador y que sólo aparece una inmensa duda sobre la autoría y responsabilidad del acusado que necesariamente debe resolverse a su favor, según principio universal de derecho. De ahí que concluya la fundamentación del cargo, solicitando a la Corte casar la sentencia impugnada y proferir en su lugar sentencia absolutoria.

Partes no Recurrentes

Dentro del término de traslado a las partes no recurrentes, se hizo escuchar la Procuradora 101 en lo Judicial Penal para oponerse a las pretensiones del recurrente y

respaldar en su integridad la sentencia impugnada, que considera ajustada a derecho y acorde con la realidad procesal.

Considera inexistentes los presuntos errores de hecho que el demandante atribuyera la decisión del Tribunal y afirma que esta se profirió sin falsear la realidad fáctica y que "...el discurso de reproches para demostrarlo, no es más que una reiteración de la posición personal que a través del debate interpretativo de la prueba ha fijado la defensa en la grandiosa tarea que le ha sido encomendada...".

Sobre el cargo que formula el recurrente sobre un presunto error de apreciación probatoria, al calificar el Tribunal de graves los indicios existentes contra el sentenciado, sostiene la señora Procuradora, que "...la demanda se introduce en el campo de la valoración, lo cual compete al funcionario quien apreciara los indicios en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con los medios de prueba que obren en la actuación procesal (art. 303 del C.de P.P.)".

Critica luego al demandante, por alegar como error de hecho, presuntos quebrantos al debido proceso, (art. 29 de la Carta) del todo inexistentes, pero que de corresponder a la realidad han debido formularse al amparo de la causal de nulidad.

Fija su posición sosteniendo que el proceso se adelantó con total sujeción a las normas legales sobre la materia, que todo él está concebido dentro de la legalidad y el respeto al derecho sustantivo razón por la cual la demanda no debe prosperar.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, conceptúa que se debe desechar la demanda no sólo por los errores en su formulación, sino porque además los argumentos traídos en apoyo de los cargos, no resultan suficientemente claros y adolecen de falta de precisión jurídica y conceptual, hasta el punto que la demanda se convierte en un simple alegato de instancia.

Agrega, que el casacionista "... tiene una idea muy particular de la labor del juzgamiento, pues en su opinión existe un falso juicio de identidad por haberse distorsionado el contenido de la prueba, cuando el sentenciador la toma para construir sobre ella afirmaciones que pueden ser lógicamente deducidas de su propia esencia. Por ello, sostiene que en los testimonios de los señores José Edusmi o Torres, Emigdio Dávila Galeano y Didier Borja se cometieron los mencionados falsos juicios de identidad porque confrontadas las actas, no se encuentra en ellas en forma alguna la afirmación de que Luis Agustín Jaime hubiera sido el autor de los disparos homicidas, como reclamando identidad entre las versiones de los testigos y las deducciones que de ellas hizo el juzgador"... y agrega: "...para nada el sentenciador ha sostenido aquí que los testigos hayan dicho que vieron cuando el inculpado accionó su arma o que puedan aseverar sin duda que observaron el instante en que Jaime Buitrago ocasionó la muerte a su compañero". Esta última afirmación fue la consecuencia lógica del análisis crítico realizado sobre los testimonios, pues de todas aquellas circunstancias enlistadas por el *ad quem*, se puede concluir como lo sostuvo, que dichas pruebas son la fuente fidedigna de la verdad real de lo ocurrido, pese a que no pudieron observar directamente por medio del sentido de la vista, el instante en que Luis Agustín descerrajó el tiro en la cabeza de

Jeremías, mas sí percibieron los movimientos inmediatamente posteriores del agresor, cuando apresuradamente abandonaba el lugar en compañía de las dos mujeres, guardando el revólver en la pretina del pantalón, supliéndose así la visión directa de la agresión echada de menos por la defensa...".

En relación con el segundo cargo considera la Delegada, que sin duda el papel del actor se circunscribió a reexaminar los indicios ...imponiendo sobre aquéllos su particular y propio criterio, labor que irrumpe contra la lógica que impone la casación cuando de valorar la prueba indiciaria se trata. Con esto -agrega la Procuraduría- los ataques así condicionados por el libelista no caben dentro del error de hecho propuesto, sino que se desvían defectuosamente hacia cauces del falso juicio de convicción, porque es clara la intención de aquél, tendiente a sustraer el adjetivo de gravedad impuesto a los indicios por el juzgador.

Concluye afirmando la Procuraduría, que la demanda debe desecharse, pues el libelista no pudo cumplir su estricta obligación de demostrar la ilogicidad, protuberante, manifiesta y contundente en las conclusiones o deducciones que el sentenciador sacó del acervo probatorio inserto en el proceso. De ahí que solicite a la Corte no casar la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Es evidente, que la formulación de los cargos no se ciñe a las exigencias de la técnica inherente a este recurso extraordinario, pues el actor, sin demostrar los presuntos errores de hecho o de derecho que atribuye al juzgador en la apreciación probatoria, se limita a acusar el fallo alegando que en éste se condenó al procesado sin que existiera la plena prueba de su responsabilidad penal, desconociendo en sus argumentaciones la realidad probatoria que el Tribunal analizó en forma acertada y completa.

Así, el demandante en su primer reproche que formula al amparo de la causal primera, parece enderezar la censura por la vía de la violación indirecta al expresar que el Tribunal supuso prueba para imputar a Jaime Buitrago la autoría del ilícito, censura que no se ajusta a la realidad procesal, puesto que el examen de la sentencia permite advertir a primera vista, que la decisión descansa en prueba testimonial e indiciaria legalmente aportada al proceso y que fue tenida en consideración y debidamente apreciada por el juzgador para proferir la sentencia de condena.

Ante esta evidencia, el censor entra su inconformidad por diferente vía, afirmando que el Tribunal al realizar el examen de la prueba tergiversó las declaraciones de Emigdio Rafael, Didier Borja y José Edusmildo Torres, para poder atribuir al sentenciado la autoría del ilícito, poniendo en boca de dichas personas afirmaciones que éstos no expresaron, como la de haber presenciado el momento en que Jaime disparaba su arma contra Córdoba Quinayas. Sin embargo, este reproche, como bien lo anota el señor Delegado y Procuradora Penal, pugna abiertamente con la realidad, pues el Tribunal no hizo en su sentencia las afirmaciones que el censor le atribuye, sino que de las versiones de los citados testigos y de la prueba indiciaria dedujo con acierto y como lógica e irrefutable inferencia, que Jaime Buitrago y no persona diferente, había sido el autor de la muerte del sargento Córdoba Quinayas.

Para llegar a esta conclusión y deducir la responsabilidad del acusado, el Tribunal partió de los siguientes hechos que en forma evidente proclaman los elementos de juicio aportados al proceso:

a) Que Luis Agustín Jaime Buitrago, junto con las dos mujeres, eran las únicas personas que departían con el occiso en el momento de los hechos;

b) Que quien estaba armado y manipulaba el revólver amenazando con él a los presentes e incluso a uno de los trabajadores del local, a quien colocó el arma en la cara, era precisamente Jaime Buitrago;

c) "Que entre los actores del trágico suceso, hubo mutuas y agrias recriminaciones, especialmente de quien a la postre resultara sin vida, devenidas de sus respectivas actitudes en cuanto que éstas estaban encaminadas a demostrar cada cual su exacerbado machismo frente a las mujeres que le hacían compañía, jugando el uno con dos granadas y el otro con el revólver...";

d) Que fuera de los protagonistas de la tragedia y de quienes servían en el establecimiento, sólo dos personas se hallaban en el lugar, en sitio distante a aquél donde ocurrieron los hechos y quienes fueron ajenas en todo momento a lo que allí ocurría;

e) Que tan pronto como se escuchó el disparo, los presentes vieron a Jaime Buitrago cuando apresuradamente abandonaba el lugar, guardando en la pretina de su pantalón el arma homicida;

f) Que después de consumado el homicidio, Jaime Buitrago se alejó no sólo del escenario del crimen, sino además de la ciudad de Chaparral, presentándose tiempo después para eludir toda participación en los hechos, apoyándose para ello en las mendaces declaraciones de las dos damiselas acompañantes, quienes incluso llegaron en principio a negar su presencia en el lugar donde recibiera muerte violenta Córdoba Quinayas.

De este aspecto fáctico que el proceso pone de presente, con prueba irrefutable y digna por ello de toda credibilidad, el Tribunal dedujo con sano y acertado criterio, que Jaime Buitrago había sido el único autor de la muerte de su compañero de armas. No existió tergiversación y menos suposición de prueba, para llegar a este aserto y por ello la censura carece de todo fundamento.

No prospera el cargo.

En su segunda censura, el recurrente no atribuye al juzgador ningún error de hecho en la apreciación probatoria, limitándose a expresar que el Tribunal calificó de graves ciertos hechos indiciarios que para el demandante no revisten esta calificación. Para fundamentar el reproche el actor lleva a cabo en su libelo un prolijo examen de las pruebas, tanto de la testimonial como de la indiciaria, apreciándolas desde su personal punto de vista, para darles un valor incriminativo diferente al que le dio el Tribunal, tratando de demeritar las conclusiones a que llegó el juzgador en su sentencia de condena. O sea, que el actor ha elaborado como lo dice la Procuraduría Delegada, un verdadero memorial de instancia, repitiendo las alegaciones formuladas por la Defensa a través del proceso y particularmente en la audiencia pública, lo cual quiere decir, que el demandante ha llevado su demanda por los cauces del error de derecho, olvidando que la prueba testimonial al igual que la indiciaria, no tienen en la ley procesal una tarifa legal que limite la apreciación del juzgador, que en el caso *sub judice* se ha ajustado a los

mandatos de la sana crítica, a las normas legales sobre la materia, a los principios de la lógica y a las reglas de la experiencia en la estimación de la prueba.

En estas condiciones, el reproche no puede prosperar.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, acogiendo en su integridad el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida a favor de Luis Agustín Jaime Buitrago, 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 Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DOCUMENTO / ESTAFA

Cuando un documento, así sea público, se involucra en un obrar delictuoso, es factible atacar su mérito y establecer una distinta realidad, precisamente la que constituye la conducta criminosa, para entonces sí hacer las determinaciones propias del campo penal. De no, fácil quedaría a quien v.gr., en un delito de estafa mediante el cual se ha producido la apropiación de un bien inmueble, al paso que por este instrumento asegura el objeto de su doloso engaño, al mismo tiempo se procura la intocable prueba de un actuar que se cree legítimo pero que realmente no lo fue. La cuestión se aparenta, entonces, con poder contar con elementos suficientes para demostrar que lo llevado a escritura como negociación lícita no exhibió estas notas, y por el contrario, se insertó en un comportamiento punible.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7940.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado Acta N° 84, 15 de septiembre de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 21 de septiembre de 1993.

Vistos

En sentencia de 15 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, se impuso a Carlos Julio Gómez, por un delito de "estafa", un (1) año de prisión, multa en cuantía de un mil pesos ($1.000.00) e interdicción de derechos y funciones públicas por un término de dos (2) años.

Recurrida en casación, la demanda correspondiente se admitió en proveído de 10 de noviembre del citado año.

Hechos y Actuación Procedimental

De unos y otra señala la Delegada Segunda en lo Penal:

"Mediante la Escritura Pública número 2424 corrida en la Notaría Unica de la ciudad de Florencia el 18 de agosto de 1988, el matrimonio conformado por Carlos Julio

Gómez y Celina Santos protocolizaron la separación de bienes por mutuo acuerdo. Para el efecto fueron incluidos como bienes sociales una casalote situada en el municipio de Florencia, junto con sus enseres; La finca "La Sardina", ubicada en el municipio de Milán, Caquetá y 62 cabezas de ganado. Por fuera del enlistado quedó una letra de cambio por un millón de pesos ($1.000.000.00) en favor de Gómez, quien no obstante, hizo entrega de ella a su consorte con el propósito de que se procediera a cancelar un crédito bancario en donde aparecía como deudora principal. Sin embargo, llegada la fecha de su vencimiento, Gómez se hizo presente ante el deudor de la obligación contenida en el título, señor Pastor Parra Vargas y, pretextando haber extraviado el documento, logró hacer efectivo su pago, recibiendo para el efecto quince (15) cabezas de ganado defraudando con ello el patrimonio económico de su ex compañera.

"...

"Por estos hechos, el doctor Samuel Aldana en representación de la señora Celina Santos de Gómez presentó denuncia de carácter penal en contra de Carlos Julio, ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Salado Blanco, Huila.

"Tal autoridad decretó la práctica de algunas diligencias a manera de indagación preliminar, en cuyo cumplimiento se allegó fotocopia de la Escritura pública número 2424, los testimonios del abogado Francisco Sánchez Rivera, Celina Santos y la versión de Carlos Julio Gómez, todo lo cual sirvió de fundamento al Juzgado 23 de Instrucción Criminal de Pitalito, para declarar formalmente abierta la investigación con auto del 11 de mayo de 1990.

"Mediante indagatoria fue vinculado al proceso Gómez y su situación jurídica resuelta el 29 de abril de 1991, adoptándose en su contra medida de aseguramiento consistente en caución prendaria por el delito de Estafa.

"Oído el testimonio de Pastor Parra Vargas y clausurado el sumario fue calificado el proceso mediante el pronunciamiento de resolución de acusación contra el imputado, por el punible señalado al momento de resolvérsele su situación jurídica.

"Al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito correspondió adelantar la etapa del juicio, en la cual, sin haberse practicado pruebas fue cumplido el rito oral y fallado en primera instancia el proceso con sentencia absolutoria en favor del inculpado.

"Contra la anterior providencia se recurrió en alzada por el representante de la parte civil, siendo revocada en su integridad por el Tribunal Superior de Neiva para en su lugar emitir sentencia condenatoria acorde con lo referido en precedencia.

"Haciendo evidente su inconformidad con esta última determinación, el defensor de Gómez ha impugnado la sentencia interponiendo el recurso extraordinario de casación".

La Demanda

Con apoyo en el artículo 226 numeral 1°, inciso 2, del Decreto 050 de 1987 (en la actualidad, artículo 220, numeral 1°, inciso 2º del D. 2700 de 1991), se formula *un sólo cargo*, vale decir, la "violación indirecta de la ley sustancial derivada de manifiestos errores de hecho por omisión de apreciación de dos medios probatorios consignados en

el proceso, falso juicio de existencia (artículos 279, 280, 285 y 295 del Código de Procedimiento Penal). Como consecuencia de los errores aplicó indebidamente los artículos 23, 41, 42, 52, 61, 103 y 356 del Código Penal y dejó de aplicar el artículo 248, *in dubio pro reo* del Código de Procedimiento Penal vigente para la época en que se emitió el fallo atacado".

Y como demostración se indica:

a) Falso juicio de existencia por omisión, relacionado con la Escritura Pública número 2424 de 1988, agosto 18, pasada en la Notaría Primera del Círculo de Florencia, Caquetá, en la cual se consignó la voluntaria liquidación y disolución de la sociedad conyugal de los esposos Gómez-Santos.

En la cláusula octava de ese documento se señala, en favor de ambas partes, un absoluto estado de paz y salvo, lo cual impone, de suyo que "no quedó ningún compromiso pendiente distinto a lo convenido formal y legalmente en el documento citado... Siendo ello así, no se entiende por qué se van a excluir del convenio una deuda bancaria y una letra de cambio que representaban sumas de dinero apreciables, y si ello fue así, es porque sencillamente *no hicieron parte* del arreglo que terminó con la liquidación de la sociedad conyugal".

De otro lado, la versión de haber dejado en poder de Celina Santos ese título valor, para cubrir deuda bancaria por igual suma, deuda bancaria "que entre otras cosas nunca se constató", se pretende tenerla por demostrada con base en la testificación de la citada Santos y del abogado interviniente en esa liquidación, doctor Francisco Sánchez Rivera, declaraciones insuficientes "para fundar un fallo de condena en contra del procesado, pues el documento citado (Escritura Pública número 2424) y dejado de apreciar por el juzgador colegiado, *les hace perder la certeza probatoria*, originándose así, con obvia lógica jurídica, *una razonable duda* que pone en tela de juicio la verdad de los hechos denunciados, y por ende la real responsabilidad del acusado Carlos Julio Gómez".

La falta de apreciación de escrito de tan significativo valor probatorio, llevó al sentenciador a desentenderse de una circunstancia de definitivo beneficio para el procesado, o sea, el *in dubio pro reo* que consagra el artículo 248 del C. de P.P.

b) Falso juicio de existencia por omisión, respecto del testimonio del abogado Francisco Sánchez Rivera, pues tal elemento de prueba, apenas se consideró de manera fragmentaria, advirtiéndose su apreciación recortada y parcial, con lo cual se desconoció "flagrantemente afirmaciones que resaltan la duda planteada en esta demanda de casación".

Después de transcribir buena parte de su exposición, vinculada principalmente al juicio civil de separación de bienes y mencionar, subrayando, la inclusión en el mismo de la señalada letra de cambio, comenta: "Como bien puede observarse, es claro que cuando el doctor Sánchez Rivera promovió la respectiva acción civil ante los Juzgados del Circuito, en la correspondiente demanda *denunció* la existencia (como activo) de la letra de cambio por valor de un millón de pesos ($1.000.000.00) entre otros bienes no denunciados, eso sí la supuesta deuda -como pasivo- que doña Celina Santos de Gómez tenía con el Banco Ganadero (insístase, lo que nunca se probó en el proceso penal). Siendo esto así, no se entiende entonces por qué posteriormente el título valor varias

veces mencionado no fue relacionado en la escritura pública, pues, y en ello insistió el suscrito, tal documento valor representaba una suma de dinero nada despreciable.

"Quiere decir lo anterior que ciertamente, cuando se llegó al arreglo mutuo, se convino por las partes que la letra de cambio *no entraba* en relación del activo patrimonial de la sociedad conyugal, así como nunca entró -ni en la demanda civil ni en la escritura pública- la presunta deuda con el Banco Ganadero, según lo afirma la señora denunciante.

"Si en la demanda civil presentada por el doctor Francisco Sánchez Rivera, ante los Jueces Civiles de Florencia, se relacionó la letra de cambio, pero posteriormente la misma no se incluyó en la Escritura número 2424, es porque en el último acto jurídico el título valor quedó fuera de la transacción para así ser el señor Carlos Julio Gómez su único y legítimo beneficiario.

"Así, entonces, se colige igualmente, que lo declarado por el abogado Francisco Sánchez Rivera es respaldado por el contenido de la Escritura pública, creándose consecuencialmente la oscuridad que se viene argumentando, siendo por ello inevitable concluir que frente al contexto general de la prueba, inclusive el aparte del texto de la declaración resaltada (el que ignoró el Tribunal), se impone la duda, figura jurídica ésta que debe aplicarse favorablemente a los intereses del procesado Carlos Julio Gómez".

Respuesta de la Parte Civil

Para ésta, la citada escritura no puede estimarse en la forma como lo enfoca y propone el recurrente y, contrario a lo que éste piensa, el testimonio del doctor Francisco Sánchez Rivera, profesional buscado por el propio Gómez, sí corrobora el que la letra de cambio entró a formar parte del patrimonio de la señora Celina Santos de Gómez mediante el acuerdo de separación de bienes".

Y se agrega: "No resulta convincente, ni lógico, ni coherente el argumento planteado por el señor Carlos Julio Gómez en el sentido de que entregó la referida letra de cambio al abogado Francisco Sánchez Rivera con la finalidad de que iniciara el correspondiente cobro judicial, y que este abogado se embolató o se "confundió y resultó entregándosela a su esposa Celina Santos.

"Tal argumento no resulta lógico si se tiene en cuenta que la mencionada letra de cambio tiene fecha de vencimiento veinte (20) de enero de 1989, y la respectiva separación de bienes se realizó o se llevó a cabo en el mes de agosto del año 1988. Por consiguiente el hoy procesado Carlos Julio Gómez, no podía llevar a un supuesto cobro judicial una letra de cambio cuya fecha de vencimiento no se había cumplido.

"Se convierte esta actitud del procesado en un claro indicio de mentira, obviamente tendiente a ocultar la verdad de los hechos investigados para obtener su absolución, en estas condiciones no se puede exigir que la escritura pública que contiene la separación de bienes sea la única prueba que deba tenerse en cuenta para proferir la sentencia correspondiente, ya que la finalidad primordial de todo proceso, es la búsqueda incesante de la verdad en aras de la justicia.

"Igualmente con los documentos de fecha abril de 1989 y abril 19 de 1989, son la prueba más fraciente a la defraudación del patrimonio económico de la señora Celina Santos de Gómez".

"Tales documentos demuestran que el procesado Carlos Julio Gómez obtuvo provecho ilícito para sí, por medio de artificios y engaños.

"En los mencionados documentos el procesado Carlos Julio Gómez recalca que la referida letra de cambio se le ha extraviado, cosa que no es verdad. Ya que él tenía pleno conocimiento de que la referida letra de cambio se encontraba en poder de la señora Celina Santos en virtud del acuerdo de Separación de Bienes".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

Ninguna de las dos fundamentales omisiones que la censura adjudica al fallador de la segunda instancia y mediante las cuales se trata de forjar la presencia de un fenómeno de duda que impedía el proferimiento de una sentencia de condena, responde a la realidad procesal. El Tribunal entiende que la susodicha escritura no reflejó total y exhaustivamente la situación relacionada con créditos y obligaciones y bajo esta consideración encuentra explicable la no figuración de la letra de cambio y del compromiso bancario. Y también cita, en favor de esta tesis, lo expuesto por el doctor Sánchez Rivera. No es dable, entonces, aludir a un fenómeno de falso juicio de existencia que más bien daría lugar a un falso juicio de identidad, pues por la diferente referencia a tales pruebas, lo perceptible, como hipótesis, sería su distorsión.

En el fondo, pues, resulta de todo ello una confrontación de criterios sobre el significado y alcance de esos dos elementos de prueba, discrepancia que, advertida la menguada entidad de las observaciones presentadas por el demandante, no puede resolverse en favor de su pretensión. Máxime cuando el Tribunal ha abundado en razones válidas, realizando una crítica probatoria de mérito, mientras que el censor apenas si da curso a una interpretación eminentemente personal y subjetiva.

Pero a más de esto, que sería suficiente para dar al traste con la demanda, la Sala se permite señalar las siguientes acotaciones:

1. El censor estima que el contenido y alcance de la escritura pública, es la expresión incontrastable del acervo patrimonial, que fue objeto de la separación de bienes. La apreciación no es dable entenderla en forma tan rotunda e indiscriminada, ya que cuando un documento, así sea público, se involucra en un obrar delictuoso, es factible atacar su mérito y establecer una distinta realidad, precisamente la que constituye la conducta criminosa, para entonces sí hacer las determinaciones propias del campo penal. De no, fácil quedaría a quien, v.gr., en un delito de estafa mediante el cual se ha producido la apropiación de un bien inmueble, al paso que por este instrumento asegura el objeto de su doloso engaño, al mismo tiempo se procura la intocable prueba de un actuar que se cree legítimo pero que realmente no lo fue. La cuestión se emparenta, entonces, con poder contar con elementos suficientes para demostrar que lo llevado a escritura como negociación lícita no exhibió estas notas y, por el contrario, se insertó en un comportamiento punible.

No puede negarse que el afectado de la separación de bienes, por múltiples razones, no siempre corresponde a una relación total y absoluta de bienes y obligaciones. No es extraño dejar por fuera del mismo la mención de parte del haber patrimonial, bien para esquivar impuestos, ya por la índole de algunas pertenencias (muebles), ora porque al

mismo tiempo que se carga a uno de los separados un compromiso se le entregan los medios para satisfacerlo, o finalmente, como lo destacó la sentencia acusada en valoración que no fue refutada por el casacionista, el proceder obedeció a un hábil ardid del sentenciado. A este respecto, el fallo, y este aparte lo recuerda la Delegada acota: "La entrega de la letra por Carlos Julio a Celina es evidente, de ello no existe la menor duda y salta a la vista que al endosarlo inmediatamente aquél ya tenía concebido negar el traspaso así conociera que con posterioridad una ejecución judicial era imposible por la solución de continuidad en la cadena de endosos... Esta actitud es un verdadero engaño, pues no sólo buscó el arreglo fingiendo amistad y conseguir un presunto acuerdo para proponer qué créditos y obligaciones no quedarían plasmadas en la escritura, sino que, además hizo entrega del título contentivo del crédito con el que Celina cubriría la obligación pendiente" (fl. 27 C.T.).

2. El memorialista, intenta explicar, en favor de su representado, lo relativo a la comentada escritura y el testimonio del doctor Sánchez Rivera. Pero lo que no resulta exitoso en su análisis es la refutación a estos dos elementos indiciarios de responsabilidad, singularizados por el Tribunal que se dejara en poder de Celina Suntos la letra de cambio, cuando lo lógico era su recuperación o anulación, y menos, que Gómez exigiera su pago a Pastor Parra Vargas, pretextando su extravío, cuando lo que procedía era reclamarla a su esposa o avisar al deudor de la posesión de ese título-valor por parte de ella.

De otro lado, el Ministerio Público, en su concepto, recuerda acertadamente que la declaración del abogado Sánchez, se acomoda más a la versión de la denunciante que a la de Carlos Julio Gómez y, además destaca que "Múltiples fueron igualmente las contradicciones en que incurrió el imputado al interior de su propio dicho, que igualmente sirvieron para demostrar los hechos materia de denuncia por parte de su esposa. Nada más vease cómo pese a sostener que el título valor fue entregado al doctor Sánchez Rivera para su cobro judicial, ello habría tenido lugar meses antes de su vencimiento y sin el correspondiente endoso en procuración que le permitiría al abogado iniciar las acciones pertinentes".

Lo dicho es suficiente para descartar por improcedente el cargo.

De ahí que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con la opinión emitida por el Procurador Segundo en lo Penal,

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado, ya mencionado en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Coriés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION/TESTEMONIO / SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA / SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Cuando las sentencias de primera y segunda instancia integran una unidad jurídica inescindible por los aspectos en que ambas coinciden de manera explícita o tácita, no sólo en lo que a la parte motiva concierne, sino también a la parte resolutiva, las consideraciones y examen de la realidad probatoria agotados por el juez de primer grado se entienden incorporados a la sentencia de segunda instancia en todo aquello en que no se desvirtúe o modifique, así tales análisis o argumentaciones no se hayan reproducido en el fallo acusado. / El recurrente debe demostrar la trascendencia de la omisión de los testimonios pasados en silencio, esto es, que debe haberse examinado las dichas probanzas, la decisión final hubiese sido diferente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación Nº 8003.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta Nº 86.

Santafé de Bogotá, D. C., 22 de septiembre de 1993.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Victor Manuel Rojas Ortiz contra la sentencia calendada a catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) y proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmatoria del fallo de primera instancia, que condenó al precitado Rojas Ortiz a la pena principal de treinta y ocho (38) meses de prisión y a las accesorias de rigor como autor penalmente responsable del delito-tipo de extorsión.

Hechos y Sinopsis Procesal

Fueron presentados de la siguiente manera:

"A partir del mes de octubre de mil novecientos noventa (1990), la señora Ligia Andrade Barrera empezó a ser víctima de actos de constreñimiento por parte de sujetos que decían ser miembros de la Policía Judicial y quienes le exigían la suma de tres millones de pesos ($3.000.000) a cambio de no hacer efectiva una supuesta orden de captura expedida en su contra por el Juzgado 79 de Instrucción Criminal de esta ciudad.

En la ejecución de dichos actos, el tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), los extorsionistas habían obligado a doña Ligia Andrade a que abordara un vehículo y se dirigiera con ellos hasta la oficina del Corredor de Bolsa Hugo Gómez, a fin de que éste le hiciera entrega de cierta cantidad de dinero depositada allí a nombre de su progenitora, para efectivizar así las exigencias ilícitas, lo cual no fue posible en tal oportunidad porque la ofendida no contaba con la autorización de su señora madre para efectuar el retiro.

Desesperada con la situación doña Ligia Andrade decide poner los hechos en conocimiento del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, cuyos agentes adscritos idean un operativo para lograr la captura de los extorsionistas, a quienes doña Ligia Andrade hace creer el cumplimiento de las exigencias formuladas, concretándose entonces una cita para el veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), frente a la discoteca "Habana Club", a cuatro (4) cuadras del Banco de Bogotá Avenida 68 con carrera 76 esquina, fue interceptada aquélla por dos individuos, quienes de acuerdo con informe de captura tras recibir el paquete que simulaba el dinero fueron inmediatamente aprehendidos e identificados como los hoy juzgados Víctor Manuel Rojas Ortiz y José Luis Carrillo Estacio, resultando este último ser efectivo de la Policía Nacional.

Efectuada la captura de Víctor Manuel Rojas Ortiz y José Luis Carrillo E., se abrió la investigación penal, dentro de la cual los vincularon mediante indagatoria y a quienes se les resolvió situación jurídica decretando medida de aseguramiento de detención preventiva. Por providencia de dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991) se determinó que el procedimiento a seguir era el abreviado. Con posterioridad se realizó la diligencia de audiencia pública, al cabo de la cual se profirió sentencia de primera instancia, en la que se condenó a los procesados imponiéndoles una pena de treinta y ocho (38) meses de prisión. Conocida la decisión de primera instancia, se interpuso el recurso de apelación, por lo que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá se pronunció confirmando la decisión recurrida, ante esto se acudió en casación ante la Corte Suprema de Justicia.

La Demanda

Con estribo en la causal primera de casación del artículo 220 del C. de P. P., se presentan dos cargos:

Cargo primero:

Considera el censor que la sentencia presenta errores de hecho manifiestos que violan por vía indirecta la ley sustancial, por cuanto se dejaron de apreciar elementos probatorios esenciales del proceso. Asevera que los yerros se dan por cuanto no se apreció la diligencia de descargos rendida por Víctor Manuel Rojas, cuando éste sostiene que él se hallaba injustamente vinculado a la indagación por atender la solicitud

que le hiciera Víctor Manuel Bejarano de acompañarlo a una diligencia, circunstancia por la cual se vio comprometido. Tampoco -dice- apreció el Tribunal los testimonios de Dora Maribel Moreno y Ruth Mireya Moreno quienes de manera conteste atestiguaron que Víctor Manuel Rojas, el día de aprehensión, se iba a encontrar con Bejarano Bustos quien previamente le había solicitado le acompañara a cumplir una cita con una señora que le debía una plata.

De tal manera se queja de que no fueron ampliadas las declaraciones de quienes afirman que Víctor Manuel Bejarano Bustos existe realmente, como son, las de Alejandro Gutiérrez Flórez, Antonio Arteaga, John Alexander Gutiérrez Flórez, Guillermo Rojas Ortiz, Horacio Mosquera Chavarra, Alfonso Ahumada Vélez, José Leonidas Yara Tique, Víctor Julio Baquero Jiménez, Wilson Sánchez Sandoval, Víctor Mario Herrera Cano, Franklin Duque Cardona y Roberto Antonio Duque Rubayo. Critica al Tribunal por omitir exponer razonadamente el mérito que le asigna a determinada prueba y únicamente -asevera- le importó concretar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fueron capturados los coacusados Rojas Ortiz y Carrillo Estacio, apreciando de manera equivocada las manifestaciones que hizo la señora Ligia Andrade Barrera acerca de los individuos que la venían extorsionando y los que supuestamente recibían el dinero; además sostiene, que ignoró la diligencia de reconocimiento a través de fotografías.

Termina este reproche diciendo que el Tribunal violó las normas de orden probatorio y produjo una sentencia aserrada en los yerros indicados.

Segundo cargo:

Planteado de manera subsidiaria, en él se afirma que la sentencia fue proferida sobre errores de hecho manifiestos, por lo cual se vulneró por vía directa la ley sustancial penal, por cuanto se dedujo una circunstancia de agravación punitiva no contemplada en el proceso.

Ignoró el Tribunal que a Víctor Manuel Rojas no se le podía atribuir la circunstancia agravante que se le dedujo a Carrillo toda vez que en el expediente no aparece constancia alguna que señale que tenía la condición de agente de la Policía Nacional.

En este orden de cosas, asevera que el *ad quem* dosificó mal la pena al partir de veintiocho (28) meses y no del mínimo, pues en realidad al concurrir en contra de su patrocinado dos circunstancias de agravación punitiva, la sanción daría un total de treinta y cuatro (34) meses de prisión, correctivo frente al cual tendría derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Solicita, pues, que se *case* la sentencia y se proceda a dictar el fallo de reemplazo.

Concepto del Procurador Primero (1°) Delegado en lo Penal

Luego de recordar que las sentencias de primera y segunda instancia se han de considerar una unidad cuando se profieren en el mismo sentido advierte que la indagatoria sí fue analizada en el proveído del *a quo*. No fue desconocida, aclara, "...simplemente fue valorada sin darle credibilidad...", y este proceso de valoración no

es atacable en casación por encontrarse sometida esta prueba al sistema de persuasión racional, merced a la eliminación de la tarifa legal.

A continuación llama la atención sobre la responsabilidad individual de cada partícipe, por lo que la compulsación de copias indica que se abrió investigación respecto de aquel tercero de que el procesado informó en su indagatoria. De otra parte, si lo que el censor quería era plantear el engaño de que fue objeto el reo por el tercero en cita, "...lo que debió discutirse fue el error esencial e invencible del sentenciador frente al acto extorsivo. .".

En lo referente a los testimonios que, según el actor, no fueron valorados, la Delegada aclara que no sólo se debe alegar que fueron desconocidos, sino que, además, tenían la idoneidad para cambiar la suerte del acusado. Sin embargo, vista la actuación procesal, ellos no influyen en la responsabilidad penal del imputado, pues el juicio de reproche que se le dedujo no se desvirtúa con la participación y existencia del tercero aludido. Igualmente, lo único que podía afectar el fallo sería el error esencial e invencible sobre el hecho típico, lo que no fue objeto de discusión por el demandante.

Finalmente, el Ministerio Público rechaza el que se haya apreciado erróneamente la denuncia y su ampliación. No obstante, las tergiversaciones de que habla el actor son meras conclusiones "...porque efectivamente ella (la denunciante) manifestó que a estos señores que la abordaron el día del operativo ya los había visto con anterioridad".

En seguida, habla de la diligencia de reconocimiento en fila de personas en la que ".. precisamente aclara la señora Andrade que al señor Rojas Ortiz lo había visto en dos oportunidades anteriores al día de entrega del dinero". En lo referente a la diligencia de reconocimiento fotográfico que el actor también señala como ignorada, olvida "...que aunque allí la señora Andrade reconoció a un señor Jiménez como a uno de los extorsionistas, no quiere decir esto que el señor Rojas no sea autor de este hecho porque el ilícito se cometió entre varias personas, además, en el acta de reconocimiento fotográfico no obra constancia que indique que una de las fotos es la de este señor, sin olvidar que al procesado efectivamente lo reconoció como a uno de los autores del ilícito". Por tanto, considera que el reproche no puede prosperar.

Segundo cargo:

Destaca en primer término la mezcla que se hace de los cuerpos primero y segundo de la causal primera. En cuanto al planteamiento de fondo, considera la Delegada que no hubo una aplicación indebida del artículo 355 "...por cuanto allí se establece la pena para dicho delito que fue conducta que sí cometió el sentenciado, por lo que la norma alegada como mal aplicada no se podía incluir dentro de la proposición jurídica de este cargo".

Finalmente advierte que "...si se trata de la calidad de Policía, aunque en principio se podría pensar que la circunstancia de agravación consagrada en el artículo 66 numeral 11 'la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio', no sería aplicable al señor Víctor Manuel Rojas Ortiz, toda vez que el mismo no tiene la condición de miembro de la Policía Nacional, como sí la tiene el señor José Luis Carrillo Estacio, no se puede olvidar que de conformidad con el artículo 25, las circunstancias personales del autor que agravan

la punibilidad y las materiales del hecho se comunicarán al partícipe que las hubiere conocido.

La condición de miembro de la Policía Nacional, es circunstancia personal de Carrillo Estacio, que no sólo era conocida por el señor Rojas Ortiz, sino que además fue fundamental frente a la extorsión porque precisamente para poder obtener el incremento patrimonial dicito sobre la base de no ejecutar una orden de captura en poder del Policía, se hizo necesario demostrar la condición de autoridad que tenía Carrillo Estacio. El cargo en consecuencia no puede prosperar".

La Corte

Primer cargo:

Considera el recurrente -conforme a la técnica propia de esta modalidad de impugnación- que se violó indirectamente la ley sustancial por cuanto no fueron apreciadas algunas probanzas fundamentales dentro del proceso penal seguido contra los sentenciados.

Estima, pues, el actor -en lo vertebral de su argumentación- que no obstante existir en el proceso, el Tribunal no apreció la indagatoria de Víctor Manuel Rojas Ortiz quien de manera categórica y concluyente sostuvo que se hallaba en problemas tan sólo por haber atendido la sugerencia que en su momento le hizo Víctor Manuel Bejarano para que lo acompañara a recoger un dinero que le debía una señora -para él- desconocida.

Yerra el actor cuando plantea este cargo, toda vez que vista la sentencia de primera instancia, halla la Sala que ciertamente la diligencia que echa de menos el demandante que fue analizada -en su momento- por el juzgador de primer grado quien internándose en el estudio del acervo probatorio existente en los folios, concluyó de la siguiente manera:

"La pluralidad de indicios antes analizados de presencia en el lugar de los hechos, mala justificación- las versiones de la denunciante incluyendo la que rindiera en el reconocimiento en fila de personas, el informe y posteriores declaraciones de los agentes que participaron en el operativo, comprometen inequívocamente a los procesados Víctor Manuel Rojas Ortiz y José Luis Carrillo Estacio. *Como se dijo anteriormente, este Despacho no da credibilidad a la posición defensiva de los incriminados, pues las pruebas aportadas al proceso indican lo contrario;* ellos tratan de justificar su presencia en el lugar de los hechos, que los diferentes medios de prueba aportados al proceso lo han desvirtuado, convirtiéndose en sólo una manera de defensa alejada de la realidad, propia de las personas que se ven involucradas en un delito y que inventan algo con el ánimo de eludir la acción de la justicia". (resaltado fuera del texto).

A su vez el Tribunal -tras atento examen de los elementos de convicción cursantes en los folios- estimó que las exculpaciones propuestas por los implicados carecían de todo respaldo probatorio, remitiéndose -con base en el análisis que en seguida se copia- a los argumentos esbozados por el *a quo*: "pero no obstante tal aclaración, militan en contra de los procesados pruebas testimoniales e indiciarias que arrojan la certeza requerida para predicar tal acerto (sic), así las afirmaciones de la denunciante en el curso de su ampliación de denuncia, en el sentido de que a los sujetos que la abordaron el día del operativo para recibir el dinero materia del delito, ya los había visto con anterioridad en ejecución de los actos de constreñimiento en su contra (folios 23 y 24); el informe

policial debidamente ratificado por quienes lo suscribieron, dando cuenta de la captura de los 'dos individuos quienes recibieron el dinero de la extorsión', identificados como los hoy juzgados Rojas Ortiz Víctor Manuel y Carrillo Estacio José Luis (fol. 6); la aceptada presencia de los implicados en el lugar de la aprehensión, previamente concertado con la víctima como aquel en el cual se haría entrega del dinero solicitado, y finalmente las exculpaciones de los implicados carentes de todo respaldo probatorio, aspectos todos analizados por el *a quo* y no debatidos en forma alguna por el apelante".

Es de ver, entonces, que el ataque al fallo montado sobre el desconocimiento de la diligencia antecitada no tuvo razón de ser al no haber sido ignorada, desconocida o pasada por alto; se la menciona en ambas instancias aunque justo es reconocer que con mayor precisión en la sentencia del *a quo* que en la correspondiente del Tribunal pero con el común denominador, en una y otra, de no darle credibilidad ni valor a la exégesis defensiva ensayada por el acusado en sus descargos con relación a la justificación de su presencia en el lugar de los hechos, exculpación -que dicho sea de paso- no ofrece datos serios de verificación.

No estará de más recordar que cuando las sentencias de primera y segunda instancia integran una unidad jurídica inescindible por los aspectos en que ambas coinciden de manera explícita o tácita no sólo en lo que a la parte motiva concierne sino también a la parte resolutiva, las consideraciones y el examen de la realidad probatoria agotados por el juez de primer grado se entienden incorporados a la sentencia de segunda instancia en todo aquello que no se desvirtúe o modifique, así tales análisis o argumentaciones no se hayan reproducido en el fallo acusado. Con cuanta razón ha adoctrinado la Sala:

"La Corte siempre ha dicho que constituyen una unidad jurídica inescindible las resoluciones de primera y segunda instancias. Lo entiende de esta manera no sólo en lo que concierne a su parte resolutiva sino también en cuanto a las motivaciones que no se contraponen o que expresamente no se desechan en la segunda instancia. Este modo de ver la forma como las instancias se complementan y articulan responde a la razón de ser ella en su función de revocar, de confirmar, total o parcialmente, la decisión del grado inferior para garantizar la seguridad y certeza del derecho en conflicto. Por virtud de esta óptica, los vacíos que deja una cualquiera de las instancias se colma con la otra, y las deficiencias se subsanan mutuamente. De aquí que cuando en casación se ataca la sentencia de segundo grado se está impugnando, sin lugar a dudas, la de primera instancia en todo aquello que le es coincidente, pero, al mismo tiempo, ésta cumple la función de suplir sus falencias y de cubrir sus silencios" (Casación de 24 de septiembre de 1985. Mag. Pte. doctor. Calderón Botero).

Considera, así mismo, el demandante que tampoco fueron valorados los testimonios de Alejandro Gutiérrez, Guillermo Rojas, Horacio Mosquera Chavarro, Alfonso Ahumada Vélez, José Leonidas Yara Tique, Víctor Julio Baquero Jiménez, Wilson Sánchez Sandoval, Víctor Mario Herrera Cano, Franklin Duque Cardona y Roberto Antonio Duque Robayo, declaraciones que perseguían demostrar la existencia real de Víctor Manuel Bejarano Bustos, grupo dentro del cual se encuentran "personas prestantes y trabajadores honrados", que confirman lo sostenido por su poderdante.

Antes que nada el recurrente debe demostrar la trascendencia de la omisión de los testimonios pasados en silencio, esto es, que de haberse examinado las dichas probanzas

la decisión final hubiese sido diferente. A estos propósitos no bastan las meras enunciaciones o simples afirmaciones sin contenido real ninguno.

Tiénese entendido -lo dijo ya la Corte- que:

"Es deber del censor demostrar la importancia de las probanzas dejadas de practicar: no basta, pues, su simple enunciación. Además, debe enseñarle a la Sala porque, de acuerdo con las pruebas existentes en los folios, las que hecha de menos tenían la virtud de transformar el resultado del proceso. De otra parte y como su presencia es de tal magnitud, ha de examinar prolijamente la determinación del fallador, mostrando cuáles fueron las que tuvo en cuenta para emitir su proveído, de qué manera influyeron en él y cómo la presencia de las que destaca pueden hacerle cambiar de parecer". (Casación de noviembre 17 de 1992). M. P. doctor Valencia M.).

Sin embargo, en el caso de ahora, las versiones, materia del reproche, no tienen la fuerza de mudar la situación del procesado. Y es que su responsabilidad penal por ser personal e individual -como torosamente lo señala la Delegada- no depende de la intervención del tercero para quien se compulsaron las copias de rigor. Recuérdese que los testigos apenas se refieren a la existencia de Víctor Manuel Bejarano como una persona que jugaba fútbol con ellos pero, aparte de informar sobre este hecho, no agregan nada en cuanto a la participación o no del imputado en la comisión del delito. Así, el que Bejarano sea en verdad una persona real, en nada cambia la situación jurídica de Rojas, pues los deponentes no informan ninguna cosa sobre los pormenores de su presencia en el sitio de aprehensión, recibiendo el dinero, objeto material de la extorsión.

Afirma además el libelista que el Tribunal no apreció -cuál era su obligación- las declaraciones de Dora Maribel Moreno y Ruth Mireya Moreno quienes de manera conteste señalan que para la fecha del acaecer delictivo, Víctor Manuel Rojas les manifestó que iba a encontrarse con Bejarano Bustos para acompañarlo a reclamar un dinero que le adeudaba una señora. Es digno de relievar que dentro del contesto de sus respectivos testimonios, las declarantes apenas sí indican el conocimiento que tenían de la entrevista, ignorando el nombre de la persona con quien iba a cumplir Rojas la cita y desconociendo, además, las circunstancias de modo y lugar del encuentro, frente a lo cual, sus procerias exégesis no le sirven de sostén o apoyo defensivo a sus pretensiones.

Ahora bien:

Cierto es que el Tribunal no menciona ni considera en parte alguna las declaraciones a que apunta la crítica del recurrente. Empero, la objeción es inocua por cuanto si bien es veraz que se ignoraron los testimonios de las damas aludidas, también lo es, que su examen era del todo intrascendente al no probar ni demostrar nada con relación a los hechos, lo que resta de toda eficacia a la censura. Su consideración oportuna -de haberse realizado- no habría variado de manera positiva el sentido mismo de la sentencia de condena, ni se trataba de probanzas fundamentales cuyos alcances fácticos y probatorios se estimasen suficientes para pregonar la inocencia de Rojas Ortiz. En otros términos, aquellas atestaciones no tenían la capacidad de modificar sustancialmente la situación jurídica del imputado por brindar al fallador perspectivas distintas del proceso o por advertirse un giro radical al resultado del mismo.

Por cierto que para los intereses del inculpado las probanzas existentes en los autos señalan cosa distinta. Así, a folio 72 del cuaderno principal, obra la diligencia de reconocimiento en fila de personas donde la denunciante Ligia Andrade asevera clara y enfáticamente que no era la primera vez que veía a Rojas Ortiz por cuanto en dos ocasiones anteriores había tenido contactos con él, reconociéndolo -sin lugar a duda ninguna- como uno de los sujetos que realizaba el acto extorsivo, lo que desvirtúa sus afirmaciones de inocencia. De esta manera se expresa la declarante:

"En tal estado se solicitó a la señora Andrade Barrera observar la fila de personas que tiene al frente y se le interroga sobre si ella observa a alguna de las personas que participaron en la extorsión de que fue víctima, a lo que manifestó: *que la persona que se encontraba en el puesto número dos (2) de la izquierda a derecha a derecha fue el sujeto que el día veinte (20) de mayo me abordó en primera instancia y a él ya lo había visto en dos oportunidades. En estas circunstancias el Despacho ordena dar un paso al frente a la persona que se encuentra en el puesto número dos (2) de la fila y se le pregunta su nombre y contestando éste que se llama Víctor Manuel Rojas"* (resaltado fuera del texto).

Pero, además, es altamente significativo el testimonio del corredor de bolsa Hugo Garay quien advera que hasta sus oficinas llegó Ligia Andrade Barrera, acompañada de uno de los extorsionistas a solicitar cierta suma de dinero de la cuenta de su progenitora, presentándose aquélla con una evidente actitud de nerviosismo y además, llorando. Afortunadamente la acción punible no logró cristalizarse ante la negativa de Garay por atender el requerimiento solicitado por la ausencia de autorización de la progenitora de la dama extorsionada.

Es claro, por consiguiente, que la intrascendencia del yerro esgrimido por el casacionista implica de suyo la improsperidad del ataque, al mostrarse incapaz de conmover el fallo, sostenido por otros elementos de juicio, éstos sí vigorosos y certeros.

Segundo cargo:

Según sus palabras, acusa la sentencia de segunda instancia "...por haber sido proferida sobre errores de hecho manifiestos, violando por vía directa la ley sustancial...", al deducirse una agravante que no está contemplada en el proceso. Con esta frase enunciativa del reproche, siembra el desconcierto en la Sala, pues plantea en forma simultánea las violaciones directa e indirecta, de naturaleza y efectos diferentes y, por tanto, excluyentes entre sí. La contradicción es manifiesta y con ella la improsperidad del ataque se insinúa de no corregir el camino el censor en el desarrollo de su argumentación.

Ante la posibilidad de un *lapsus calami,* la Corte prosigue la lectura en espera de nuevos elementos de juicio que clarifiquen la exposición. Se encuentra, entonces, con las normas violadas. El numeral 11 del artículo 66, es la primera que señala el casacionista, pues su poderdante no es agente de la policía. De no habérsele incrementado la pena por esta circunstancia, hubiera accedido al subrogado de la condena de ejecución condicional por reunirse los requisitos del artículo 68 del estatuto punitivo. Mediante esta violación -continúa el actor- se llegó a la aplicación indebida del artículo 355, *ibidem.* Entiende la Corte que no existe un falso juicio de selección de la norma, pues en este cargo no se está discutiendo la ajenidad del procesado a los hechos investigados,

sino una circunstancia agravante mal aplicada. Con esta errónea formulación, se oscurece aún más el pensamiento del actor, que aún no anuncia la especie del error planteado, pues si es cierto que en un comienzo señaló un yerro de hecho aún calla sobre el falso juicio que le dio origen.

Los párrafos siguientes, sin embargo, no aclaran el problema pues, luego de las transcripciones pertinentes del fallo atacado, se reitera que el reo no tiene la condición de agente de la Policía. Al respecto -como bien lo aclara el representante del Ministerio Público- es verdad que el encartado no ostenta la calidad de agente al servicio de la Policía Nacional, predicable únicamente de José Carrillo, su compañero de fechorías. Pero olvida el recurrente el artículo 25 del C. P., que establece la comunicabilidad de circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad al partícipe que las hubiera conocido. En el asunto en estudio, recuérdese que no sólo Rojas conocía de la investidura que tenía Carrillo; también la realidad de esta condición fue el apoyo fundamental para llevar a cabo las maniobras extorsivas contra Ligia Andrade, pues la exigencia ilícita de dinero se hizo por la supuesta existencia de un mandato de captura en su contra y la posibilidad de que no se efectuara merced a ostentar los procesados la investidura de Agentes de la Policía Judicial.

La sinrazón del ataque es ostensible.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

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 I. Cortés Garnica, Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS / CONSULTA / REBAJA DE PENA / *REFORMATIO IN PEJUS*

Limitar el alcance del verbo portar a la idea de llevar el arma en la mano, o en la cintura, o de manera adherida al cuerpo es restringir en forma indebida su significación jurídico penal, pues porta no sólo quien la lleva consigo, sino también todos aquéllas que, conocedores de esta circunstancia participan en la empresa delictiva común./ Como consecuencia de no ser consultable la sentencia y habiendo sido apelada únicamente por la defensa, resulta claro que el aumento de pena dispuesto por el *ad quem* es violatorio del artículo 31 de la Constitución Nacional, razón por la cual la Corte aplicando lo reglado en los artículos 228 y 229 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, casará parcialmente dicho fallo y fijará la pena que corresponde, que debe ser la fijada en primera instancia. /El Ministerio Público conceptuó que la Corte carece de competencia para hacer la rebaja de pena, por cuanto ésta corresponde al juez de ejecución de penas y en su defecto al fallador de instancia, planteamiento que sería atendible si se tratara simplemente de aplicar una rebaja, pero ocurre que al casar parcialmente la sentencia es necesario precisar cuál sanción queda vigente, y no sería legal reiterar la de primera instancia sabiendo que con esa decisión se viola el principio de favorabilidad, por eso ante la existencia de la norma posterior, más benigna, es necesario proceder a redosificar la pena. En los casos en que la decisión impugnada se mantiene incólume, es verdad que en sede de casación no hay competencia para hacer rebaja de pena.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicació número 7272.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta Nº 85, septiembre 16 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 24 de septiembre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Martha Gladys Arenas Saldarriaga y Ramón Antonio Aristizábal Villada, contra la sentencia del Tribunal Superior de Orden Público, hoy Tribunal Nacional, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria dictada en su contra por los delitos de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y hurto calificado y agravado consumado y el mismo delito en grado de tentativa, con las siguientes modificaciones: Aumentó la pena de prisión de catorce (14) años seis (6) meses, a dieciséis (16) años; les impuso multa de setenta (70) salarios mínimos a cada uno; les fijó los perjuicios en ciento veinte (120) gramos oro; redujo la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a diez (10) años, y absolvió del concierto para delinquir.

I. Hechos y Actuación Procesal

El 6 de junio de 1989, hacia las horas del medio día, un grupo de personas portando armas de diversos calibres y brazaletes con la sigla DOC, ingresaron, en las oficinas del Banco de Occidente, Sucursal Lourdes de Medellín, con el propósito por ellos manifestado de apoderarse del dinero allí existente, pero la oportuna intervención de la Policía impidió que pudieran hacerlo.

El enfrentamiento entre las autoridades y los delincuentes dejó como saldo cinco asaltantes muertos y dos heridos, los cuales fueron capturados e identificados como Martha Gladys Arenas Saldarriaga y Ramón Antonio Aristizábal Villada. En el lugar también se detuvo a Mabel Lucía Aristizábal Gómez, pero respecto de ella la sentencia fue absolutoria. Además de las armas, los policiales retuvieron dos motos que fueron utilizadas para llegar al establecimiento bancario.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Cuarenta y Ocho de Instrucción Criminal de Medellín, pero por competencia el expediente fue remitido al Juzgado Primero de Orden Público. Despacho que recibió las indagatorias y practicó varias pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos. La situación jurídica fue resuelta con auto de detención contra Martha Gladys Arenas y Ramón Antonio Aristizábal Villada y absteniéndose de dictar medida de aseguramiento para Mabel Lucía Aristizábal Gómez.

Perfeccionada en lo posible la investigación, se corrió traslado para alegar a los sujetos procesales. En ese momento se suspendió la actuación porque la defensora de los implicados, solicitó el envío de las diligencias al Tribunal Superior de Orden Público, para tramitar una posible cesación de procedimiento con fundamento en lo dispuesto en la Ley 77 de 1989 (amnistía). La petición fue negada por el Tribunal y confirmada en segunda instancia por la Corte.

Una vez regresó el expediente, el Juzgado dictó sentencia condenatoria por los delitos de concierto para delinquir, porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas militares y hurto calificado y agravado en las modalidades de consumado y tentado, por lo cual dosificó la pena de prisión en catorce (14) años seis (6) meses, y la interdicción

de derechos y funciones públicas con el mismo tiempo. Para Mabel Lucía Aristizábal Gómez la decisión fue absolutoria.

El Tribunal, al resolver el recurso de apelación confirmó la sentencia con las modificaciones inicialmente reseñadas.

II. Demanda a Nombre de Martha Gladys Arenas

El defensor formula un único cargo por la causal primera de casación, violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal, al considerar a la acusada como coautora de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas militares o de Policía Nacional.

Previa advertencia de que acepta los hechos y las pruebas tal como fueron apreciadas en la sentencia, transcribe apartes de ella y concluye que las armas de uso privativo fueron encontradas en poder de los individuos dados de baja por las autoridades, de manera que el juzgador incurrió en grave error al considerar a los acriminados coautores.

Después de referirse al principio de la tipicidad estricta y de afirmar que, autor no puede ser sino quien realice el hecho punible, aborda el tema del porte de armas con las siguientes reflexiones:

"c) El elemento descriptivo 'portar' que se contiene a la manera de verbo rector en el artículo 13 de 1988 (para los efectos y después del proceso de ordinarización al interior de la Comisión Especial Legislativa, el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986) indica la conducta de llevar sobre la propia persona, condición esencial para el proceso de adecuación típica, proceso que no soporta la flexibilización, como condición para la producción de una sentencia justa o, lo que es lo mismo decir, para la producción de la voluntad de la ley":

"d)Si linguísticamente 'portar' significa realmente 'llevar consigo', es decir, por la persona que se supone actora y en la misma persona, habrá delitos donde quien no realice íntegramente la conducta que marca el tipo, quien no porte, para el caso, no podría ser considerada autora por la vía de la coautoría impropia, como lo propone el honorable Tribunal Superior de Orden Público, o por la vía de Autoría Mediata. Para decirlo en otros términos, hay conductas delictivas que no pueden tener por autor sino a quien realice integralmente la conducta típica, vale decir, en sus aspectos objetivo y subjetivo";

"e) El delito de porte de armas no puede ser realizado sino por quien efectivamente lleve en sí o sobre sí el objeto del delito, consideración que insinúa que frente a las armas decomisadas en el operativo policial del proceso de la reseña, normalmente, y por el tamaño de las armas, no podría haber sino un único autor, precisamente el que llevaba el arma. Excepcionalmente podrían ser Coautoras varias personas del delito de porte ilegal de armas: cuando por sus dimensiones v.gr. un cañón o un tanque, se requieren dos o más personas para llevarlo o portarlo o trasladarlo, en todo caso, siempre se requerirá que quienes sean tildados como Coautores del delito hayan sido portadores del arma de que se trate";

"f) Parece que con el delito de Porte de Armas, se trató de los mal llamados 'delitos de propia mano', para hablar de aquellos que solamente potencian como autor a quien

íntegramente realice la conducta punible. Y cree el casacionista que 'mal llamados delitos de propia mano', porque entendemos su especial categorización. No es sino un problema de tipicidad o de adecuación típica. Autor no puede ser estimado sino el que concierte en sí todos los elementos típicos y dentro de éstos algunos de ellos, por ejemplo 'portar' no puede ser concretado sino en la persona que indiscutiblemente lleva a cabo el comportamiento. De manera, entonces, que sin el auxilio de altas elucubraciones dogmáticas, el delito de portar para personas diferentes a quien realiza esa conducta es impensable, (sic) porque, contrario a lo que piensa el honorable Tribunal Superior de Orden Público, de esa manera se desarticularía el rigor dogmático que es prenda de garantía";

"g) Coherente con la elaboración que se contiene en el literal f), resulta insostenible, aun dando por configurado un complot criminal, que se desarrolla en término de la división del trabajo ('solidaridad criminal'), la coautoría impropia frente al delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o frente al delito de porte de armas de defensa personal. Es que la coautoría impropia supone conductas delictivas, realizables por varias personas, donde unas de ellas no se vinculan objetiva y materialmente a la realización del injusto y en comportamiento que apenas expresa los términos de una compleja criminalidad. Desde luego, siempre y cuando que el tipo en concreto la permita".

A continuación hace un resumen de lo dicho y critica al Tribunal por creer que el simple hecho de que un delito sea monosubjetivo es suficiente para que soporte la coautoría impropia. La utilización de las armas alcanza para cuantificar y agravar el atentado contra el patrimonio económico, pero la responsabilidad por su parte es personal.

Cita como normas violadas los artículos 4°, 23 y 26 del Código penal, y 13 del Decreto 180 de 1988.

La petición es que se case parcialmente la sentencia impugnada, y se revoque el punto segundo de la parte resolutiva de la sentencia, en cuanto a Martha Gladys Arenas como coautora del delito de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional.

Sugiere que la Corte oficialmente ajuste la sentencia a lo previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional, ya que el Tribunal aumentó la pena siendo apelantes únicos los defensores de los acusados. De igual forma, debe modificarse la pena atendiendo el tránsito de legislación más favorable en cuanto al punible de porte ilegal de armas.

III. Demanda a Nombre de Ramón Antonio Aristizábal Villada

El cargo único formulado es por la causal primera, violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 y del artículo 23 del Código Penal.

Atendiendo a la causal invocada, el libelista manifiesta que no hay discusión fáctica, y ubica el problema a decidir, en que, "...como norma general, la coautoría impropia no es jurídicamente aceptable en los casos de porte de arma de uso privativo

de las Fuerzas Militares, salvo el caso de la coautoría propia, dada la tendencia del artículo 23 del Código Penal, de definir y estructurar la autoría a partir del concepto de realización de la conducta o hecho a la determinación de su realización".

Advierte el defensor, que en su opinión la coautoría existe cuando varias personas realizan el hecho punible o determinan a otro a realizarlo. También participa de la doctrina según la cual existen delitos de propia mano, esto es, sólo puede ejecutarlo "quien materialmente tiene acceso al objeto material del delito".

Como conclusión de su concepto sobre la coautoría dice: "no todos los delitos clasificados como monosubjetivos por ser tales son susceptibles de ser ejecutados por varias personas en la medida en que existan los delitos que podemos llamar de propia mano. Las estructuraciones teóricas deben quedarse en la ley o llegar a ella en último término, así las cosas, el problema de la coautoría tanto de la propia como la impropia se resuelve por el criterio de la realización del hecho punible. En principio, el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de defensa personal, por tener un carácter eminentemente individual, simple, instantáneo e inescindible excluye la coautoría impropia. La comunidad del designio criminoso, la división de funciones y la intervención en la coautoría suponen complejo de realizaciones".

Bajo el título de "demostración del cargo" sostiene que Ramón Antonio Aristizábal no portó armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, y el hecho de que él conociera que los otros coautores del punible contra el patrimonio portarían dichas armas, no lo hace reo de esa conducta, al menos como autor.

Por el contexto y la preparación de los hechos, se entiende que los más avezados en el manejo de armas eran los que llevaban las de mayor potencia y los más novatos las menos efectivas. "Eso lo exige la misma distribución del trabajo que invoca el fallador de segunda instancia; pero en realidad no permite que lo que propiamente se definió como una responsabilidad individual en el compromiso del delito sea extendido a todos, no tanto por la asignación específica, sino porque en la conducta de cada uno, se agotaba el tiempo que no tiene la virtualidad de ser ampliado. De modo tal que, en esas circunstancias, la justicia reclama que no sea lo mismo el castigo, para unos y otros, en el evento de coprocesados por uno y otro punible procedería discriminar".

Señala que en esta demostración parte de la labor de que es aceptada la naturaleza del delito de propia mano; y que si la coautoría se excluye cuando el delito se agota en la conducta de un único autor, tenemos que en este caso es equivocado utilizar la institución de la coautoría impropia, y como consecuencia la aplicación de la norma y de la pena impuesta.

En el alcance de la impugnación anota que debe casarse la sentencia, pero como se verá afectada la competencia, procederá decretar la nulidad indicando en qué estado queda el proceso y el funcionamiento competente. Esto se produce si se acepta el cargo propuesto y puede ser declarado de oficio por la Corte.

Finalmente, solicita que si no se casa la sentencia, se le dé aplicación al artículo 31 de la Constitución y se tenga en cuenta la favorabilidad por el tránsito de legislación que derogó el Decreto 180 de 1988.

IV. Concepto del Ministerio Público

1. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, y atendiendo a que las dos demandas son sustancialmente iguales, las responde de manera conjunta.

Luego de transcribir apartes del fallo atacado y de confrontar las razones del juzgador para afirmar la coautoría con las del defensor para negarla, se ocupa de analizar el concepto de autor acogiendo la teoría del dominio del hecho, a cuyo amparo dice: "Ninguno de los partícipes que contribuya a la realización del hecho puede ser penado como autor, si su voluntad no va orientada específicamente a la comisión del ilícito y su participación en el mismo no tiene la virtualidad de poder interrumpir el nexo causal entre su acción y el resultado final. El dominio final sobre el suceso es lo que caracteriza al autor del hecho típico. Pero, a más de lo anterior, debe el autor de un hecho típico realizar también materialmente la conducta descrita en el tipo, porque de otra forma su responsabilidad quedaría en el plano de la determinación o bien, en la conocida doctrina como "autoría mediata", fenómenos éstos que si bien pueden perder su importancia al momento de la punibilidad, constituyen invaluables elementos teóricos para la determinación de la responsabilidad de los demás intervinientes en el hecho típico".

Admite que la coautoría presenta dificultades en los llamados delitos de propia mano, dentro de los cuales está comprendido el de porte ilegal de armas, en donde la acción material constitutiva del punible no puede realizarse conjuntamente, salvo los casos ejemplificados en la demanda en los que el instrumento de prohibido porte es de características físicas que impide ser llevada por una sola persona. Sin embargo, no está de acuerdo con lo planteado en las demandas, aseverando que "si tenemos en cuenta que uno de los elementos específicos de la coautoría es la ejecución del hecho en común, bien puede concluirse que en los delitos de propia mano, la realización material del tipo debe examinarse no solamente en el acto mismo del sorprendimiento en la realización del hecho, sino que se traslada hasta el momento de la concertación de voluntades para la realización del hecho típico, vale decir, que dependiendo la coautoría de esa concurrencia de voluntades finalísticamente dirigidas a la realización del hecho, la acción de cada partícipe en el delito se configura tanto por su posibilidad de dominar el hecho como por los actos realizados y que contribuyen a la realización del delito".

En el caso en estudio se tiene que tanto Martha Gladys Arenas como Ramón Antonio Aristizábal contribuyeron a la planeación de las conductas que se desarrollaron para el asalto bancario y conocían la necesidad que tenía el grupo de proveerse de armas, asumiendo como suya la acción de utilizar algunas consideradas como de uso privativo de la fuerza pública.

Ninguna de las exculpaciones brindadas por los procesados pueden excluirlos de ese conocimiento sobre la empresa criminal, ya que estudiadas las pruebas se percibe claramente que existió una decisión común, y un acuerdo para orientar su voluntad finalística a la utilización de las mencionadas armas en el asalto planeado.

Y agrega el Procurador Delegado: "Es que no puede entenderse, como al parecer lo hacen los recurrentes, que el delito de porte ilegal de armas solamente se estructura cuando el sujeto agente es sorprendido llevando el arma consigo, porque si bien el tipo penal utiliza el verbo portar, la acción misma es independiente de que un agente de la

autoridad perciba el hecho o no. Porta no solamente quien es visto con el arma en su cuerpo, sino también todo aquel que ocultamente tiene contacto con el arma con la intención de portarla; el delito no se configura con la flagrancia, sino que se encuentra plenamente realizado con la infracción a las disposiciones que regulan el comercio de armas. En otras palabras: Juan adecuará su comportamiento a las previsiones del artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, por ejemplo, cuando con la intención de llevar consigo un revólver lo porta aun sin ser descubierto por la autoridad. Cosa distinta será el aspecto probatorio, pues en caso de ser denunciado, se dificultará seguramente la determinación del hecho, mas no por ello puede excluirse la realización del comportamiento penalmente prohibido".

"Similar situación se presenta en este caso. Arenas Saldarriaga y Aristizábal Villada no fueron sorprendidos en el acto mismo de llevar consigo armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, más la reconstrucción procesal de lo acontecido sí permite concluir, sin duda alguna que como integrantes de la banda casi aniquilada con el enfrentamiento, no solamente contribuye con su voluntad a la realización de los otros ilícitos, sino que además aportaron su acuerdo al de porte ilegal de armas y en la medida en que se realizó la planificación del hecho y se realizaron actos dirigidos a su puesta en marcha, entre los cuales se hallaban necesariamente la consecución de las armas, portaron las misma en tanto que las tuvieron a su disposición, ayudando a determinar quién de los varios integrantes de la banda debería llevar consigo, al momento del asalto, las armas de uso restrictivo".

Concluye el Ministerio Público reiterando, que de acuerdo con los hechos declarados probados por el Tribunal y aceptados por los demandantes, hay suficientes elementos de juicio respecto a que los sentenciados participaron en todo el plan criminal, contribuyendo con su voluntad al dominio del hecho y realizando comportamientos propios de autor.

2. En cuanto a la rebaja de pena que les corresponde a los acusados por la modificación legislativa que fijó la sanción de tres (3) a diez (10) años de prisión, en lugar de la vigente cuando se dictó el fallo que era de diez (10) años a quince (15) años, el Delegado estima que la Corte carece de competencia para hacer esa reducción, ya que el estatuto procesal establece que es una labor del Juez de Penas y en su defecto, del Juez de Primera Instancia.

3. Como la sentencia de segunda instancia agravó la pena impuesta por el *a quo* a los implicados, a juicio del Ministerio Público se debe dar aplicación a la norma constitucional que prohíbe ese aumento, y en consecuencia sugiere que se case parcialmente el fallo impugnado para hacer el ajuste correspondiente.

Consideraciones de la Sala

1. Las dos demandas formuladas presentan un mismo cargo, y la esencia de la inconformidad radica en que los defensores estiman que el punible de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares no era imputable a sus clientes, ya que esa conducta fue realizada únicamente por los individuos dados de baja en el momento de los hechos.

Como la causal aducida es la primera, por violación directa de la ley sustancial, eso significa que los recurrentes aceptan los hechos, y las pruebas en la forma como fueron

apreciados por el sentenciador, manifestación que los ceslibelistas hacen expresamente y que acatan, en el desarrollo del reproche.

En este orden de ideas, es importante para la decisión precisar que el Tribunal declaró probado lo siguiente:

"En relación al evento criminoso que nos ocupa, la Sala no tiene la más mínima duda de que estamos en presencia de una verdadera coautoría impropia, donde hubo separación de funciones intelectuales de planeación, dirección y coordinación, de las funciones materiales de ejecución, de aseguramiento del botín y la procuración de la impunidad para el grupo. Todos los intervinientes en la acción obraban solidar amente, en forma mancomunada y naturalmente con una finalidad común cual era el apoderamiento del circulante de la entidad bancaria escogida. No otra cosa puede advertirse de las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que rodearon los hechos: desde el pretérito no lejano empezaron por hurtar calificadamente las motocicletas utilizadas; así lo relatan los testimonios de Rubén Darío Villegas Bedoya, Rafael Montoya, Juan Rafael Fernández Martínez y Jorge Elícer Fernández Martínez, incluso el segundo de los mencionados ciudadanos, quien fuera despojado del vehículo en el Municipio de Bello, Antioquia, tres días antes del asalto al banco, extra-procesalmente reconoció a Ramón Antonio Aristizábal como uno de los coautores de ese hurto calificado. Adquirieron las armas necesarias para intimidar a quienes estuviesen en el radio de acción de la operación delictiva; se las repartieron entre los participantes previamente y se asignaron labores, de tal manera que inicialmente las dos mujeres y un hombre ingresaron al banco, simularon elaborar formatos de consignación, encañonaron a los empleados y anunciaron el "atraco", a tiempo que otros reducían a la impotencia al cuerpo de seguridad de la entidad crediticia y uno más se encargaba de la vigilancia en la parte externa, sin olvidar que se aperaron de brazaletes para simular autoridad y de esa manera facilitar los resultados pretendidos. Por último, cuando se vieron sorprendidos y trataron de huir, unos cubrían la retirada de otros. Todo ese plan no puede ser fruto de la improvisación, sino de la ponderada preparación del hecho".

"En esas especiales condiciones patentes y relucientes en el proceso, Martha Gladys Saldarriaga y Ramón Antonio Aristizábal Villada, no podían ignorar que en el desarrollo de lo planificado se iban a utilizar armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional, como la granada por ejemplo, y de defensa personal y sus municiones; menos podían desconocer que para la apropiación del circulante se iba a ejercer violencia sobre las personas; que se simularía autoridad; que participarían más de dos personas y que el valor de lo que pretendían apropiarse superaría los cien mil pesos, pues se trataba de un banco donde existen sumas de dinero muy por encima del *quantum* mencionado, máxime tratándose del final de la primera jornada. Por todo ello, los cargos que desde la medida de aseguramiento se hicieron y que finalmente se concretaron en la sentencia por violación a los tipos penales 1º y 13 de los Decretos 3664 de 1986 y 180 de 1988, en su orden, obedecen a un acertado proceso de adecuación típica. Lo irregular y lo injusto era que no se hubiese procedido en tal forma".

Según la sentencia se trata de una coautoría impropia, en donde hubo distribución de la actividad criminal, razón por la cual los diversos punibles en que incurrieron los considera imputables a todos los intervinientes.

Lo sucedido en el caso que nos ocupa consiste en que los antisociales fueron hasta el lugar convenido portando armas, algunas de uso privativo de las Fuerzas Militares y otras de defensa personal, las cuales utilizaron como medio para intimidar a las personas que se encontraban en el banco y para tratar de huir de la acción de las autoridades. Si bien las de uso privativo de la Fuerza Pública fueron halladas en poder de los sujetos que perdieron la vida en el intercambio de disparos, no hay duda de que no llegaron allí como producto de una determinación individual, sino como parte de un plan preconcebido con una finalidad especial. El grupo de asaltantes portaba las armas que fueron decomisadas, independientemente de que al final de la refriega se estableciera que unos usaban unas de mayor poder que otras.

Limitar el alcance del verbo portar a la idea de llevar el arma en la mano, o en la cintura, o de alguna manera adherida al cuerpo, es restringir en forma indebida su significación jurídico penal, pues porta no sólo quien la lleva consigo, sino también todos aquellos que conocedores de esta circunstancia participan en la empresa delictiva común.

No tiene razón de ser admitir que si el arma es muy grande, un cañón por ejemplo y lo llevan entre cuatro personas, todas portan, en cambio si es pequeña, aunque hayan acordado llevarla con ellos, únicamente porta el que la tenga en sus manos. Para ilustrar lo errónea de esta posición bastaría tener en cuenta que en casos semejantes sería suficiente que sortearan quién toma el arma, para que en el evento de ser descubiertos la responsabilidad sólo recayera sobre esa persona.

Abundando en ejemplos, si a dos individuos que son sorprendidos momentos antes de realizar un atentado se les encuentra una granada u otro artefacto explosivo cuyo porte y eventual utilización acordaron, pero que sólo uno de ellos lleva consigo, la conducta de portar es imputable a los dos. *Contrario sensu*, si entre un grupo de personas que departen en un establecimiento abierto al público, o que comparten un transporte colectivo, una de ellas porta un arma sin permiso de autoridad competente, la responsabilidad es exclusivamente suya.

La interpretación que los dos demandantes hacen del verbo portar, a través de la cual le fijan un limitado alcance, les sirve de punto de partida para plantear que esa conducta sólo puede predicarse de quien físicamente tiene el arma, argumentación que no comparte la Sala por las razones expuestas en precedencia, y que permiten concluir que el cargo no prospera.

2. Del análisis de la actuación procesal se desprende, que cuando se dictó la sentencia de primera instancia, noviembre 7 de 1990, ésta era consultable, en razón a que el procedimiento aplicable era el de la Ley 2ª de 1984, en cuyo artículo 19 disponía: "la sentencia es apelable en el efecto suspensivo, pero en todo caso deberá consultarse...".

Sin embargo, al momento de proferirse la sentencia de segunda instancia, febrero 14 de 1991, ya habían entrado en vigencia los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, que excluían la consulta respecto de sentencias condenatorias, luego es evidente que en el caso que nos ocupa, de no haber sido apelado el fallo, el Tribunal no habría podido pronunciarse, pues la decisión del *a quo* fue de condena respecto de los dos acusados.

Como consecuencia de no ser consultable la sentencia de primera instancia y habiendo sido apelada únicamente por la defensa, resulta claro que el aumento de pena dispuesto por el *a quem*, es violatorio del artículo 31 de la Constitución Nacional, razón por la cual la Corte, aplicando lo reglado en los artículos 228 y 229 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, casará parcialmente dicho fallo y fijará la pena que corresponda, que debería ser la fijada en primera instancia, pero en este caso sucede lo siguiente:

En junio de 1989, fecha de ocurrencia de los hechos, el punible de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional se regía por el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, en cuyo texto fijaba una pena de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos mensuales, y esa fue la disposición aplicada en la sentencia impugnada.

Posteriormente mediante el Decreto 2266 de octubre 4 de 1991 que convirtió en legislación permanente el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, la pena se redujo a un mínimo de tres (3) años y un máximo de diez (10) años, norma que debe aplicarse retroactivamente por ser favorable para los procesados, conforme lo ordenan los artículos 29 de la Constitución Política y 6º del Código Penal.

El Ministerio Público conceptuó que la Corte carece de competencia para hacer la rebaja de pena, por cuanto ésta corresponde al juez de ejecución de penas y en su defecto el fallador de instancia, planteamiento que sería atendible si se tratara simplemente de aplicar una rebaja, pero ocurre que al casar parcialmente la sentencia es necesario precisar cuál sanción queda vigente, y no sería legal reiterar la de primera instancia sabiendo que con esa decisión se viola el principio de favorabilidad, por eso ante la existencia de norma posterior, más benigna, es necesario en este caso concreto proceder a redosificar la pena. En los casos en que la decisión impugnada se mantiene incólume, es verdad que en sede de casación no hay competencia para hacer rebaja de pena.

Para precisar la sanción que resulta aplicable tenemos:

El Juzgado Primero de Orden Público de Medellín hizo la siguiente tasación: partió de diez años por el concierto para delinquir, más tres años por el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, más un año por el hurto y la tentativa de hurto, más seis meses por el porte de armas de defensa personal, para un total de catorce años, seis meses de prisión.

El Tribunal Nacional absolvió por el delito de concierto para delinquir y dosificó la pena así:

Doce años por el porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, y cuatro años más por los hurtos calificados, consumado y tentado, y el porte ilegal de armas de defensa personal, para un total de dieciséis años de prisión.

En estas condiciones, para adecuar la pena al mandato del artículo 31 de la Constitución Nacional y a la posterior disposición sobre el porte de armas más favorable tenemos: no se puede tomar como base la pena del concierto para delinquir, como lo hizo el *a quo*, porque por esa imputación fue absuelto, de modo que es necesario una nueva dosificación así: por el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas que hoy oscila entre tres (3) y diez (10) años, se fijará en cinco (5) años teniendo en cuenta la

gravedad del hecho, el grado de culpabilidad y la circunstancia de agravación del numeral 4º del artículo 66 del Código Penal, y se aumentará en tres (3) años por el hurto calificado consumado, la tentativa de hurto calificado y el porte de armas de defensa personal, para un total de ocho (8) años de prisión, término al cual se reducirá también la interdicción de derechos y funciones públicas.

La multa de setenta (70) salarios mínimos mensuales impuesta en segunda instancia a cada uno de los acusados no puede mantenerse, por cuanto la norma vigente actualmente no contempla esa sanción.

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

RESUELVE:

Primero. Casar parcialmente la sentencia impugnada.

Segundo. Declarar que la pena de prisión que deben cumplir los procesados Martha Gladys Arenas Suldarriaga y Ramón Aristizábal Villada es de ocho (8) años, término al cual se reduce la interdicción de derechos y funciones públicas.

Tercero. Se revoca la pena de multa, ya que en este momento no está prevista para el punible de porte ilegal de armas.

Cuarto. En todo lo demás se mantiene 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 Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (No firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*, (salvó Parcialmente su Voto).

Rafael Cortés Gurnica, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA

(Salvamento Parcial de Voto)

La circunstancia de agravación punitiva a que alude el fallo de condena se deduce en la sentencia -como no debe ser- y no dentro de la resolución de acusación -como debe ser-. Vengo sosteniendo de tiempo atrás que al procederse de esta guisa se viola el derecho de defensa. Este no es asunto de mirúsculas proyecciones o ciertamente ínfimo y por el contrario de trascendencia suma. Hay ciertos puntos en las que mi concepción es plena y absoluta. Este es uno de ellos. Conocido mi pensamiento disidente expuesto en multitud de fallos judiciales resulta inútil hablar o escribir sobre una cuestión para mí jurídicamente decidida.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*.

FUERO/APODERADO

1. La Corte no puede adentrarse en una investigación de carácter penal contra persona aforada cuando no existe cargo concreto, ni atendible que señale el denunciado como determinador del hecho punible puesto en conocimiento de las autoridades/La reserva de las diligencias durante la etapa de indagación preliminar impide que el denunciante o el querellante puedan acceder a ellas por sí o por medio de apoderado (artículo 321 del Código de Procedimiento Penal). /2. En materia penal el derecho de petición es predicable únicamente de los sujetos procesales. /El artículo 229 de la nueva Constitución Política que garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia prevé que la ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. /Y el artículo 25 del Decreto 196 de 1971 por el cual se expidió el Estatuto del ejercicio de la abogacía, prohibe categóricamente litigar en causa propia o ajena si no se es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en dicho estatuto, entre las cuales la contemplada en el artículo 31.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8655.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta N° 87 (29-09-93).

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de septiembre de 1993.

Vistos

Procedentes de la Fiscalía Delegada Ciento Veintitrés - Unidad Primera de Patrimonio de esta ciudad, han llegado las copias del proceso que allí se adelanta contra Luis Eduardo Sierra Vargas y otros por varios hechos punibles a fin de que la Corte decida si abre o no instrucción penal al Senador de la República, doctor Ricaurte Lozada Valderrama.

Antecedentes

En el mes de agosto de 1990 el ciudadano Manuel Guillermo Sneseún Basto, formuló denuncia penal contra los administradores del edificio "Santodomingo" de la

carrera 10 número 13-61 de esta capital, por los delitos de violación del fuero de trabajo, asociación para delinquir, hurto, etc., consistentes en haberle cambiado las guardas a las cerraduras de la puerta de acceso a las oficinas 502 y 503 que él ocupaba en actividades políticas del Movimiento Opción Programática Republicana, afiliado al Partido Liberal, y del cual era su Director; circunstancia aprovechada por los denunciados para sustraerse joyas y dineros que en suma millonaria guardaba en su escritorio; denuncia repartida al Juzgado Treinta y Dos de Instrucción Criminal (hoy Fiscalía Delegada Ciento Veintitrés de Bogotá).

En ampliación de denuncia rendida ante el mencionado Juzgado señaló al señor Carlos Silva como principal protagonista de los hechos denunciados y al Senador Ricaurte Lozada Valderrama, Director del "Movimiento de Transformación Liberal"; como autor intelectual de los mismos, basado en nota aparecida en el periódico "El Espectador" del 21 de agosto, bajo el título de "Periscopio Político".

Pese a que el denunciante Suescún Basto no es abogado inscrito ni se ha constituido como parte civil dentro del proceso originado en su denuncia, solicitó en dos oportunidades la vinculación mediante indagatoria del citado congresista: peticiones que le fueron denegadas por el Juzgado de Instrucción Criminal como por la Fiscalía Delegada mediante providencia de 28 de agosto de 1991 y 9 de marzo de 1993, respectivamente, por no existir prueba en su contra que lo comprometa como determinador de los ilícitos investigados.

No contento con ello, recusó a la juez que conocía del proceso, pidió el cambio de radicación del mismo y solicitó a la Corte que avocara por competencia el conocimiento del asunto, pretensiones resueltas desfavorablemente como aparece de las copias con que cuenta el informativo.

Sin embargo, en forma por demás inexplicable, la Fiscal Delegada atendiendo una llamada telefónica hecha por la Fiscal Coordinadora de la Unidad y una sugerencia suya al Director Seccional de Fiscalías en el sentido de que "como la honorable Corte de Justicia (sic) ha variado su criterio respecto a la competencia para investigar a aquellas personas que gozan de fuero, sería prudente ante la insistencia del denunciante en los cargos contra el Senador Ricaurte Lozada Valderrama, ordenar el envío de la denuncia y las piezas procesales pertinentes a esa Corporación, para que en definitiva resuelva si encuentra mérito o no para investigar al congresista"; remitió las copias con la finalidad indicada.

Recibidas éstas en la Secretaría de la Sala, el denunciante Manuel Guillermo Suescún Basto se apresuró a solicitar el reconocimiento de personería para litigar en causa propia dentro de este diligenciamiento y la prelación de resolución de apertura de investigación penal contra el Senador Ricaurte Lozada Valderrama, acogiéndose para ello, a los artículos 23 y 229 de la Constitución Nacional, normas pertinentes del Decreto 196 de 1971 y a la interpretación analógica del artículo 137 del C. de P. P., entre otras disposiciones.

Consideraciones de la Corte

Sea lo primero advertir que del contenido de las copias enviadas por la Fiscalía Delegada no emerge cargo concreto o dato atendible que comprometa al Senador Ricaurte

Lozada Valderrama como determinador o autor intelectual de los delitos denunciados por Suescún Basto pues nadie lo señala como la persona que hubiese inducido, ordenado o aconsejado a alguien en particular a ejecutar o realizar los comportamientos supuestamente delictuosos de que da cuenta el proceso adelantado por la Fiscalía.

La realidad procesal dista mucho de parecerse a la presentada por el querellante porque de conformidad con lo expuesto por la dueña de las oficinas donde funcionaba la sede del Movimiento de Transformación Liberal, doctora Olga María Ochoa Barón y lo dicho en indagatoria por los sindicados Luis Eduardo Sierra Vargas, Carlos Silva Gil y Juan Gabriel Guzmán, Coordinador, Administrador y líder político de dicha sede, respectivamente; el señor Manuel Guillermo Suescún Basto simpatizante de tal movimiento político nunca tuvo el manejo de la oficina. Sin embargo, un día llegó acompañado de cerrajero y cambió las guardas de las cerraduras que dan acceso a las oficinas, apropiándose de ellas para utilizarlas como sede de su propio movimiento; situación que dio lugar a que Sierra Vargas y Silva Gil cambiaran días después las mismas guardas recuperando la posesión o tenencia de la sede política con la ayuda del personal de administración del edificio.

De manera que si probatoriamente no se ha dilucidado aún la existencia de los hechos denunciados como punibles, ni se ha individualizado a los autores materiales, mal puede predicarse autoría intelectual en los mismos de parte del actual Senador doctor Ricaurte Lozada Valderrama; máxime que ningún hecho indiciario lo vincula con la recuperación de las oficinas destinadas como una de las varias sedes de su movimiento político.

La información periodística publicada en el diario "El Espectador" atribuida a un comunicado de prensa de dicho movimiento, nada dice distinto a lo relatado por los sindicados ni en nada compromete al mencionado congresista, aclarando que el responsable de dicha columna, el periodista Carlos Murcia Cadena, no reveló la fuente de su información.

La Corte no puede adentrarse en una investigación de carácter penal contra persona aforada, cuando, como en el presente caso, no existe cargo concreto, ni atendible que señale al denunciado como determinador del hecho punible puesto en conocimiento de las autoridades, y por el contrario, la imputación se basa exclusivamente en simples y reiteradas conjeturas del denunciante, por lo que lo indicado es así declararlo para inhibirse de iniciar instrucción penal como lo prevé el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, en cuanto a la legitimación para obrar como parte, aducida por el denunciante con fundamento en el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional y normas constitucionales y legales que lo complementan y desarrollan: tema ampliamente debatido y decidido por la Fiscalía Delegada y la Corte, esta última en providencia mediante la cual se abstuvo de resolver sobre el cambio de radicación del proceso (auto de 2 de octubre de 1991), caber las siguientes reflexiones:

La reserva de las diligencias durante la etapa de indagación preliminar impide que el denunciante o el querellante puedan acceder a ellas por sí o por medio de apoderado (artículo 321 del Código de Procedimiento Penal).

En materia penal, el derecho de petición es precicable únicamente de los sujetos procesales, calidad que no ostenta el denunciante Manuel Guillermo Suescún Basto quien no se ha constituido parte civil mediante abogado inscrito como lo ordena el artículo 138 de la misma codificación.

El artículo 229 de la nueva Constitución Política que garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, prevé que la ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Y el artículo 25 del Decreto 196 de 1971 por el cual se expidió el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía, prohíbe categóricamente litigar en causa propia o ajena si no se es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en dicho Estatuto, entre las cuales, las contempladas en el artículo 31.

Como en el presente caso la indagación se encuentra en su fase preliminar y la licencia temporal para ejercer la profesión de abogado en las circunstancias excepcionales contempladas en el artículo 31 del Decreto 196, expedida por el Tribunal Superior de Bogotá a favor de Manuel Guillermo Suescún Basto caducó el 22 de diciembre de 1987, no se remite a dudas que el peticionario carece de legitimación para intervenir en el diligenciamiento y hacer pedimentos en uno u otro sentido.

La aplicación analógica o extensiva de un precepto instrumental no tiene cabida en el evento *sub judice*, porque no existe vacío legislativo, sino la más completa reglamentación normativa sobre los derechos y garantías de que goza el denunciante o perjudicado con el delito y la forma como deben ejercitarse dentro del proceso penal.

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

RESUELVE:

1. Abstenerse de iniciar instrucción penal contra el actual Senador de la República, doctor Ricaurte Lozada Valderrama por los hechos de que da cuenta el denunciante Manuel Guillermo Suescún Basto.

2. Negarle a éste personería para actuar dentro del diligenciamiento, salvo la que le es inherente a su condición de denunciante.

Archívense las diligencias.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO / PARENTESCO

Como la ley vigente trae como causal de agravación del homicidio que éste se cometa en la persona del cónyuge, entre los varios sujetos que refiere, a esa ley solamente debe estarse el juez pues no es posible analogía alguna en perjuicio del procesado, y menos aún hoy de cara al artículo 230 de la Carta Política actual, según el cual los jueces en sus providencias "sólo están sometidos al imperio de la ley". ¿La ley quiso limitar ese parentesco exclusivamente al originado en la unión matrimonial, pues de haber querido tutelar el parentesco de afinidad sin distinción, alguna como lo propuso inicialmente la Comisión redactora, hubiese consagrado al lado del cónyuge el compañero o compañera permanente como suele hacerlo en numerosas disposiciones donde ésta ha sido su voluntad (ver, por ejemplo los artículos 26, 103-3, etc., del C. de P.P.).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7896.

Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*.

Aprobado Acta N° 087.

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de septiembre de 1993.

Vistos

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 2 de junio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó a los hermanos Robert y Gustavo Artunduaga Osorio a ocho años de prisión como autores del delito de tentativa de homicidio, agravado este punible por ser los procesados hermanos de la mujer que vive con la víctima.

Hechos y Actuación Procesal

1. En la noche del domingo 4 de noviembre de 1990, los hermanos Robert y Gustavo Artunduaga Osorio, arribaron a la casa de Guillermo Melo Flórez, ubicada en la Inspección El Vergel, Municipio de Tarqui, Departamento del Huila.

Los mencionados hermanos dispararon a Melo Flórez con escopeta y revólver, causándole múltiples heridas en el cuerpo que lo incapacitaron para trabajar por el

término de 60 días y le ocasionaron como secuela, perturbación funcional transitoria del aparato digestivo.

Había de tiempo atrás problemas entre agresores y agredido, y éste vive sin estar casado, con una hermana de aquéllos, Blanca Luz Artunduaga Osorio.

2. Estos hechos fueron denunciados por Javier Melo Flórez, hermano de la víctima; la investigación fue asumida por el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Tarqui el que practicó varias pruebas, entre ellas las injuradas de los dos procesados (Gustavo arguyó una legítima defensa, Robert negó cualquier participación en el delito), y definió su situación jurídica con auto de detención por el punible de lesiones personales. Apelada esta providencia el Juzgado 1º Superior de Garzón se abstuvo de conocer por estimar que se trataba de tentativa de homicidio (fl. 87-1). Entonces, el asunto fue al Tribunal Superior de Neiva donde se confirmó la medida (fls. 20 y ss.-2).

3. El Juzgado 5º de Instrucción Criminal de Garzón cerró la investigación y la calificó por auto de septiembre 30 de 1991 (fls. 167 y ss.), dictando resolución acusatoria a los procesados por el delito previsto en el artículo 323 del Código Penal, en concordancia con el 22 de la misma obra. Estimó que ese delito se hallaba agravado de conformidad con el artículo 324-1 *ibidem*, por haberse cometido en un "pariente dentro del segundo grado de afinidad" (fl. 180).

4. De nuevo el proceso en el Juzgado 1º Superior de Garzón, se celebró audiencia pública el 25 de febrero de 1992 (fls. 242 y ss.) y se dictó sentencia de primera instancia el 13 de marzo, condenándose a los procesados en armonía con la acusación a ocho años de prisión, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios. Se les negó igualmente la concesión de ejecución condicional (fl. 267 y ss.).

Apelada esa providencia por los defensores de los procesados (el de Robert Artunduaga Osorio es el mismo que interpuso casación en su nombre), el Tribunal la confirmó (fls. 32 y ss.-3). Esta Sala declaró ajustada a las prescripciones de ley la demanda presentada a nombre de Robert Artunduaga, y declaró desierto el recurso de casación interpuesto por el defensor de Gustavo Artunduaga, por no haberse sustentado (fl. 3 cdno. Corte).

La Demanda

Se acusa la sentencia de violar indirectamente la ley "por error de hecho proveniente de falso juicio de identidad de la prueba, por cuanto ello generó aplicación indebida del numeral 1º del artículo 324 del Código Penal, cuando debió haberse aplicado el artículo 323 *ibidem*" (fl. 77).

Después de hacer el censor una cita de un autor nacional dice: "teniendo como pautas centrales de nuestro conocimiento jurídico, los presupuestos anteriormente esbozados, hemos de concluir que para que se hable de pariente del cónyuge, necesariamente debe darse como requisito *sine qua non, el hecho de la existencia del vínculo contractual del matrimonio*, y que ante la ausencia del mismo, tal predicado no podrá hacerse extensivo en forma indiscriminada como lo ha hecho el juzgador" (fl. 78, se resalta).

Dice más adelante el casacionista:

"Hay violación indirecta de la ley, cuando el juzgador parte de un juicio de valor sobre la prueba del agravante considerado para emitir el fallo, ya que si no se puede predicar el homicidio agravado de aquél que da muerte a su concubina o concuhino (sic), mal puede agravarse dicha concueta para efecto de la afinidad ilegítima de que trata el artículo 48 del Código Civil Colombiano, respecto de que la víctima sea el hermano de la compañera concubina, pues de lo contrario sería darle un alcance que la norma penal no ha previsto" (f. 79).

En esas condiciones, pide que "se absuelva" a su defendido Robert Arunduaga Osorio, de los cargos de la resolución acusatoria y se le condene únicamente por tentativa de homicidio simple.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal señala en primer término que la demanda es antitécnica, como que invoca la violación indirecta de la ley, pero hace planteamientos propios de la violación directa.

Luego hace la Delegada una historia respecto a cómo se ha tratado el asunto del parentesco como circunstancia agravante del homicidio (desde el Código Penal de 1837); y además de transcribir el artículo 324-1 del actual Código Penal, señala:

"Nótese que esa previsión a contrario de lo sucedido en antiguas codificaciones, no hace mención alguna a la calidad de parentesco legítimo o ilegítimo en ninguno de los grados previstos en la norma, sino que en grado genérico se enumeran éstos sin distinción, lo que permite deducir que por alguna razón el legislador de 1980 equiparó para los efectos del reproche, la familiaridad legítima en razón a que los trabajos preparatorios de esta nueva codificación hizo especial énfasis en la protección de los lazos de solidaridad que surgen de las relaciones estables de convivencia, reconociendo a través de ellos una realidad sociológica colombiana indiscutible, cual es la existencia de familias sin vínculos jurídicos legalizados" (fl. 13).

Se refiere en concreto a la Comisión Redactora del Código que funcionó en 1973; hace algunas reflexiones acerca de las tesis que propone el actor sobre el parentesco, y dice: "Así las cosas téngase que la agravante fue interpretada adecuadamente por el juzgador y no hay lugar a predicar error en la labor juzgadora del Tribunal de modo directo. Por otro lado, como en el expediente se cuenta con pruebas que acreditan sin lugar a dudas que los procesados Arunduaga son hermanos de la mujer que hace vida marital con la víctima Guillermo Melo Flórez, no cabe tampoco predicar violación indirecta de la ley y por ello la demanda debe ser desestimada" (fl. 15).

Pide, pues, no casar el fallo.

Consideraciones de la Corte

1. En cuanto hace a los aspectos de técnica, lo que se ve claro es que el actor arguyó una violación indirecta y desarrolló una clásica violación directa.

En verdad, el actor *no se aparta de lo que el fallo admite*, esto es, que la víctima Guillermo Melo Flórez convive sin casarse con la hermana de los procesados, Blanca Luz Arunduaga Osorio. En lo que discrepa el casacionista es en que esa relación de hecho con Blanca Luz no alcanza jurídicamente a considerar a esta dama como cónyuge y, por tanto, no se da el agravante que se le imputó al procesado.

O sea, que el actor no discute la prueba, sino los alcances que le dio el sentenciador a un hecho que todos admiten en el proceso: la convivencia sin contraer matrimonio de la víctima con la hermana de los procesados.

Esa equivocación del casacionista, en cuanto al enunciado de la vía de violación que bien puede considerarse como un lapsus, es obvio que no obsta para examinar el fondo de su alegación, cuyo desarrollo inequívocamente permite conocer la específica pretensión a través de la violación correspondiente.

2. Como se dijo, el censor sostiene que la mujer del ofendido, Blanca Luz Arunduaga Osorio, no es cónyuge del mismo y, por tanto, no procede el agravante previsto en el artículo 324-1 del Código Penal, el cual se le cargó a los afines ilegítimos de la víctima.

Para responder a la inquietud de la Delegada, ha de recordarse cómo en el anteproyecto del Código Penal de 1974, y luego en los proyectos de 1976 y 1978, se consagró expresamente como agravante del homicidio que éste se cometiera en la persona del compañero o compañera permanente, con razones sociológicas juiciosas. Empero, la comisión de 1979 eliminó *esa interesante innovación*, dejando *sólo* como agravante (artículo 324-1 C.P. de 1980) el homicidio cometido en la persona *del cónyuge)*.

La Corte, desde luego, conoce las preocupaciones teóricas que se han dado a este respecto, en el sentido de que si lo que la ley quiere tutelar con esa mayor sanción penal son *los lazos de afecto* o el mayor respeto por la integridad de quienes *están muy cerca* de uno por razón de la convivencia -la amante, concubina o como se le quiera llamar a la mujer con quien se hace vida en común-, debería ciertamente estar al lado del cónyuge "la compañera o compañero permanente" como sujetos pasivos del homicidio agravado.

Hay que reconocer, sin embargo, que esa es apenas una inquietud teórica agitada, por cierto desde hace mucho tiempo, y que, desde el punto de vista de *lege ferenda*, ninguna dificultad tiene la Corte en prohijarla, pues ciertamente amerita mayor sanción por ser más intenso el grado de reprochabilidad, el dar muerte a la persona con quien se ha compartido en la intimidad, sin más razón que el sentimiento noble del amor, los momentos de dificultad y de gozo que hacen la vida del ser humano. Empero, como la ley vigente trae como causal de agravación del homicidio que éste se cometa en la "persona del cónyuge", entre los varios sujetos que refiere, a esa ley solamente debe estarse el juez pues no es posible analogía alguna en perjuicio del procesado, y menos aún hoy de cara al artículo 230 de la Carta Política actual, según el cual los jueces en sus providencias "sólo están sometidos al imperio de la ley".

Como no existe discusión alguna en torno a que Blanca Luz Arunduaga Osorio no es "cónyuge" de la víctima del homicidio imperfecto aquí juzgado -Guillermo Melo Flórez-, por la sencilla razón de no haber contraído matrimonio con este ciudadano, fuerza concluir que los hermanos de ésta (los aquí procesados), si bien son cuñados

ilegítimos del ofendido, la ley penal no los considera sujetos del agravante deducido, como sí reiteradas e inexactamente lo sostuvo el fallador en ambas instancias. El parentesco de afinidad que tuvo en cuenta el legislador penal para estos efectos ha sido solamente el denominado por el Código Civil "legítimo" (artículo 47) y el referido al final del artículo 48 de dicho Estatuto, que no obstante ser "ilegítimo", por fundarse en un matrimonio válido y no en el simple conocimiento carnal, obviamente queda cobijado con el agravante.

Significa lo anterior que el parentesco de afinidad existente entre los hermanos Robert y Gustavo Arfundunga con la víctima, por no estar constituido con base en una unión conyugal de ésta, no tiene trascendencia jurídica en el particular caso juzgado, razón suficiente y definitiva para que por ese aspecto no se pueda predicar de ellos el agravante deducido por las instancias.

Ahora bien, respecto de la otra inquietud de la Delegada, se tiene: es verdad que norma citada se refiere "al parente hasta el segundo grado de afinidad" lo cual, con una hermenéutica puramente exegética como la que desarrolla la Delegada, ciertamente habría que entender que el legislador no distinguió aquí entre el parentesco de afinidad originado en una relación conyugal y del fundado en una unión marital de hecho; sin embargo, la interpretación que demanda el precepto en busca de su verdadero sentido y alcance es la sistemática que, al aplicarla, permite hallar cómo el numeral 1º del artículo 324 del Código Penal en su contexto involucra como víctimas y a la vez como sujetos activos para efectos de la agravación, en primer término, a los vinculados por un parentesco de consanguinidad (ascendencia o descendencia), sea ésta matrimonial o extramatrimonial, pues en ambos casos, frente a la ley que consagró la igualdad de dicha parentela, lo que se ha tenido en cuenta es la relación originada exclusivamente en la sangre.

Ahora, en cuanto al parentesco de afinidad, al consagrar la norma en referencia dentro de la víctima al "cónyuge" -que significa inequívocamente la unión matrimonial válida, por contraposición a la unión libre o "marital de hecho", como la denomina la Ley 54 de 1990-, obviamente quiso limitar ese parentesco exclusivamente al originado en la unión matrimonial, pues de haber querido tutelar el parentesco de afinidad sin distinción alguna, como lo propuso inicialmente la Comisión Redactora, hubiese consagrado al lado del cónyuge el compañero o compañera permanente como suele hacerlo en numerosas disposiciones donde esa ha sido su voluntad (ver, por ejemplo, los artículos 26, 103-3, etc., del C. de P.P.).

Sostener lo contrario es llegar al absurdo de afirmar que si el concubinario no puede ser sujeto activo del homicidio agravado por la causal en referencia, cuando da muerte a la persona de su concubina por no ser ésta "su cónyuge", sí resultaría agravada su conducta cuando da muerte a un hermano de su compañera permanente.

Ahora, es verdad que la unión matrimonial o la marital de hecho fundadas en el amor deben, por regla general, despertar sentimientos de solidaridad, de respeto y de afecto suficientemente sólidos entre quienes las han constituido y entre éstos y los consanguíneos más cercanos de sus respectivas familias, sentimientos dignos -se repite- de una protección legal igual desde del punto de vista de *lege ferenda*, y, con mayor razón, frente a un texto constitucional que al tutelar la familia, no sólo lo hace sin distinción alguna, sino que expresamente se refiere a la que nace de vínculos naturales, esto es, "por la

voluntad responsable de fundarla": pero, no siempre es lo mismo lo que es y lo que debe ser legalmente hablando, máxime cuando el mismo texto constitucional (artículo 42) dice: "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y *será sancionada conforme a la ley*" (resalta fuera de texto).

Y aun cuando la norma penal en referencia pudiera resultar cuestionable frente al texto constitucional transcrito, no podría desconocerse para hacerla mayormente gravosa a los procesados que cometieron el hecho en su vigencia, pues constituye derecho fundamental de rango igualmente constitucional el que el juzgamiento se haga "por motivo previamente definido en la ley" (principio de legalidad del delito y de la pena, de universal reconocimiento).

No puede, entonces, aplicarse válidamente a los aquí procesados el agravante con el sólo argumento de que han atentado contra de los vínculos afectivos que rigen las relaciones de familia con base en toda clase de parentescos, puesto que el parentesco de afinidad originado en la relación marital de hecho no fue tenido en cuenta por el legislador penal en la causal de agravación referida, vigente para la época de la comisión del hecho punible juzgado por las instancias.

Así las cosas, sale avante el cargo formulado por el casacionista. De suerte que, quitando el agravante y partiendo de los mínimos tal como hizo el *a quo* (fl. 283), la pena que corresponde imponer será la de cinco (5) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, al tenor de lo dispuesto en los artículos 323, 33 y 52 del Código Penal.

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 243 del nuevo Código de Procedimiento Penal, lo aquí decidido se hará extensivo al recurrente a cuyo respecto se declaró desierta la impugnación.

Por último, ha de decirse que lo procedente al prosperar el recurso no es la absolución respecto del agravante, como antitécnica y curiosamente lo demanda el casacionista, sino la rebaja de pena consecuente a la casación parcial del fallo.

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

RESUELVE:

Casar parcialmente la sentencia recurrida. En consecuencia, condenar a cada uno de los procesados Robert y Gustavo Arturduaga Osorio a la pena privativa de la libertad de cinco (5) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término como coautores del delito de tentativa de homicidio por el que se les formuló resolución acusatoria en este proceso. En lo demás, queda sin modificación alguna el fallo impugnado.

Cópiese, 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 (no firmó) *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / EXTORSION

El incidente de colisión de competencia tiene una tramitación particular y concreta, procurando una definición rápida del enfrentamiento. Esta filosofía de su preceptiva excluye el recurso ordinario de apelación del auto interlocutorio que define el criterio del *ad quo* sobre competencia, cuando alguna de las partes resuelve plantear la cuestión con fundamento en el artículo 100 del C. de P.P., porque de lo contrario, se haría más dilatada la solución del incidente y, lo que es peor, se desplaza indebidamente la cuestión de la órbita propia de la instancia donde fue planteada./El artículo 3º del Decreto 1676 de 1991, adoptado como legalización permanente por el Decreto 2271 del mismo año otorga la competencia a los jueces regionales para conocer del delito de extorsión cuando su cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8781.

Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta Nº 087.

Santafé de Bogotá. D. C., 29 de septiembre de 1993.

Vistos

Dirime la Corte la colisión negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira y el Tribunal Nacional debido a que ambos despachos judiciales declinan el conocimiento de este proceso, que se adelanta contra Jesús Castro Bermúdez y otros, por el delito de extorsión.

Antecedentes

1. a) Fingiendo tener en su poder al ciudadano Humberto Efraín Mateus, quien había sido secuestrado el 8 de junio de 1991 en el Corregimiento "Tocha" de la comprensión Municipal de Cerrito, Valle, varios individuos se dieron a la tarea de llamar

telefónicamente a la familia de aquél, exigiéndole por su liberación inicialmente cincuenta millones de pesos, suma que a la postre fue rebajada hasta los cinco millones ($5.000.000.00). De esta última cantidad, los constreñidos -que ya habían acudido al DAS denunciando el hecho- les dieron un primer contado de un millón de pesos ($1.000.000.00) y para la entrega de lo faltante se acordó una determinada fecha posterior, intervalo de tiempo que fue empleado por efectivos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para organizar un operativo, mediante el cual se capturó a los individuos Henry Raigoza, Henry Moya, Mariano Montaño y Rodrigo Cúa que, cuando el primero acababa de recoger el dinero mencionado; posteriormente se capturó también a Jesús Castro Bermúdez y Jesús María Aldana;

b) Cinco de los implicados fueron comprometidos en juicio por el delito de extorsión, mientras que respecto de Moya se reabrió la investigación, según resolución acusatoria emitida el 18 de septiembre de 1992 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, con ocasión de la apelación de que fuera objeto la resolución acusatoria proferida por un Juzgado de Instrucción de Orden Público con sede en Cali (fls. 525 y ss.; 531 y ss. cd. ppl. 1), acusación que se fundamentó en el artículo 7º del Decreto 2790 de 1991, por considerar el funcionario que se trató de un delito consumado debido a que "ya se había entregado parte del dinero exigido...";

c) Con apoyo en el artículo 71, numeral 4º del C. de P.P., el defensor de Cúaque solicitó al Juzgado regional el envío del proceso al Juzgado Penal del Circuito -reparto- de Palmira, en virtud de que la disposición mencionada atribuye competencia a los Juzgados Regionales -antes de Orden Público- para los delitos de extorsión y conexos cuando la cuantía sea o exceda de ciento cincuenta salarios mínimos mensuales, pero el Despacho denegó la pretensión porque la competencia, a su juicio, recaía en él, de conformidad con el Decreto 1676 de 1991 en concordancia con el 2271 de 1991, disposición que se la asigna a esos juzgados cuando la cuantía "sea o exceda de cinco millones de pesos";

d) Inconforme con la decisión *a quo*, el profesional apeló ante el Tribunal Nacional, que pese a no compartir el fundamento legislativo del peticionario, en últimas le confirió la razón, con la teoría de que los hechos materia de la investigación daban cuenta, no de un solo delito de extorsión, sino de dos: uno consumado y el otro en grado de tentativa. El primero, porque los acusados obtuvieron el pago de un contado de un millón de pesos ($1.000.000.00); y el segundo, porque insistieron en el pago de los restantes cuatro millones ($4.000.000.00) de la cantidad total pactada con las víctimas pero no lo lograron. En estas condiciones, trataríase de un concurso de hechos punibles respecto del cual "la competencia debe fijarse de acuerdo al más grave. Como la tentativa tiene una cuantía de cuatro millones de pesos -dijo-, y el consumado de un millón ninguno de los dos es de competencia de los jueces regionales ni del Tribunal Nacional", así que revocó la determinación del inferior y dispuso el envío del proceso al Juez Penal del Circuito de Palmira (fls. 55, 650 y ss. 710 y ss. cd. 1).

2. Recibido el asunto por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira, al cual correspondió por reparto, declinó la competencia que de la manera anteriormente referida se le asignaba y propuso el conflicto.

Así razona el mentado Despacho:

"De acuerdo con el acervo probatorio, los sindicados desde un principio pretendieron constreñir a la familia del doctor Mateus Cortés para que hiciera entrega de cinco millones de pesos, lo cual traduce que la intención, el ánimo doloso, siempre estuvo dirigido a un solo fin, cual era la consecución de tal suma de dinero. Puede colegirse que los acusados no tuvieron la intención de extorsionar en más de una ocasión a la familia Mateus Cortés, sino que lo que se presentó fue una entrega fraccionada del dinero en virtud a que la esposa del secuestrado, tal como puede verificarse en las transcripciones de las llamadas telefónicas que a su casa realizaron los extorsionistas, les exigía pruebas de su supervivencia, las que no le fueron dadas y por eso ella no dispuso el traspaso de la totalidad del capital. Si el propósito criminal de los vinculados era la obtención de un provecho económico ilícito en cuantía de cinco millones de pesos, intención que comunicaron a la familia ofendida desde cuando decidieron emprender la empresa delictiva, no parece existir razón válida para cesdibujar la adecuación típica de la conducta y asumir que hubo consumación y tentativa, ya que, como delito compuesto que es, la extorsión se estructura, como lo han precisado jurisprudencia y doctrina en varios actos producidos naturalísticamente también en varios tractos temporales".

Así pues, fundada legalmente en "el artículo 6º del Decreto 2271 de octubre 4 de 1991, modificatorio del 3º del Decreto 1676 de 1991, que a su vez reformó los numerales 2º y 13 del parágrafo del artículo 9º del Decreto 2790 de 1990, modificado en su oportunidad por el Decreto 99 de 1991, estima que la competencia pertenece, para el caso, a los juzgados regionales.

Adicionalmente arguye una razón de carácter procesal en apoyo de su posición: el proceso fue calificado con enjuiciamiento para los encartados, por el delito "de extorsión solamente y no por concurso" en decisión que cobró ejecutoria y se convirtió en ley del proceso, y al atribuir ahora el Tribunal Nacional un delito más al acusado -el de tentativa-, estaría variando la calificación jurídica de los hechos, en una actuación no propicia para ello puesto que la del vocatorio no está siendo discutida, con menoscabo del derecho de defensa y del debido proceso. Añade que si el criterio del Tribunal es el del concurso, debió anular lo actuado desde el auto del cierre investigativo "para que luego se procediera de conformidad con la taxatividad de las competencias". Consecuente con sus planteamientos, considera no ser competente y suscita la correspondiente colisión al Tribunal Nacional.

3. Remitiéndose a sus primigenias reflexiones, el Tribunal Nacional trabó el conflicto para, así mismo considerarse no competente. Afirma que el delito de extorsión sólo se consumó en cuantía de un millón de pesos "porque los delincuentes tomaron posesión, se apropiaron" de esa cantidad, y que aunque "ciertamente su intención iba más allá, por lo menos a cinco millones", el hecho punible quedó en el plano de la tentativa, que quedaría impune de tenerse los hechos "como una sola unidad"; pero añade como solución a esta posibilidad, la atribución del concurso conforme a su punto de vista, y puntualiza:

"Lo que jurídicamente aparece como erróneo, sin lugar a dudas, es tener en cuenta la intención única, por cinco millones, cuando los hechos están conformados por una consumación y una tentativa. O bien se tienen los hechos considerados bajo una unidad, caso en el cual no se reprime la tentativa o, bien se asumen los dos, pero en hechos diferentes" (fls. 8 y ss. cd. Tr. auto 29 de julio 1993).

Consideraciones de la Corte

1. Aun cuando no es muy ortodoxa la forma como se llegó al incidente de colisión, la Corte, por estar "formalmente" trabado éste y especialmente en atención al principio de la economía procesal, lo resolverá no sin antes llamar la atención sobre lo siguiente, para que no vuelva a tener ocurrencia:

El incidente de colisión de competencia tiene una tramitación particular y concreta, procurando una definición rápida del enfrentamiento. Esta filosofía de su preceptiva excluye el recurso ordinario de apelación del auto interlocutorio que define el criterio del *a quo* sobre competencia, cuando alguna de las partes resuelve plantear la cuestión con fundamento en el artículo 100 del C. de P.P., porque de lo contrario, se haría más dilatada la solución del incidente y, lo que es peor, se desplaza indebidamente la cuestión de la órbita propia de la instancia donde fue planteada, como ha ocurrido en el presente caso.

La parte interesada ha debido acudir al Juzgado Penal del Circuito para promover allí el incidente y buscar así el trabamiento de la colisión y si tampoco le resultaba favorable, su deber era esperar que el asunto pasara a la segunda instancia y plantearlo allí para que se suscitara el incidente entre jueces de segunda instancia (Tribunales).

De todas maneras, como es posible una colisión entre un Tribunal y un Juez de distinta especialidad, como es el caso presente, la Corte -se repite-, según las consideraciones iniciales, procede a decidir de plano la colisión en referencia.

2. El monto de la exigencia ilícita de dinero a la familia del secuestrado, que inicialmente fuera de cincuenta millones de pesos, fue definitivamente fijado en cinco (5) millones, cuando la señora Aydeé Rizo Rodríguez, con quien los fugidos plagiarios sostuvieron las conversaciones telefónicas transcritas al proceso les manifestó poder conseguir sólo esa cantidad (fls. 18, 93 cd. ppl. 1), acordándose la entrega para el 5 de julio de 1991, cuando la familia extorsionada les entregó un millón de pesos ($1.000.000.00), del cual lograron apoderarse pese al operativo organizado por el DAS. De la actividad de este organismo investigativo para tratar de frustrar el ilícito en esta oportunidad da cuenta el informe de los detectives investigadores obrante a folios 56 a 60 del cuaderno principal en estos términos:

"Igualmente el viernes 5 de julio a las 19:30 horas aproximadamente se comunicó con la señora Aydée Rizo, un sujeto que se hizo llamar como el Comandante, el cual colocó la cita para recibir el dinero el día sábado 6 de julio/91 a las 08:00 horas, frente a la iglesia de Los Agustinos, ubicada en la carrera 28 con calle 35 de Palmira, lugar éste donde se trató de montar el operativo respectivo, para contrarrestar el ilícito que se investiga, pero los secuestradores lograron burlar el cerco tendido en el operativo y recogieron un paquete que les entregó la señora Aydée Rizo y el cual contenía un millón de pesos en efectivo y en contraparte ella recibió una pequeña nota firmada por un sujeto Carlos Olmedo".

Obviamente la no entrega de toda la suma pactada los decepcionó y se dieron a la tarea de buscar mediante nuevas llamadas en que prometían la futura devolución del ciudadano secuestrado, si les fuere entregada la cantidad faltante para completar la suma acordada finalmente.

A la intención única de lograr la totalidad pactada se refirió el individuo encargado de recoger el dinero en declaración obrante a folios 39-39 v.:

"...la señora me entregó un paquete en el cual contenía un millón de pesos, a esa cita fui con Marino, al haber recibo (sic) el paquete a mí me dieron cien mil pesos de la plata, los cuales yo recibí con entusiasmo... después de yo recibir ese dinero yo le dije a Marino que yo no quería saber más nada de eso, y él me dijo que este viera tranquilo que la señora era muy seria, que se iba a concretar otra cita para diera (sic) el resto del dinero, y se programó la cita el día de hoy, a las ocho de la mañana, y allí fue donde los agentes del DAS nos capturaron...".

3. La realidad fáctica acabada de reseñar deja ver claro cómo, no obstante haber logrado los procesados hacerse a una mínima parte de la cantidad de dinero que aspiraban a obtener aparentando tener en su poder al secuestrado, su propósito firme y sostenido fue hacerse completar la totalidad plancada: cinco millones de pesos, pero la intervención de la autoridad se los impidió.

El informe respectivo lo corrobora:

"...así mismo, el día jueves 11 de julio/91, se hicieron atrás (sic) 2 llamadas en la cuales se trató sobre la entrega del dinero posiblemente en el mismo sitio donde se recibió el millón de pesos, lográndose en una tercera llamada efectuada a las 19:30 horas aproximadamente del mismo día una cita definitiva para la entrega del dinero, quedando así que el día viernes 12 de julio de 1991 a las 8:00 horas, se haría entrega de los restantes $4.000.000 en el mismo punto donde se hizo la anterior entrega, o sea en frente de la iglesia..." (fl. 57).

4. Así la situación, fuerza es concluir que el hecho punible atribuido a los implicados es uno solo por cuantía de cinco millones de pesos, por cuanto la conducta punible realizada por los acusados fue una, aunque expresada en tractos sucesivos que en lo relativo al logro del propósito económico que se hicieron, no dependieron de ellos sino de la familia víctima que a la primera cita y previo operativo montado pero fallido concurrió llevando solamente un millón de pesos, cuando lo esperado por aquellos era la totalidad de lo exigido-, y de la autoridad representada por el DAS que si bien no logró capturarlos el día de la primera entrega, sí lo hizo cuando comparecieron a recibir lo restante.

La infoliatura no muestra que los procesados hubieran querido cometer dos delitos de extorsión, sino que el fin perseguido por ellos fue el de lograr mediante el ilícito constreñimiento largamente ensayado, que los afectados les entregaran una precisa y única cantidad: cinco millones de pesos, y no es exagerado llegar a pensar que si las entregas hubieran sido de otras varias pequeñas porciones de esta cantidad hasta completarla, a ello se habrían sometido, de no mediar la efectiva intervención policiva solicitada por los damnificados, sin que ello significara que se hubiera tratado de otras tantas extorsiones.

5. Ahora bien, la discrepancia entre los colisionantes encuentra respuesta ineludible en el artículo 3º del Decreto 1676 de 1991, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2271 del mismo año, pues esta disposición legal otorga la competencia

a los jueces regionales para conocer del delito de extorsión cuando su cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos, y es justamente en aquel límite en que los implicados fijaron y mantuvieron su exigencia ilícita, de manera que el diferendo deberá resolverse confiriéndole la razón al juzgado promotor del incidente, el Primero Penal del Circuito de Palmira.

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

RESUELVE:

Declarar que la competencia para conocer de este proceso recae en la justicia Regional. Por consiguiente, remítase el expediente al Tribunal Nacional. Corporación que trabó el conflicto que se dirime, y con copia de esta providencia, infórmese lo resuelto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira.

Cópiese 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 E. Cortés Garnica, Secretario.

CONFESION/ FLAGRANCIA/ REBAJA DE PENA

Las normas de los Códigos de Procedimiento Penal anterior y actual (Decreto 050/87 y 2700/91), empiezan la redacción de la atenuante de pena por confesión, con la frase "a quien fuera de los casos de flagrancia" (artículos 301 y 299, respectivamente). Es decir, que, de entrada, exclúyanse de la atenuante esos eventos de flagrancia. /Para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (artículo 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es atendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8012.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ortiz.*

Aprobado Acta Nº 087.

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de septiembre de 1993.

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 23 de julio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a José Oswaldo Gómez Amaya a 10 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. Aproximadamente a las 11 de la noche del 5 de julio de 1991, José Oswaldo Gómez Amaya mató a puñaladas a Ceit Ramírez Giraldo. Ambos sujetos habían tenido problemas y momentos antes del hecho habían discutido. Consumado el homicidio, Gómez Amaya se dirigió a su residencia, donde fue capturado por la Policía. Esos hechos fueron presenciados por Juan Carlos Osorio Rodríguez, habitante del Barrio Meissen de esta ciudad, donde ocurrieron los hechos.

2. El Juzgado 68 de Instrucción Criminal Permanente practicó algunas diligencias preliminares, entre ellas la declaración del mencionado testigo (fl. 15); luego el expediente pasó al Juzgado 64 de Instrucción Criminal, quien abrió la investigación y escuchó en indagatoria al procesado (fl. 31), quien sostuvo que actuó porque la víctima se la "abalanzó", diciéndole que lo iba a matar, y practicó otras pruebas.

No aceptó el instructor las explicaciones del procesado y profirió en su contra auto de detención por el delito de homicidio (fls. 49 y ss.).

3. Cerrada la investigación, se la calificó con resolución de acusación por el delito de homicidio (fls. 176 y ss.). Al igual que en la medida de aseguramiento ya mencionada, se rechazó, "por increíble", la legítima defensa planteada por el acusado. Apelado ese auto por el defensor, el Tribunal lo confirmó (fls. 7 y ss.-2).

4. El Juzgado Sexto Superior de Santafé de Bogotá celebró audiencia pública (fls. 260 y ss.) y dictó sentencia el 2 de abril de 1992 (fls. 274 y ss.), por medio de la cual, en consonancia con la resolución acusatoria, el procesado fue condenado a la pena principal de 10 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios.

Apelada esa sentencia por el defensor del procesado, el Tribunal, mediante la suya que este último recurrió en casación, la confirmó enteramente. Ambos fallos de instancia rechazaron la justificante planteada por el acusado (fls. 38 y ss.).

La Demanda

Al abrigo de la causal primera de casación, la actora sostiene que se violó indirectamente la ley, por error de hecho, al ignorarse la confesión del procesado, la cual le daba derecho a la rebaja.

Hace algunas reflexiones sobre la confesión en sí misma y reitera que es aplicable, por favorabilidad, el artículo 299 del nuevo Código de Procedimiento Penal, que prevé la reducción de pena por confesión, así ésta no sea el fundamento de la sentencia, como sí lo exigía el artículo 301 del anterior estatuto.

En esas condiciones, pues, pide que se case el fallo y se rebaje la pena.

La Delegada

Dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que no es cierto que los falladores de instancia hayan ignorado la confesión calificada del procesado; lo que ocurrió fue que la rechazaron.

Por otra parte, la Delegada estima que la calificación de esa confesión, lleva a que el procesado no esté admitiendo responsabilidad: "Ello incide -dice- en la consideración esencial del recurrente, para la aplicación del descuento de punibilidad por confesión, ya que ciertamente no ha tenido nitidez como prueba de cargo la admisión de responsabilidad penal del sentenciado, sino apenas parcial y condicionada, como que planteó una legítima defensa frente a la agresión de un tercero" (fl. 9 cuaderno de la Corte).

Así, dice que la demanda ha debido dirigirse por violación directa de la ley, pues la estimación cardinal del actor es que ahora la confesión no debe ser el fundamento de la sentencia, como sí lo exigía el anterior Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo -anota la Delegada-, dejando de lado esos "aspectos técnicos" (fl. 10), de todos modos debe decirse que al calificar por legítima defensa la confesión, ésta no

es ciertamente tal, no habiendo lugar entonces a la diminuente. "Es natural -precisa- que si se acepta la causación material de una herida, pero se afirma conjuntamente que ello obedeció a una reacción para defensa de una agresión, no se acepta una situación desfavorable, sino todo lo contrario se coloca un perfil fáctico completamente favorable que lo exonera de responsabilidad penal por supuesta causa de justificación. Ello no es confesión ciertamente" (fl. 10 cit.).

Deduce, pues, que aparte de "engañar" a la justicia, el procesado cometió el homicidio en situación de flagrancia, todo lo cual veda la aminorante.

Así, solicita no casar el fallo.

Se Considera

1. Afirma la impugnante que el fallador no tuvo en cuenta que el procesado José Oswaldo Gómez Amaya confesó, y que por haber ignorado esa prueba no le otorgó la respectiva rebaja.

No es cierto que esa confesión se haya ignorado. En efecto, el Juzgado Sexto Superior le otorgó plena credibilidad al testigo Juan Carlos Osorio Rodríguez, en el sentido de que el acusado persiguió y apuñaló a la víctima Ceir Ramírez Giraldo. Así, expresamente rechazó la legítima defensa planteada por aquél: "Y en el caso que nos ocupa -dijo el Juzgado- se advierte de bulto que no existió ninguna agresión contra el incriminado Gómez Amaya, puesto que quedó establecido en el proceso que el hoy occiso no portaba arma alguna, con lo cual se cae de su peso lo sostenido por Gómez Amaya en el sentido de que el occiso se le abalanzó (sic) con una 'vaina negra como metálica' (fl. 34)..." (fls. 278).

Más de dos páginas dedicó el Juzgado a desechar la aducida justificante (fls. 277 a 279). El Tribunal, de su lado, al revisar por apelación ese fallo de primer grado, también le otorgó credibilidad al testigo Juan Carlos Osorio, rechazando la causal de justificación por legítima defensa, al calificarla de "argumento carente de solidez y respaldo probatorio" (fls 42-2), haciendo luego al respecto consideraciones tendientes al rechazo de esa justificante (f.s. 5 y 6).

Entonces, el supuesto fáctico del cargo de error de hecho (desconocimiento de esa prueba) *no existió*, lo que de por sí es bastante para que la impugnación no prospere.

Lo que aconteció, como acaba de verse, fue que el sentenciador *rechazó motivadamente* la legítima defensa. De suerte que apartarse así de una prueba no equivale a ignorarla, como lo arguye el actor. Precisamente lo contrario: se trató a espacio la confesión calificada y se la repudió de conformidad con la sana crítica. En consecuencia, repítese, no se dio el falso juicio de existencia que -sin denominarlo así- adujo el casacionista.

2. Pero ocurre otra cosa: ambas normas de los Códigos de Procedimiento Penal anterior y actual (Decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991), empiezan la redacción de la aminorante de pena por confesión, con la frase "a quien fuera de los casos de flagrancia" (artículos 301 y 299, respectivamente). Es decir, que, de entrada, excluyense de la atenuante esos eventos de flagrancia.

Y entendiendo la flagrancia como la han entendido la jurisprudencia y la doctrina, si el procesado José Oswaldo Gómez Amaya fue visto por el testigo Juan Carlos Osorio Rodríguez en el momento en que dio muerte a Ceir Ramírez Giraldo, para la Sala resulta obvia la situación de flagrancia.

3. A lo anterior, suficiente de por sí para rechazar el cargo, agréguese que para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (artículo 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es entendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra, interpretarlo de otra forma, sería otorgar un beneficio gratuito, sólo porque se confesó cuando ello no era necesario, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado.

Por esta misma razón, inutilidad de la confesión, el legislador pone como exigencia para el otorgamiento de la rebaja de pena, que no se trate de "casos de flagrancia", porque precisamente en estos eventos, ante el conocimiento que del hecho y de su autor tienen las personas que lo han presenciado, la confesión es de casi ninguna utilidad para la investigación, porque de antemano el instructor ya conoce lo que a través de ésta se le ha comunicado.

Esta misma consideración le ha servido a la Sala para estructurar su ya conocida tesis, recordada por el Procurador Delegado, de que tampoco procede la rebaja de pena en comento, cuando se trata de una confesión calificada o cualificada, en virtud de la cual sólo se admite la autoría de la conducta, pero se niega toda responsabilidad penal aduciendo cualquier circunstancia excluyente de ésta, porque en tal caso, se ha sostenido antes y se reitera ahora, si la confesión hubiera sido fundamento de la sentencia, ésta forzosamente habría tenido que ser absolutoria. Pero si es condenatoria, ello se debe a que los encargados de administrar justicia acudieron a otros elementos de juicio que les permitieron establecer la materialidad del hecho y la responsabilidad de su autor, desechando por completo la confesión vertida. Y si esto es así, claro es que la confesión también en este caso es inútil para la investigación, y por ello no puede beneficiarse a un confesante que en vez de colaborar con la justicia, por el contrario le exigió un mayor desgaste y esfuerzo, ya que tuvo que entrar a desvirtuar todas las afirmaciones mentirosas que planteaban una circunstancia excluyente de responsabilidad, que a la postre se desestimo por inexistente.

Mas a lo anterior estima la Sala que debe hacérsele una consideración adicional: Si el Juez para proferir su condena, no podía de ninguna manera prescindir por completo de la confesión, no es posible negar que esta sirvió de fundamento a la sentencia y que por tanto fue de decisiva utilidad para la justicia, que sin ella no habría podido condenarlo.

La anterior situación podría presentarse, por ejemplo, en la hipótesis de una confesión calificada con excluyentes de responsabilidad, si únicamente gracias a la asunción de autoridad hecha por el acusado pudo condenársele, ya que sin este reconocimiento, la justicia sólo habría podido establecer las circunstancias del hecho pero jamás la identidad del responsable. Es verdad que en este caso también los funcionarios judiciales tuvieron que hacer un mayor esfuerzo para desvirtuar la excluyente mentirosa planteada por el procesado, pero también es cierto que el esfuerzo

no resultó inútil porque gracias a éste y a la colaboración del acusado, así haya sido parcial, se pudo condenar al responsable. Para la Sala es claro que en este caso, la confesión fue fundamento de la sentencia, porque sin ella, así fuera sólo en lo atinente con la admisión de la autoría, no se habría podido proferir la condena.

No prospera el cargo.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

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 Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION/ ERROR DE HECHO/ ERROR DE DERECHO / CONFESION/ REBAJA DE PENA.

Es manifiesto error aducir simultáneamente y sin diferenciación alguna los errores de derecho y de hecho. El primero -se recuerda- se da cuando (el falso juicio de convicción ya no existe, ante la ausencia del sistema de prueba tasada o de tarifa legal) determinada prueba se practica o simplemente se incorpora al proceso sin las formalidades esenciales que marca la ley; esto es lo que doctrinariamente se conoce como error por falso juicio de legalidad. El segundo, o sea el error de hecho, se obtiene cuando el fallador olvida o inventa una prueba determinante en el fallo (falso juicio de existencia), o cuando le hace decir a una prueba lo que realmente no dice, cambiándole su contenido material o meramente objetivo, caso en el cual se dice que se cae en un falso juicio de identidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7994.

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta Nº 088.

Santafé de Bogotá, D. C., 30 de septiembre de 1993.

Vistos

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 24 de julio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, condenó a Pedro Mora Peña o Jorge Gómez Rodríguez, a 24 años y 6 meses de prisión, por los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas.

Hechos y Actuación Procesal

1. Los hechos objeto de juzgamiento correspondieron a tres procesos acumulados y los narra así el sentenciador con sujeción a la realidad probatoria (fls. 263 y 264-3):

"Procesalmente se estableció que el día 25 de diciembre de 1987, a eso de las 12:20 a.m., el señor Germán Rico Vásquez perdió la vida a consecuencia de los disparos que le propinó el señor Pedro Mora Peña o Jorge Gómez Rodríguez, luego de haberse presentado un incidente entre ellos la noche de navidad, por cuanto al ser relacionados por la señorita Patricia Rico, novia del encartado, no fue del agrado del señor Rico Vásquez que Pedro se encontrara en su casa en estado de embriaguez, presentándose una discusión, razón por la cual el procesado se fue, y más tarde se presentó a la casa de la familia Rico Vásquez accionando su revólver hacia la humanidad de Germán Rico Vásquez, y al salir de allí en plan de huida el señor Orlando Rico Vásquez, hermano del extinto, trató de impedir que se escapara y fue víctima también de sendos disparos que el procesado le asestó causándole heridas de suma gravedad, las cuales lo dejaron postrado para siempre en una silla de ruedas" (fl. 263-3).

"De autos se tiene que en las horas de la tarde del 8 de julio de 1986, se presentó una violenta discusión en una cancha de tejo ubicada en la Avenida Ferrocarril Nº 39-20 Sur, entre el propietario Luis María Bueno Duarte y el hoy indagado Jorge Gómez Rodríguez, por motivo de la cuenta, llegando a las ofensas personales y en seguida por las vías de hecho, optando Gómez Rodríguez por desenfundar una pistola y disparar repetidas veces contra Bueno Duarte, ocasionándole varias heridas de carácter mortal. El agresor emprendió la fuga junto con tres acompañantes más. El deceso de la víctima se produjo cuando era trasladado al hospital de Kennedy" (fl. 264).

"En la tarde del 9 de septiembre del año 1980, el Alférez de Circulación y Tránsito Armando Sarmiento Santos, en cumplimiento de sus deberes como funcionario público, patrullaba motorizado la Avenida 33 de esta ciudad (Bucaramanga), cuando a la altura de la calle 51 identificó a una pareja de individuos que se movilizaban en una moto, quienes en las horas de la mañana habían evadido su acción de oficial de tránsito. Fue así como se procedió a detenerlos en marcha cuadrando su velocípedo a la par con el de los sospechosos. Muy seguramente les requirió la exhibición de los documentos de rigor, tales como el pase y el revisado. Ante la carencia de tales documentos, el parrillero o acompañante de la moto, más conocido como 'pato', aprovechando la distracción e indefensión en que se movilizaba el Alférez, y sin mediar palabra, esgrimió su arma de fuego y casi a quemarropa le propinó certero y mortal balazo en la cabeza produciéndole la muerte de manera instantánea, para una vez cumplido el hecho, emprender la pareja veloz carrera en el velocípedo. Pareja que a la postre vino a identificarse como los hermanos Jorge y Ramiro Gómez" (fl. 264).

2. Por esos hechos, en su orden, se profirieron las siguientes resoluciones de acusación:

a) De marzo 26 de 1988, por medio de la cual el Juzgado 64 de Instrucción Criminal de Bogotá, por los delitos de homicidio (agravado por la indefensión), lesiones personales y porte ilegal de armas (fls. 313 y ss.-5);

b) De 2 de junio de 1989, dictada por el Juzgado 15 de Instrucción Criminal de Bogotá (fls. 263 y ss.-4), por el delito de homicidio;

c) Abril 21 de 1988, por medio de la cual el Juzgado 4º Superior de Bucaramanga acusó por el delito de homicidio agravado por la indefensión. En la misma providencia

se sobreseyó definitivamente a Ramiro Gómez Rodríguez, decisión confirmada por el Tribunal (fls. 280 y ss.-2, 6 y ss.-6).

3. Acumulados todos esos juicios en el Juzgado 5º Superior de Bogotá (289 y ss.-4 y 396 y ss.-5), se celebró audiencia pública con jurado de conciencia (fls. 450 y ss.-5, 78, 106, 147, 177, 191 y 207-3), se dictó sentencia de primera instancia el 8 de mayo de 1992 (fls. 262 y ss.-3), por medio de la cual, en acogimiento a las veridicciones del *jury*, se absolvió al procesado del hecho referente a la muerte del Alférez de Tránsito Sarmiento Santos, y se condenó al procesado, por los otros hechos materia de juzgamientos, a la pena principal de 24 años y 6 meses de prisión y multa de $10.000.00, a la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, al pago de los perjuicios, negándose igualmente la condena de ejecución condicional. Por otra parte, se ordenó expedir copias de lo actuado, para establecer si Adela Afanador de Bueno y Myriam Bueno, cometieron falso testimonio al "retractarse" de la imputación que inicialmente hicieran al procesado por la muerte de Luis María Bueno Duarte.

Apelada esa sentencia por el defensor del procesado (quien actúa ahora como casacionista), el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá la confirmó en su integridad (fls. 29 y ss. 1).

La Demanda

Invocando la causal primera de casación, la defensa alega error de hecho.

Dice primero que el procesado actuó bajo el estado de "ira e intenso dolor" previsto en el artículo 60 del Código Penal, norma desconocida por el sentenciador. Sostiene que el Tribunal le restó "estimación y alcance" a unos testimonios, y especialmente al testimonio "básico" de la novia del procesado, Patricia Rico Vásquez.

Alega que el acusado estaba en estado de embriaguez, y cita el artículo 31 del Código Penal (ft. 56).

Alega también que el fallador incurrió en un "falso juicio de existencia" al ignorar el dictamen obrante a folios 336 a 340 (cuaderno número 5), en el cual Medicina Legal se refiere al "desajuste emocional" del procesado.

Luego dice que su defendido confesó y, por tanto, tiene derecho a la rebaja, porque hoy día no se requiere que esa confesión sea el fundamento del fallo. Al efecto, cita los artículos 10, 296 y 297 del nuevo Código de Procedimiento Penal, normas que pide que se le apliquen con fundamento en el principio de favorabilidad.

Habla luego de que se ignoraron las declaraciones que demuestran que el procesado mató a Germán Rico Vásquez en estado de ira, pero más adelante afirma que esas mismas pruebas fueron "distorsionadas" (fls. 59, 60 y 68).

Pide, pues, que se case la sentencia impugnada y se rebaje la pena por virtud de la ira y de la confesión.

En escrito inmediatamente siguiente que empieza con la frase "continuación de la demanda", el actor pide que la Sala case la sentencia en lo que respecta al proceso por la muerte de Luis María Bueno Duarte, y absuelva al procesado (fls. 75 y ss.).

De manera general sostiene el censor que se incurrió en error de hecho (fl. 85), por "indebida apreciación y falta de apreciación" de determinadas pruebas como son las declaraciones de Adela Atanador de Bueno, Myriam Bueno y Alvaro Alvarez (fl. 86). "Todo lo anterior -dice- hace concluir que se le negó alcance a la norma procesal por medio del artículo 275 (sic) del Decreto 050 de 1987, artículo 282 Decreto 2700 de 1991, lo constituye un error evidente de hecho que concluyó con la violación de la ley sustantiva" (fl. 86) y agrega:

"El Tribunal obró en forma contraria a la evidencia procesal, y violó la ley sustantiva mediante un juicio equivocado, proveniente de la falta de apreciación de las pruebas testimoniales y documentales. El error de *hecho* y de *derecho* es de tal magnitud que a primera vista y sin mayor esfuerzo se observa que la falta de apreciación de las referidas pruebas oportunamente producidas y ordenadas por el Juez 5° Superior, como por el mismo Tribunal de Bogotá, pugna evidentemente y en forma manifiesta con la realidad procesal. El Tribunal partió de un supuesto errado... (se resalta).

"El error es evidente ocasionado (sic) por el total desprecio de la prueba testimonial, en relación con la no autoría de mi defendido en el presente homicidio...

"El Tribunal violó las reglas de estimación y alcance de las pruebas testimoniales y documentales...

"En consecuencia *distorsionó* la prueba el sentenciador *ad quem* cuando explicó el móvil de la acción, desconociendo todas las probanzas que hemos analizado (se resalta).

"Todos estos errores de hecho, ostensibles, manifiestos, llevaron al Tribunal Superior, sentenciador, a dejar de aplicar el artículo 248 del Decreto 050 de 1987, cuando justamente guantelete no existe. Mi defendido no posee el don de la ubicuidad y por lo demás cuando los elementos estructurales de la figura emergen con claridad de las páginas procesales, esto es, que Jorge Gómez Rodríguez no es infractor del artículo 323 del C.P." (fl. 87).

Solicita, entonces, que se absuelva al procesado.

Concepto de la Procuraduría

Dice el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal "que la demanda no cumple con las exigencias propias del recurso extraordinario y que sin ellas no puede entrar la Corte a estudiar los simples planteamientos que allí se contienen" (fl. 12 cdn. Corte).

1. En cuanto a la clase de juzgamiento advierte que este proceso se llevó a cabo con intervención del jurado que fallaba "en conciencia", lo cual impide alegar en casación la violación indirecta de la ley.

Destaca cómo el actor mezcla las diferentes clases de errores de hecho (indebida apreciación y falta de apreciación de las pruebas), sin lograrse conocer, por tanto, el verdadero alcance de la imputación (fl. 13).

Expresa que el actor no sustenta ninguna de sus afirmaciones y que, en últimas, lo que combate es el "grado de credibilidad" dado a las pruebas (fl. 15), ignorando que no

existe tarifa legal para evaluarlas, sino meramente la "sana crítica", y que lo que trata aquí el casacionista es de "revivir el debate probatorio", cuestión inaceptable.

Respecto a la confesión, estima que para que la misma comporte la atenuante, no debe existir un caso de flagrancia, que se da en este proceso, en que el hecho de dar muerte a Germán Rico Vásquez fue presenciado por familiares de éste.

2. En relación con la muerte de Luis María Bueno Duarte, considera que incurre el actor "en los mismos errores técnicos señalados en el cargo anterior" (fl. 78), hasta el punto de proponer simultáneamente errores de derecho y de hecho.

Anota que, de todos modos, el fallador no desconoció ninguna de las pruebas que señala el actor, pues precisamente ajustó la imputación de ese homicidio, en las declaraciones de Myriam Bueno Afanador, Beatriz Bueno y Adela Bueno, personas (Myriam y Adela) que luego se retractaron, retractación a la cual el juzgador no dio credibilidad ninguna, rechazándola entonces.

Pide, en consecuencia, mantener en su integridad el fallo.

Consideraciones de la Corte

1. Sea lo primero señalar que el presente caso fue juzgado y fallado de acuerdo al veredicto del jurado popular, lo que quiere decir que se trata de unas veredicciones *en conciencia*, conforme a la íntima convicción del *juri*. Por eso dijo el Juzgado 5° Superior en la sentencia: "El juzgado considera que la respuesta del *juri* es producto de la íntima convicción moral de cada uno de los integrantes del jurado de conciencia; restando solamente determinar el alcance de las respuestas positivas y una de ellas negativa, con los otros extremos, especialmente con el juicio axiológico contenido en las providencias calificatorias a fin de concluir cabalmente en la evidencia del fallo, para proceder a su acogimiento y plasmarlo así en la sentencia que se impone..." (fl. 277-3).

Lo anterior significa que el ataque del casacionista a la valoración de determinadas pruebas, en orden a conseguir la disminuente de la ira (artículo 60 C.P.) en uno de los procesos, y la absolución por inocencia, en el otro, resulta impertinente. Es que para la declaratoria de responsabilidad en los términos que lo hicieron los miembros del jurado no deben dar a conocer qué pruebas tuvieron en cuenta ni mucho menos qué valor le dieron a las mismas: esta es razón suficiente para que, por consecuencia, no pueda alegarse en casación errores en la apreciación o valoración de los elementos de juicio, como lo hace en el presente evento el casacionista, tal como si se tratase de un fallo emitido por un juez de derecho, cuando lo ha dado un jurado de conciencia, y con base en el mismo se debe proferir la sentencia, siempre y cuando, claro está, no se decrete la contraevidencia, situación esta última que se da (o se daba) cuando el fallo del *juri* vaya en contravía ostensible de la evidencia procesal (artículo 532 C.P.P. aplicable aquí, Decreto 050 de 1987).

2. Sin perjuicio de lo anotado, no sobra decir que el antitecnicismo que envuelve toda la demanda es manifiesto, como bien lo concluyó la Delegada.

Es que a todo lo largo del extenso y farragoso libelo de impugnación, el actor revuelve indistintamente conceptos como el de "distorsión" de la prueba y su ignorancia,

sin caer en cuenta el casacionista que si se alega que la prueba se distorsionó, justamente es por habérsela tenido en cuenta.

Como dijo la Delegada, toda la demanda se reduce a plasmar un diverso enfoque probatorio, distinto al contenido en el fallo, que, por lo demás, se cubre con la doble presunción de acierto y veracidad.

Por otra parte, también acierta la Delegada al precisar que el casacionista no demuestra ninguna de las censuras que lanza al fallo, contentándose con hacer afirmaciones generales, sin respaldo alguno en las respectivas pruebas.

Por ejemplo nótese cómo en cuanto al proceso por la muerte de Luis María Bueno Duarte, el actor se afianza en las declaraciones (retractaciones) de Adela Afanador y Myriam Bueno, precisamente respecto de lo cual el sentenciador ordenó investigarlas penalmente, para establecer si en las segundas declaraciones (cuando se retractaron) faltaron a la verdad.

También se equivoca el casacionista al invocar el artículo 31 del Código Penal, como si se sostuviera que, al menos en uno de los casos, el procesado Mora Peña o Gómez Rodríguez fuera inimputable. Salta a la vista que si esa es una de las pretensiones del actor (no se puede saber si lo es o no), la causal alegable sería la nulidad, que no planteó.

También es manifiesto error aducir simultáneamente y sin diferenciación alguna los errores de derecho y de hecho. El primero -se recuerda- se da cuando (el de falso juicio de convicción ya no existe, ante la ausencia del sistema de prueba tasada o de tarifa legal) determinada prueba se practica o simplemente se incorpora al proceso sin las formalidades esenciales que marca la ley: esto es lo que doctrinariamente se conoce como error por falso juicio de legalidad. El segundo, o sea el error de hecho, se obtiene cuando el fallador olvida o inventa una prueba determinante en el fallo (falso juicio de existencia), o cuando le hace decir a una prueba lo que realmente no dice, cambiándole su contenido material o meramente objetivo, caso en el cual se dice que se cae en un falso juicio de identidad.

Errores tan manifiestos, hacen imprósperа la demanda.

3. No sobra empero decir que el sentenciador destinó buen espacio a descartar la ira que como diminuente propone el procesado. Verbigracia, a folio 283 dijo al respecto:

"Es un hecho indiscutible que el obitado Germán Rico Vásquez le propinó un puño al enjuiciado Jorge Gómez Rodríguez, la noche de los nefastos acontecimientos, frente a los epítetos de esta Corte: 'Usted es el doctorcito encorbatado h jueputa', 'Cabrón', pregonación que hacen todos los testigos dentro de la actuación procesal, afectando así el derecho a la tranquilidad que tenía Germán Rico dentro de su hogar como persona de bien, y la ley no obliga en estos casos a las personas a soportar pacientemente ofensas de ese tenor, por tratarse de medios deshonrosos y por ende ningún ser humano debe humillarse para evitar un ataque. En consecuencia, si el puño que le propinó el obitado a Jorge Gómez le produjo ese estado de iracundia, encontramos que ese estado de ira no fue causado por un comportamiento grave e injusto por parte de la víctima, y sí por el contrario fue un mecanismo de defensa por parte de Germán ante los ultrajes del enjuiciado.

"Tampoco se podría predicar el reconocimiento del estado de ira sólo porque el procesado no le contestó el saludo...".

El Tribunal en su fallo acogió esa apreciación, diciendo al respecto que el hecho "fue desencadenado por el victimario" (fl. 31-1).

4. En lo que se refiere a la confesión de haber matado a Germán Rico Vásquez y de haber lesionado a Orlando Rico Vásquez, la rebaja de pena por esa confesión (C.P.P. anterior, artículo 301 y actual, artículo 299) no es procedente, como bien lo decidió el fallador, pues resulta inocultable que el homicidio y las lesiones indicados, sucedieron en situación de *flagrancia*, pues, como lo admite el propio sentenciador, esos hechos fueron enteramente *presenciados* por Jaime Leyva Vásquez y María Rico Vásquez, familiares de las víctimas: las normas citadas aparecen encabezadas por la expresión "a quien fuera de los casos de flagrancia" (v. fs. 281-3).

En cuanto a que ya la confesión no tiene que ser "el fundamento de la sentencia", ha de decidirse que la supresión de esta expresión en la norma actual lo fue por resultar innecesaria, toda vez que la filosofía del precepto evidencia la inequívoca economía procesal no sólo en el esfuerzo investigativo, sino en tiempo y recursos.

Quien confiesa, dentro de esa concepción de la figura, merece el descuento de pena; lo que de por sí excluye la confesión calificada, en donde hay exoneración de responsabilidad no aminoración de ésta.

No prosperan entonces los cargos.

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

RESUELVE:

No casar el fallo recurrido. En firme, regrese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese 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 Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD/PARTE CIVIL

1. Debe recordarse que la nulidad no ha sido consagrada como máxima sanción procesal con un fin en sí misma, sino que por el contrario tiene una finalidad garantista. Por ello no toda irregularidad o irritualidad procesal debe desencadenar una declaratoria de nulidad y para que una informalidad procesal sea reconocida como nulidad es indispensable que afecte los derechos sustanciales de las partes o afecte la estructura del proceso en sus diversas fases. /La invocación de la causal de nulidad, no es de libre formulación, a pesar de haberse aceptado su declaratoria oficiosa. Por ello el demandante debe hacer una precisión de la irregularidad que demanda como posible nulidad, debe fundamentar la existencia de la causal de nulidad aducida y debe probar que se afectó la estructura procesal y que como consecuencia de la irritualidad quien la alega recibió perjuicios fundamentales. /2.Es evidente que la parte civil tiene competencias limitadas dentro del proceso penal y el ejercicio paralelo de la acción civil con la penal se ha justificado por la necesidad de que la víctima o sus herederos puedan pretender un resarcimiento de los perjuicios dentro del proceso penal. La parte civil no es una parte procesal cuya pretensión es la de concretar una venganza privada; por ello se afirma que la actividad le está vedada a la parte civil cuando sus actuaciones tengan como única finalidad hacer más gravosa la situación del procesado, sin que ello pueda reportar beneficio en cuanto al resarcimiento de los perjuicios.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7652.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta N° 088.

Santafé de Bogotá, D. C., 30 de septiembre de 1993.

Vistos

Por sentencia del 7 de noviembre de 1991 el Juzgado 30 Superior de esta ciudad condenó a Paulino Mora Pedraza como responsable del delito de homicidio culposo cometido en la persona del doctor Luis Gerardo Espinosa López.

La anterior decisión fue modificada por sentencia del 25 de marzo de 1992, en virtud de apelación interpuesta por la parte civil, para condenar al procesado por el delito de homicidio doloso.

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

Presentada la demanda se declaró ajustada a las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien solicitó no casar la sentencia. La parte civil en su calidad de no recurrente formuló idéntica solicitud.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos

Poco después del mediodía del 16 de julio de 1989, el doctor Luis Gerardo Espinosa López fue atropellado por el bus ejecutivo que conducía el actual procesado Paulino Mora Pedraza, en momentos en que el primero practicaba el ciclismo por la ciclovía (carrera 7ª con calle 58). Mora Pedraza se encontraba legalmente embriagado y después de atropellar al doctor Espinosa lo arrastró por cerca de ochenta metros pese a los gritos y señales de auxilio de varias personas que presenciaban los hechos.

Actuación Procesal

Por auto del 21 de julio de 1989 del Juzgado Octavo de Orden Público se abrió proceso penal.

El 29 de julio fue indagado Paulino Mora Pedraza.

Por auto del 4 de agosto de 1989 se dicta medida de aseguramiento contra el indagado por el delito de homicidio culposo.

Con fecha 23 de noviembre de 1989 se dictó resolución de acusación por el delito de homicidio doloso, que fue confirmada el 27 de febrero de 1990.

El 18 de octubre de 1990 se realizó la diligencia de audiencia pública.

Por sentencia del 7 de noviembre se condenó al procesado por el delito de homicidio culposo a la pena principal de 32 meses de prisión.

Por apelación de la parte civil, en sentencia del 25 de marzo de 1992 se modificó la de primera instancia para condenar a 10 años de prisión como responsable del delito de homicidio doloso.

Los Argumentos de la Demanda

Al amparo de la causal primera se plantean varios cargos, el primero de ellos por la presunta existencia de un error de hecho por suposición que el actor hace consistir en que el sentenciador de segunda instancia recurrió a consideraciones subjetivas, para endilgarle al procesado un dolo eventual "trayendo a comentario el testimonio de la

testigo Patricia Calle, haciendo exigencias imposibles de poder realizar por el sentenciado al momento del accidente; teniendo en cuenta el sector por el que transitaba y aseverando que en ese momento el lugar se encontraba solitario cuando existen pruebas que nos informan lo contrario, el mismo testigo Francisco José Lloreda que en su vehículo ayudó a transportar al doctor Espinosa López al Hospital Militar, éste declara de que ya habían vehículos en la calzada; porque la ciclovía había sido suspendida".

"Para reforzar sus consideraciones le demerita valor al dictamen sobre alcoholemia aseverando de que Mora Pedraza iba levemente embriagado, desconociendo que ese grado de embriaguez fue el medio que se utilizó en el término de instrucción, agravante para mantener detenido a Mora Pedraza; también hace afirmaciones de que el ejecutivo iba conducido a 100 kilómetros por hora, todo esto basándose en probabilidades e hipótesis que no tienen demostración en el plenario, motivo por el que se debe entender el cargo contra la sentencia impugnada".

Luego afirma el impugnante que con violación del artículo 248 de la Constitución, la sentencia trae como antecedentes informes que obran en el expediente. Así mismo, critica que el fallo hubiera tenido sustentación en los testimonios de José Miguel Sánchez, Clelia de Sánchez, Patricia Calle y Carlos Arteaga y agrega que tiene dudas porque estos nombres no fueron incluidos en el informe preliminar, si no que surgieron de la inspección judicial.

Sostiene el actor que el fallo incurrió en error de hecho por omisión de prueba, al no haberse considerado la experticia técnica realizada por expertos del tránsito donde se considera "como posibles hechos afirmados por Mora Pedraza en su injurada y en la diligencia de inspección judicial realizada en el transcurrir de la audiencia pública; la Sala del Tribunal la desconoce abiertamente rayando en la ilegalidad, al afirmar sin ningún miramiento de que en la etapa del juicio en nada varió la situación procesal del sentenciado, mientras en la diligencia de inspección judicial los peritos del DAS también atendieron preguntas que fueron resueltas en la misma diligencia, de donde se colige que sí se dieron evidencias de que mi procurado en ningún momento le ha mentido a la justicia, hasta el punto de que creyó en ella porque voluntariamente se presentó encontrando como respuesta de las autoridades, no de todas sino de algunas, me refiero al Juez de Orden Público, el abuso del derecho, violando ese principio de igualdad de las partes ante la ley; principio rector que el actual estatuto procedimental ha consagrado en el artículo 20, el cual debe prevalecer sobre cualquier otra posición del mismo ordenamiento artículo 22 *ibidem*, que por favorabilidad debe tenerse en cuenta en beneficio del acusado y sentenciado".

Aduce el demandante que el sentenciador omitió considerar el oficio de tránsito donde se informa sobre el horario de la ciclovía, conforme al cual a la hora en que ocurrió el accidente 1:10 p. m., la vía ya se había abierto al tránsito.

Afirma que también se incurrió en omisión de prueba documental, porque si la velocidad a que marchaba el procesado hubiera sido de 90 o 100 kilómetro por hora, el doctor Espinosa no hubiera conservado la vida durante seis días después del accidente. La prueba omitida es la certificación de la empresa Sidauto que informa que el bus salió en su ruta a las 12:25 p. m. y que en tales circunstancias se demuestra que hasta el sitio del accidente se demoró 45 minutos, situación que descartaría el exceso de velocidad.

El recurrente considera que también se omitió el testimonio del Agente de Tránsito Jorge Lino Peña Velasco, quien afirma que el piso estaba húmedo porque estaba lloviznando y que las llantas traseras estaban desgastadas.

De la misma manera asegura que se omitió el testimonio rendido por el agente de la policía Hugo Antonio Ortiz Zapata, quien afirmó que el bus estaba más pegado al separador de la calzada y la llanta delantera estaba virada hacia el lado derecho, declaración que en sentido del censor apoya la versión del procesado. El actor formula la misma censura de omisión con respecto a la declaración de la señora Eunice Vélez de Dallos quien mencionó el desgaste de las llantas traseras.

En la demanda también se afirma que se incurrió en error de hecho por apreciación errónea de la prueba, porque en relación con el testimonio de Francisco José Lloreda se dice que éste llegó al lugar de los hechos minutos después del accidente, lo que considera equivocado puesto que el testigo vio el bus desde lejos y aceleró un poco para observar lo que pasaba, presenció los hechos y le prestó ayuda a la víctima transportándola hasta el Hospital Militar.

Al amparo de la causal tercera, el recurrente critica que no se hubiera hecho un pronunciamiento sobre la nulidad planteada desde la audiencia pública; al efecto argumenta así:

"Como bien se observa al folio 3º del c. o. Nº 1, el Juez 8º de Orden Público, dicta un auto decretando medidas de diligencias preliminares con fecha julio 18 de 1989, con dicho diligenciamiento se recaudaron elementos de juicio en treinta y seis folios que fueron suficientes para llegar a la convicción de ese funcionario judicial que el caso que se investigaba en ese momento no era de su competencia, pero a pesar de ello al folio 46 del encuadernamiento citado dicta auto cabeza de proceso, con fecha julio 21 del mismo mes y año, ese procedimiento es ilegal ya que el artículo 351 del C. de P. P. derogado disponía perentoriamente que el funcionario que dictaba auto de cabeza de proceso era el que dirigía o realizaba directamente la indagación preliminar. En su inciso final dispone: 'Lo dispuesto en el inciso primero no se aplicará cuando en la indagación preliminar surjan incompetencias, caso en el cual se enviará al funcionario o corporación correspondiente para que decida sobre la apertura de investigación'".

El casacionista igualmente argumenta que al admitirse el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia se incurrió en nulidad de "carácter jurisprudencial" por no tener interés la parte civil para recurrir, porque lo único que buscaba era el aumento de pena.

Termina solicitando se case el fallo impugnado, respetándose la sentencia de primera instancia o decretando la nulidad.

Con argumentación respaldada en el principio de favorabilidad, en memorial aparte, el defensor solicitó la cancelación de las órdenes de captura emitidas como consecuencia de haberse modificado la sentencia condenatoria y haberse revocado el beneficio de libertad provisional que se le había concedido al procesado. Dice así: "Si bien es cierto, el inciso del artículo 198 del C. de P. P. vigente a partir del 1º de julio de este año, prohibe ese beneficio, para los procesados, que en el decurso del proceso, hayan sido objeto de medida de aseguramiento sin excarcelación, dicho precepto no puede ser

aplicado en el caso *sub judice* en aras al principio de favorabilidad, consagrado como principio rector del mismo ordenamiento, (artículo 22 *ibidem*) además esa Corporación ha sido del criterio, que la favorabilidad, es la excepción, al efecto general inmediato de la ley procesal, que es reglado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887".

En memorial posterior insistió en la petición con fundamento en el artículo 198 del código vigente en que se dispone que si se niega la concena de ejecución condicional la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia.

Consideraciones del Procurador Segundo

Delegado en lo Penal

El Ministerio Público solicita no se case la sentencia, haciendo referencia, en primer lugar, a los cargos de nulidad que el demandante plantea al considerar ilegal que la investigación hubiera sido abierta por un juez de orden público que no tenía la competencia para ello.

Sostiene la Delegada que el impugnante no respeta las mínimas exigencias que para la materia se deben seguir en el recurso extraordinario, al desconocer que la nulidad no es de libre postulación, siendo así como omite precisar con claridad la clase de nulidad invocada, limitándose a hacer deshilvanadas afirmaciones que no complementan la fundamentación y demostración del ataque.

"Y si se pudiese entender que la nulidad invocada se posa en una presunta violación del debido proceso, lo que se podría deducir luego de leer el acápite sobre *normas violadas* referido por el actor y relacionado con los dos cargos hechos al amparo de dicha causal, de todas maneras tampoco en el desarrollo de la censura se establece la existencia de una irregularidad sustancial que en verdad afecte la estructura del proceso, además que se desconoce si esa clase de nulidad atañe a este cargo en particular o se relaciona con el siguiente".

"En manera alguna puede tomarse como argumento jurídico válido en sede de casación la sola enunciación del problema, como esperando el actor que la Corte proceda oficiosamente a abordar su estudio, y mucho menos cuando parte de la inconformidad se funda en circunstancias que no se sujetan a la realidad procesal, pues el libelista ha pretendido hacer creer que el Juez 8° de Orden Público dictó auto cabeza de proceso como resultado de la 'aprehensión del procesado estando el diligenciamiento en etapa preliminar' afirmación esta que en realidad no es cierta toda vez que resulta innegable que cuando el sindicado se presentó ante el referido despacho judicial y consecuencialmente se le privó de la libertad (julio 26 de 1989), cinco días antes ya se había dispuesto la apertura de la investigación (julio 21 de 1989)".

El Delegado justifica la intervención del funcionario de orden público puesto que inicialmente se pensó que se hubiera tratado de un atentado por su calidad de Magistrado del Tribunal de Orden Público: ello lo lleva a concluir: "Era, pues, el Juez 8° de Orden Público competente para abrir investigación conforme a su racional criterio y de acuerdo a las circunstancias fácticas presentadas en el momento, además que no podía aguardar indefinidamente para saber si habría o no investigación en espera de si los hechos por averiguar eran o no de su competencia y menos aún frente a la gravedad de los mismos;

como que la inmediatez de la investigación lo imponía, más aún cuando con esta decisión no se vulneró la estructura del proceso y mucho menos los derechos de los sujetos procesales y particularmente el de la defensa. Se impone, por tanto, la improsperidad de la censura".

Al segundo cargo de nulidad igualmente le critica la falta de técnica.

Luego de hacer una serie de consideraciones interpretativas del artículo 31 de la Constitución, la Procuraduría concluye que por haber sido la parte civil quien interpuso la apelación, la segunda instancia tenía facultades para hacer más gravosa la situación del procesado y con respecto a la posibilidad de la parte civil de buscar la indemnización de perjuicios dijo:

"...es indiscutible que por causa de la modalidad del hecho punible la cifra correspondiente al monto de los daños y perjuicios que inicialmente valoró el perito fue 'ostensiblemente' disminuido, disminución ésta que, bajo el criterio del sentenciador de primera instancia, se hizo por cuanto fue por el delito de homicidio culposo y no por, como en principio se consideró en la resolución acusatoria, la razón de ser de la sentencia condenatoria proferida contra Paulino Mora Pedraza".

"Al afectarse sustancialmente la cuantía de los daños y perjuicios avaluados por el perito (peritaje sobre el cual no prosperó una objeción hecha en su oportunidad por la defensa), reducción que operó directamente por causa de la modalidad del delito, resultaba entonces inevitable para la parte civil interponer el recurso de apelación atacando precisamente el tema que originó la disminución considerable de su objetivo primordial perseguido. Es que por la manera como la imputación del homicidio culposo incidió palmariamente en el monto indemnizatorio, la parte civil, en defensa de sus legítimos intereses, se vio en la necesidad de controvertir el punto relacionado con la culpabilidad, pues de lo contrario le resultaba, objetiva y jurídicamente hablando, quimérico atacar la sentencia en relación al tema de los perjuicios eludiendo la discusión acerca del grado de responsabilidad del procesado".

Con tales argumentos solicita se rechace el cargo.

En lo que atañe con el cargo por la presunta existencia de un error de hecho por suposición de prueba, el representante del Ministerio Público hace críticas fundadas en la falta de técnica exhibida por el casacionista y es así como refiriéndose a los primeros argumentos los considera equivocados en cuanto a que aluden a un posible desconocimiento del artículo 31 de la Carta.

Así, el funcionario sostiene que la inconformidad del censor se circunscribe a afirmar que el Tribunal fundó sus consideraciones "en probabilidades e hipótesis que no tienen demostración en el plenario", conclusión a la que se llega luego de hacer un insular y breve comentario de "cómo el fallador valoró, o dejó de valorar, o demeritó valor a las declaraciones de Patricia Calle y Francisco José Lloreda y al dictamen sobre la alcoholemia", pruebas éstas que las retoma para criticar aspectos como el de que el *ad quem* procedió a hacer exigencias imposibles de realizar por el sentenciado al momento del accidente, o que "Mora Pedraza iba levemente embriagado", o que el "ejecutivo iba conducido a 100 kms. por hora".

El Delegado critica al censor no tener claridad sobre lo que es un antecedente, porque lo que considera como tal, no fue tenido en cuenta así por el sentenciador, porque "si bien el fallador mencionó dichos informes los que contienen las hojas de vida del procesado y los hechos y circunstancias acontecidas mientras prestó sus servicios como conductor en varias empresas transportadoras; lo hizo con el fin de resaltar el irreflexivo comportamiento del acusado exteriorizado en el pasado y consolidado en el presente, documentos aquellos que en manera alguna pueden confundirse con un antecedente judicialmente entendido".

"Y como si fueran pocos los indicados yerros técnicos y las evidentes vacilaciones, puede igualmente apreciarse cómo el recurrente flagrantemente entremezcla y tuerce su ya errática censura con conceptos propios de los errores de hecho por falso juicio de identidad; y por falso juicio de existencia por omisión, conclusión a la que se llega luego de observar la forma como el actor sin medida alguna asevera que el *ad quem* trajo comentarios de manera tergiversada, y sin hacer el mínimo análisis del testimonio recepcionado a Francisco José Lloreda".

Aludiendo al segundo cargo, el Procurador dice que son evidentes los errores de técnica y que a pesar de que la censura se ubica en la existencia de un falso juicio de existencia por omisión, en el desarrollo de la argumentación se sitúa dentro de los parámetros propios del error de derecho por falso juicio de convicción porque "aprovechando el listado de pruebas supuestamente olvidadas, procede a efectuar una para crítica personal de cada elemento de juicio, abandonando el derrotero característico del error de hecho escogido".

Agrega además que si se analiza la sentencia se observará que el sentenciador sí tuvo en cuenta conjunta y particularmente los medios de convicción aportados al expediente.

En relación con el tercer cargo, postulado por supuesta errónea apreciación de la prueba, el Ministerio Público asegura que el actor se queda en su sola enunciación, puesto que en ninguno de los apartes de la demanda concreta y demuestra cuáles fueron las pruebas erróneamente apreciadas. En consecuencia, solicita se rechace el cargo.

Los Argumentos del No Recurrente

El representante de la parte civil solicita no se case la sentencia y en cuanto se refiere al cargo relacionado con la existencia de un error por suposición de prueba considera que en el fallo de segunda instancia fueron apreciadas la pruebas de manera adecuada.

Con respecto al cargo segundo, por la supuesta existencia de un error de hecho por omisión de pruebas considera que fehacientemente demostrado está en el proceso que el accidente tuvo ocurrencia pocos minutos antes del mediodía y que en tales circunstancias la vía aún estaba destinada para el uso de los deportistas y no para el tránsito vehicular.

En lo atinente con el tercer reproche, por la presunta existencia de un error de hecho por la apreciación errónea de pruebas, el no recurrente dice que es equivocada la pretensión de considerar incompetente al Juzgado 8º de Orden Público y se refiere a las consideraciones realizadas al efecto por la Delegada.

En relación con la censura de nulidad por la falta de interés jurídico de la parte civil para recurrir el fallo de primer grado, dice que por haberse condenado en esa instancia por homicidio culposo, el valor indemnizatorio fue reducido de $1.25.274.365 en que fueron avaluados por los peritos, a la irrisoria suma de $ 40.000.000 y que en tales circunstancias era evidente el interés que tenía la parte civil para recurrir.

Consideraciones de la Sala

Siguiendo inmodificable tradición jurisprudencial de esta Corporación se analizarán en primer lugar los cargos de nulidad porque, como se ha dicho, en caso de prosperar cualquiera de ellos haría inoficioso que la Sala se ocupara del estudio de los demás.

En el primer cargo de nulidad, por la supuesta incompetencia del juzgado de orden público para abrir el proceso penal, el censor ni siquiera hace una clara enunciación de la causal aducida, porque considera que calificar de ilegal el auto de apertura del proceso es suficiente y en tales condiciones la Corporación desconoce cuál es exactamente el motivo de nulidad aducido, vislumbrándose que lo que pretende censurar es la vulneración o desconocimiento del debido proceso, pero no cumple con tal exigencia técnica.

Tampoco el impugnante se preocupa por demostrar de qué manera la presunta irregularidad pudo desconocer los derechos de su representado o de qué manera pudo afectarse la estructura del proceso, porque debe recordarse que la nulidad no ha sido consagrada como máxima sanción procesal con un fin en sí misma, sino que por el contrario tiene una finalidad garantista. Por ello no toda irregularidad o irritualidad procesal debe desencadenar una declaratoria de nulidad y para que una informalidad procesal sea reconocida como nulidad es indispensable que afecte los derechos sustanciales de las partes o afecte la estructura del proceso en sus diversas fases.

Por lo anterior, conforme a la jurisprudencia de la Corporación y ahora a la ley, la invocación de la causal de nulidad en el recurso extraordinario de casación, no es de libre formulación, a pesar de haberse aceptado su declaratoria oficiosa. Por ello el demandante debe hacer una precisión de la irregularidad que demanda como posible nulidad, debe fundamentar la existencia de la causal de nulidad aducida y debe probar que se afectó la estructura procesal y que como consecuencia de la irritualidad quien la alega recibió perjuicios fundamentales.

Bajo los parámetros detallados en precedencia, el censor no cumplió con las mínimas exigencias técnicas requeridas en este extraordinario recurso. No obstante, como lo hizo la Delegada, conviene precisar que la actuación inicial de la justicia de orden público tuvo su razón de ser, porque por el cargo desempeñado por la víctima, se pensó inicialmente que el accidente fuera un atentado organizado de tal manera contra el Magistrado y en este sentido declaró en la investigación preliminar el también Magistrado en ese entonces doctor Ernesto De Francisco; por tanto, no era descabellado y salido de tono que un juzgado de orden público hubiera dado inicio a la investigación.

En las condiciones precedentes debe rechazarse el cargo de nulidad formulado.

El censor plantea un segundo cargo de nulidad, por considerar que la parte civil carecía de interés jurídico para recurrir del fallo condenatorio de primera instancia, y que con la apelación sólo buscaba agravar la penalidad impuesta al procesado.

La irregularidad denunciada en criterio del censor afecta las normas propias del juicio como garantía constitucional al haber actuado la parte civil por fuera de las competencias que se le han reconocido legal y jurisprudencialmente.

No le asiste la razón en este caso al impugnante, porque primero que todo se debe advertir que el sentenciador de segunda instancia tenía competencia para agravar punitivamente la situación del procesado, porque por tratarse de una apelación de la parte civil, estaba dentro de sus facultades el considerar que no se trataba de un homicidio culposo sino de uno doloso, y como consecuencia de tales consideraciones jurídicas hacer el respectivo aumento punitivo sin que pudiera pensarse en una violación del principio constitucional de la *reformatio in pejus*.

Es evidente que la parte civil tiene competencias limitadas dentro del proceso penal y el ejercicio paralelo de la acción civil con la penal se ha justificado por la necesidad de que la víctima o sus herederos puedan pretender un resarcimiento de los perjuicios dentro del proceso penal. Tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en afirmar que la competencia de la parte civil en el proceso penal es limitada, en cuanto a que puede realizar todas las actividades procesales que tengan como finalidad la obtención del restablecimiento del derecho; y dentro de tales disgresiones se ha dicho que la parte civil no es una parte procesal cuya pretensión es la de concretar una venganza privada; por ello se afirma que la actividad le está vedada a la parte civil cuando sus actuaciones tengan como única finalidad hacer más gravosa la situación del procesado, sin que ello pueda reportar beneficios en cuanto al resarcimiento de los perjuicios.

Pero tal situación no ocurre en este proceso, porque recuérdese que los perjuicios fueron avaluados por el perito en suma superior a los $130.000.000, sobre la base de que el llamamiento a juicio lo había sido por un delito de homicidio doloso; pero el juez de primera instancia al dictar sentencia consideró que se trataba más bien de un homicidio culposo y en relación con el restablecimiento del derecho dijo: "En cuanto a los daños y perjuicios que resultaron de la conducta criminosa, el doctor Rafael Antonio Villarreal Blanco emitió el respectivo dictamen el tres de julio de 1990, valorando los mismos en $131.982.729,40, pero como se está condenando al señor Mora Pedraza por homicidio en la modalidad culposa, resulta procedente disminuir ostensiblemente la cifra referida; ésta se valora en cuarenta millones de pesos ($40.000.000), correspondiendo la misma a los daños materiales; por concepto de los daños morales se le impone el equivalente en moneda nacional a quinientos gramos oro, sujetándonos en el artículo 106 del C. P.".

Por ello, en segunda instancia, cuando se condena por homicidio doloso se impone el pago de perjuicios en cuantía de $125.274.365,90, por daño emergente cien gramos oro y por perjuicios morales mil gramos oro.

La situación inicialmente comentada dio lugar a que en el memorial sustentatorio del recurso la representante de la parte civil dijera: "y qué decir de las evaluaciones de los daños y perjuicios materiales y morales, ya que sin ningún análisis jurídico ni sustento probatorio, alegremente rebaja la suma fijada mediante peritación sometida a debate y controversia además, confirmado por el honorable Tribunal Superior de Bogotá de fecha 16 de agosto de 1991 con ponencia de la doctora Beatriz Castaño de López perjuicios materiales y morales que ascendieron a la suma de $131.982.729,40 y perjuicios morales

que alegremente el juzgado consideró en el equivalente de 500 gramos de oro sin querer reconocer la pérdida invaluable de la vida de un honorable Magistrado de la República, Jurista, Profesor Catedrático de las universidades del país, conferencista, padre de familia...".

Por su parte el Tribunal hizo expresa referencia a este problema cuando expresó: "Para la Sala resulta claro que los aspectos cuestionados, salvo el último, legitiman a la parte civil para recurrir el fallo de primera instancia, cuya revisión en consecuencia se hará de manera integral (artículo 538 C. de P. P.). Véase cómo, en la medida en que se califique el hecho como culposo puede menoscabarse el interés de quien persigue el resarcimiento porque tratándose de responsabilidad de tal índole es admisible la compensación de culpas reviviéndose el debate en torno a una eventual concurrencia de la víctima, por acción o por omisión, en la producción del resultado (consúltese sobre el particular el memorial del defensor no recurrente); controversia que se excluye indefectiblemente en el caso de la imputación dolosa. En tanto que, al desconocerse el avalúo de perjuicios rendido por el perito designado, que fue objetado y ratificado por esta Corporación, se hace evidente el desmedro sufrido por la parte civil, que vio sustancialmente disminuido el monto de la indemnización. Luego, para privar a los ofendidos con la infracción de la posibilidad de recurrir la sentencia no sería válido acudir al expediente de decir que con el fallo condenatorio se satisfizo su pretensión, independientemente de su naturaleza y cuantía".

De los extractos previamente reseñados se concluye que la decisión de primera instancia sí estaba afectando los derechos resarcitorios de la parte civil, en cuanto a que consideró que por tratarse de un homicidio culposo debía reducirlos de manera ostensible y por tanto la representante de la parte civil estaba, entonces, en todo su derecho para apelar buscando una agravación de la situación jurídica del procesado, que fuera condenado por homicidio doloso, tal como había sido llamado a juicio y consecuentemente con dicho fallo se incrementara la cifra resarcitoria como efectivamente sucedió.

Es por ello que las argumentaciones realizadas en el memorial sustentatorio del recurso hace consideraciones jurídicas para demostrar la existencia de un homicidio doloso y luego se queja de la tasación de perjuicios que se realizara en primera instancia.

En las condiciones precedentes habrá de concluirse, para rechazar la pretensión de nulidad del censor, que la parte civil sí tenía interés jurídico para recurrir y por tanto no se han violado las formas propias del juicio.

De otra parte, al amparo de la causal primera, el actor presentó tres cargos sucesivos por la presunta existencia de errores de hecho, por suposición de prueba el primero, por omisión de pruebas el segundo, y por errónea apreciación de pruebas el tercero. Tal como lo anotó la Delegada en los tres cargos se evidencia hasta la saciedad la ausencia de técnica en cuanto a las reglas que regulan el recurso extraordinario de casación, porque en verdad la demanda no concreta los cargos para demostrar en relación con el primero de los reproches cuál fue la prueba supuesta, ni de qué manera este yerro del juzgador incidió en la sentencia.

El recurrente inicia la demostración del cargo, manifestando su desconcierto porque en segunda instancia se hubiera modificado la sentencia condenatoria de homicidio

culposo a doloso y si lo que pretendía era manifestar la imposibilidad de agravar la pena en segunda instancia, ya con anterioridad se había dicho que por tratarse de apelación interpuesta por la parte civil, el *ad quem* tenía libertad para hacer las agravaciones que considerase pertinentes de conformidad con el acervo probatorio existente.

Luego, el impugnante se dedica a hacer una relación de medios de convicción criticando la interpretación que de ellos dieron las instancias, para proponer la suya personal.

El casacionista denuncia como una violación a los preceptos de la Constitución (artículo 248) que las constancias que figuran en el expediente en relación con la actividad desarrollada por el procesado como conductor se hubieran tenido como antecedentes; pero tal afirmación es una distorsión del censor, porque si bien dichos informes son mencionados en la sentencia, no se aprecian como fallos judiciales para efectos de tenerlos en cuenta como antecedentes, sino que se acude a ellos para estudiar y entender la personalidad del procesado en su calidad de conductor y algunos contratiempos que había tenido en el pasado en el desarrollo de tal actividad. No puede, entonces, entenderse bajo ninguna circunstancia que se hubiese presentado una violación a precepto constitucional alguno.

En relación con algunos de los medios testimoniales sobre los que se sustenta el fallo, el actor expresa que le asalta la duda de por qué no aparecieron incluidos en el primer informe y sí del que surgió de la diligencia de inspección judicial, dando a entender o suponer, porque no lo dice, que fueron testigos irregularmente llevados al proceso, caso en el cual el sentido del cargo ha debido ser otro.

En realidad el censor no cumple con ninguno de los requisitos de la técnica casacional y se limita a presentar un desordenado alegato, donde lo único que surge claro es que discrepa de la interpretación probatoria de las instancias y propone la suya, pretendiendo que ésta tenga prelación.

Tal como lo solicita la Delegada deberá rechazarse el cargo.

Al postular el segundo cargo por el error en que supuestamente incurrió el sentenciador de segunda instancia por no haber apreciado algunas pruebas que se encarga en relacionar, el actor no demuestra la trascendencia que las mismas hubieran podido tener en el fallo, de haber sido consideradas. Se limita a hacer unas personales consideraciones respecto de los medios de convicción para concluir de la manera que le interesa y le conviene: pero son argumentaciones deshilvanadas y confusas que nada tienen que ver con el cargo que pretende demostrar. Es lo que ocurre cuando el demandante manifiesta que no se tuvo en cuenta la prueba documental que establecía que la cicloví a quedaba cerrada a la una de la tarde y que el accidente ocurrió poco después, para concluir que era imposible que el vehículo marchara a 90 o 100 kilómetros por hora, como se afirma, de donde deduce que "de la prueba recaudada surge un hecho notorio y es de cómo el doctor Espinosa López después del accidente permaneció con vida seis días más: circunstancia que no hubiera ocurrido si a la velocidad que se dice conducía el sentenciado realmente hubiese arrastrado aparatosamente el cuerpo del jurista, es difícil aceptar su supervivencia ese lapso de tiempo, las características del vehículo y la fuerza que desarrolla su máquina a la velocidad promedio de 90 o 100 kilómetros por

hora me permite afirmar que su muerte se hubiera causado de inmediato y de una manera aparatosa. ¿O habrá ser humano que después de ser arrastrado 809 metros por un automotor de esas características a la velocidad que se le atribuye quede con vida?".

En el texto transcrito se observa cómo el recurrente hace una serie de consideraciones muy subjetivas para concluir de manera contraria a como lo hizo el sentenciador.

No es que las instancias hubieran desconocido las pruebas existentes, sino que existiendo una muy abundante prueba, especialmente de carácter testimonial, los juzgadores atendieron a ella dándole una determinada credibilidad; es así como se cita a testigos que hablan de una velocidad de 100 kilómetros, se menciona igualmente a los testigos que hablan de la existencia de un piso húmedo y de la presencia de unas llantas muy desgastadas.

Tal como lo solicita la Delegada deberá rechazarse el cargo formulado.

En el tercer cargo, por supuesta errónea apreciación de la prueba, la demanda incurre en errores técnicos similares a los cometidos con anterioridad, porque no precisa la trascendencia del yerro supuestamente cometido, ni el influjo que el mismo hubiera tenido sobre la sentencia cuestionada. En realidad como quedó dicho el censor se limita a presentar una personal interpretación probatoria, no admisible en el recurso extraordinario de casación, según lo ha predicado reiteradamente esta Corporación.

Este supuesto error interpretativo se relaciona con la declaración del testigo Lloreda de quien se dice llegó minutos después del accidente, cuando el impugnante considera que fue presencial de los hechos; pero el censor no desarrolla el cargo y no demuestra por qué esa diferente apreciación del testimonio ha podido ser trascendente y haber influido en el fallo que se ataca. Además respecto de este testimonio no puede existir error de apreciación probatoria porque en la sentencia es considerado y se transcribe el aparte pertinente que se refiere a la existencia de otros carros y a la hora en que pudo haber ocurrido el accidente.

Efectivamente en la sentencia de segunda instancia se dice que este testigo llegó al sitio del accidente minutos después, pero esta consideración no afecta la decisión final sobre la responsabilidad y es tal vez por su propia intranscendencia que el censor no emprende el esfuerzo de demostrar su influjo en el fallo recurrido.

En las circunstancias precedentes y tal como lo solicita la Delegada no deberá aceptarse el cargo formulado.

El defensor, en varias ocasiones solicitó que se ordenara la cancelación de las órdenes de captura, emitidas con ocasión de la modificación de la sentencia en segunda instancia, puesto que en la primera se le había concedido el subrogado de la condena de ejecución condicional que se revocó en la segunda instancia como consecuencia de la modificación de la sentencia.

Fundamenta su petición en razones de favorabilidad pues considera que era aplicable el inciso 2° del artículo 198 del C. de P.P.

La verdad es que el tema así planteado no es materia del recurso extraordinario de casación y que además ante la improsperidad de la demanda, sus pretensiones en tal sentido le habían sido resueltas por autos del 22 de septiembre y del 8 de octubre de 1992.

De conformidad con las consideraciones precedentes no se casará el fallo impugnado.

Son suficientes las argumentaciones anteriores, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, 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 Cortés Garzón, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA/ COMPETENCIA A PREVENCION/ABUSO DE CONFIANZA

El delito de abuso de confianza se consuma cuando y donde ocurra la apropiación (no cuando y donde deba devolverse la cosa), de todos modos el Código de Procedimiento Penal consagra la competencia a prevención (artículo 80), ordenando que cuando el delito se haya cometido en varios sitios, o en lugar incierto, conocerá el funcionario judicial donde se haya formulado la denuncia, "o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8763.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta Nº 88.

Santafé de Bogotá. D. C., 30 de septiembre de 1993.

Resuelve la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre los Juzgados Penal Municipal de Facatativá y 62 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, en el sumario que se adelanta contra el abogado Luis Eduardo Casilimas Andrade por el delito de abuso de confianza.

Antecedentes

1. Los hechos investigados los resume así el Juzgado de esta ciudad:

"...acorde con la denuncia formulada por José Eduardo Hernando y Campo Elías Aguirre Campos, se hicieron consistir en el exceso cometido por el sindicado Eduardo Casilimas Andrade en su calidad de apoderado dentro del sucesorio que adelanta respecto del extinto padre de los hermanos Aguirre Campos.

"Pues el abogado Eduardo Casilimas Andrade en primer término se apoderó de cánones de arrendamiento percibidos de apartamentos pertenecientes a los bienes de la sucesión y ubicados en la carrera 1ª números 8-72/50/56/60/64/68 de Facatativá, Cundinamarca, desde el año de 1982 hasta el año de 1988, negando la recepción de los mismos a los herederos, consistentes en la suma de un millón de pesos aproximadamente.

"En segundo término, el mismo apoderado Eduardo Casilimas Andrade, según consta, recibió indemnización correspondiente a la expropiación que hiciera el Ministerio de Obras Públicas respecto de terrenos ubicados en la localidad de Facatativá, Cundinamarca, para la construcción de carretera, la que consistió en la suma de un millón novecientos mil pesos, que debía formar parte de los ingresos de la sucesión, desde el momento en que fueron recibidos, junio 23 y 27 de 1983 (fls. 138 II c. o.).

"No entrando de este modo el monto de los cánones de arrendamiento y el valor de la indemnización por expropiación a la masa de bienes de la sucesión" (fls. 324 c. o. 2).

2. El Juzgado Penal Municipal de Facatativá, por auto de 18 de mayo último estimó en primer lugar que respecto de los cánones de arrendamiento, que se entregaron cada mes en sumas de hasta $10.000.00 se trata de un concurso de contravenciones, de acuerdo a lo expuesto en la *Ley* 23 de 1991. En segundo lugar, estimó que referente a la indemnización por expropiación, el dinero se entregó en Santafé de Bogotá, ciudad donde además tiene oficina de Abogado el sindicado. Así, en cuanto a lo primero, ordenó expedir copias a las autoridades de Policía, y respecto al segundo punto, dispuso la remisión del proceso a Santafé de Bogotá (fls. 317 y 318-2).

El Juzgado 62 Penal Municipal, mediante auto de 23 de junio, aceptó esa colisión, pues en su sentir no es el competente para conocer del proceso (fls. 324 y ss.-2). Dice el Juzgado que las apropiaciones provenientes de los arrendamientos no pueden separarse, "cuando precisamente el apoderamiento de dineros por parte de Casilimas Andrade se hicieron (*sic*) con fundamento en un *Poder* o *Mandato* dado por los herederos, del cual se abusó, generando un detrimento en el activo precisamente del *Sucesorio*..." (cursivas del original). De otra parte, enfatiza el Juzgado que el fruto de los arrendamientos y de la expropiación no lo entregó el acusado a la sucesión, no obstante haber sido requerido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, despacho donde cursa el proceso de sucesión.

"Significa lo anterior que la ejecución material del hecho se suscitó cuando precisamente Casilimas Andrade desatendió el requerimiento de sus poderdantes y del Juzgado mismo, pues si bien como lo indica el Juzgado Penal Municipal de Facatativá, los cheques fueron recibidos en la ciudad de Bogotá, debían ser entregados al Juzgado de Facatativá donde se adelantaba el sucesorio por ser allí donde reposaban los bienes del sucesorio y ser la residencia de los herederos, entrega que de haberse suscitado, correspondería a un correcto actuar del apoderado es más diligente (*sic*), no pudiéndose endilgar responsabilidad alguna por la mera recepción de esos dineros".

Así ordenó la remisión del proceso al Juzgado Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, a fin de que se desatara el conflicto.

El Juzgado 17 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, estimó correctamente que como en la colisión de competencias estaban trabados despachos pertenecientes a diversos Distritos Judiciales (Santafé de Bogotá y Cundinamarca), le compete dirimir el conflicto a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, adonde remitió las diligencias.

Procede, pues, decidir aquí de plano.

Se Considera

El Juzgado Penal Municipal de Facatativá carece de razón cuando por la apropiación de *cada mes* que se denuncia, forma una conducta delictuosa autónoma. No: si bien es cierto que *cada mes* el sindicado recibió dineros por el correspondiente canon de arrendamiento, lo evidente y palpable es que -de ser cierta la imputación-, la apropiación de *todos* esos dineros emerge cuando, una vez que es requerido para su entrega al sucesorio, se niega a tal cosa, resultando entonces en principio un solo delito de abuso de confianza. Para el efecto téngase en cuenta lo resaltado por el Juzgado 62 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, en el sentido de que el acusado obraba por virtud de un contrato de mandato (fls. 84 y 90-1), y que en razón de éste es que aparece recibiendo mes a mes los dineros de los arrendamientos, en cuantía cercana a novecientos mil pesos.

Ahora bien: esos dineros los recibió el implicado en Facatativá (fls. 27 y 199 del cuaderno 1: 14 y 44-2) y también allí debió entregarlos; en cuanto a los dineros derivados de la expropiación los reclamó en Santafé de Bogotá (fls. 77 y ss.-2). Siendo cierto que el delito de abuso de confianza se consuma cuando y donde ocurra la apropiación (no cuando y donde deba devolverse la cosa, como razona el referido Juzgado), de todos modos el Código de Procedimiento Penal consagra la competencia a prevención (artículo 80), ordenando que cuando el delito se haya cometido en varios sitios, o en lugar incierto, conocerá el funcionario judicial donde se haya formulado la denuncia, "o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción". Aquí una y otra cosa se realizaron en Facatativá (fls. 1 a 71-1), lo cual quiere decir que la competencia para conocer de este proceso radica en el Distrito Judicial de Cundinamarca.

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

RESUELVE:

Declarar que la competencia para conocer de este asunto radica en el Distrito Judicial de Cundinamarca. En consecuencia, vaya el proceso al Juzgado Penal Municipal de Facatativá y dése aviso de esta decisión al Juzgado 62 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, adjuntando copia de este auto.

Cópiese, 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 Cortés Carrica, Secretario.

PREVARICATO POR ACCION/PRUEBA PERICIAL

El artículo 149 del Código Penal que describe el delito de prevaricato por acción, tipifica la conducta del empleado oficial que profiera resolución de acusación o dictamen manifiestamente contrario a la ley. El juez no está obligado a acogerse al dictamen pericial que en forma ostensible se aparta de la verdad que revela el proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8562.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta Nº 86 (22-09-93)

Santafé de Bogotá, D. C, 30 de septiembre de 1993.

Vistos

Por vía de apelación revisa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la cual condenó al doctor Carlos Julio Mejía Clavijo exJuez Ochenta y Uno Penal Municipal de esta misma ciudad, por el delito de prevaricato por acción, imponiéndole la pena principal de un (1) año de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, el pago de perjuicios materiales y morales causados con la infracción en cuantía equivalente a treinta (30) y diez (10) gramos oro, respectivamente, y se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos

El doctor Carlos Julio Mejía Clavijo, en su condición de Juez Ochenta y Uno Penal Municipal de esta ciudad, conoció de una denuncia penal que por el delito de invasión formuló el señor Alintar Aldana González contra Jorge Eliécer Hernández y Marleny Gutiérrez Sánchez, siendo objeto material de ese delito el lote de terreno, casa y demás mejoras distinguidos con el número 5 de la manzana B loteo Villaluz, con cédula catastral Nº 20014, del barrio Lucero Alto, sector Tunjuelito de Bogotá.

El citado inmueble fue prometido en venta según contrato de diciembre 3 de 1985, por su propietaria Obdulia Parra de Vargas a Jorge Eliécer Hernández y Marleny Gutiérrez Sánchez.

Posteriormente Jorge Eliécer Hernández suscribió contrato de permuta con su querellante Alintar Aldana González, conforme al cual aquél daba a éste el inmueble en mención y el último daba a cambio al primero otro lote de terreno ubicado en el sector de Jerusalén, pactándose que la escritura pública le extendiera la propietaria a favor de Aldana, previo pago de $230.000 que a aquélla se le adeudaban, por lo cual, una vez cancelados, la señora Obdulia Parra de Vargas suscribió la Escritura Nº 1526.

El Juez Mejía Clavijo, luego de indagar al querellado Hernández le resolvió la situación jurídica en providencia de febrero 8 de 1990, dictándole medida de aseguramiento de caución prendaria, y en el mismo auto dispuso la restitución del inmueble como restablecimiento del derecho a Alintar Aldana, como así sucedió.

El señor Aristóbulo Sánchez denunció penalmente al Juez Ochenta y Uno Penal Municipal, al considerar que había incurrido en el delito de prevaricato por acción.

Actuación Procesal

Iniciada la investigación penal, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá oyó en diligencia de indagatoria al juez acusado y le resolvió la situación jurídica decretando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin libertad provisional.

Recurrida que fue esta determinación, la Corte decidió confirmar el auto de detención y modificar la providencia en el sentido de otorgar al procesado la libertad provisional.

Cerrada la investigación, el Tribunal en providencia de marzo 25 de 1992 profirió resolución de acusación contra el doctor Carlos Julio Mejía Clavijo, por el delito de prevaricato por acción, al considerar que el juez acusado dictó un auto manifiestamente contrario a la ley al resolver la situación jurídica de Jorge Eliécer Hernández con medida de aseguramiento y ordenando el restablecimiento del derecho cuando no se había producido el delito de invasión.

En la etapa del juicio se trajo a los autos, fotocopia autenticada del proceso seguido contra Jorge Eliécer Hernández por el delito de invasión. En la audiencia pública la Fiscal Delegada solicitó la condena del doctor Carlos Julio Mejía Clavijo, por considerar que de la prueba recaudada se concluye que existe la evidencia de la comisión del delito de prevaricato por acción y de la responsabilidad penal a título de dolo en cabeza del procesado.

El doctor Mejía Clavijo, intervino en el debate público para alegar que el señor Hernández, a quien indagó, es una persona dada a mentir, que el auto que se señala como contrario a la ley reunía los requisitos de un interlocutorio, el cual no fue recurrido por ninguno de los sujetos procesales, y que al recibir el juzgado lo encontró con treinta mil procesos, por lo que le fue imposible dedicarse a fondo a cada uno de ellos y de ahí que se pudiera desprender de sus decisiones, irregularidades que podían ser subsanadas con los recursos que otorga la ley. El defensor solicitó la absolución de su representado alegando que en el comportamiento de éste estuvo ausente el dolo.

Sentencia Recurrida

El Tribunal consideró que con los medios de prueba que obraban en el proceso de que conoció el acusado no era posible dictar medida de aseguramiento en contra del procesado y menos disponer la restitución del inmueble como se hizo, pues la versión del querellante no podía ofrecer suficiente credibilidad para edificar sobre ella una medida de aseguramiento, ya que se encontraba desacreditada por la prueba documental al decir que había recibido el inmueble en posesión desde la fecha de suscripción del documento de permuta, pues este documento aparece suscrito el 10 de noviembre de 1986, conviniéndose la entrega del lote de Jerusalén en la fecha del contrato, mientras que la del otro lote, el de Villaluz, se realizaría en marzo 10 de 1987.

El testimonio de Obdulia Parra de Vargas tampoco ofrecía mérito suficiente para el efecto, pues del contenido mismo de la querella se infería que ella había entregado desde diciembre 3 de 1985 la posesión real y material de ese lote a Jorge Eliécer Hernández, luego mal podía sostener que sólo cuando se extendió la Escritura Pública Nº 1526 en mayo 27 de 1987 a favor de Alintar Aldana González entregó ella esa posesión, que en realidad detentaba ya para entonces el querellado Hernández.

Para el momento en que se resolvió la situación jurídica al imputado Hernández ni siquiera se tenía conocimiento de la fecha de ocurrencia de esa supuesta invasión, máxime cuando el procesado sostuvo en su injurada que luego de ver el lote de Jerusalén, y antes de transcurrir 24 horas de suscrito el documento de permuta, avisó a Aldana que no haría negocio por no estar conforme con el bien y seguiría viviendo en su predio, situación que el juez procesado no desconocía pues le había formulado una pregunta donde puso de presente esa alegación, más concretamente cuando le cuestionó que cuál consideraba que era su comportamiento al no haber aceptado el negocio, no haber pagado a su dueña el valor del lote y seguir viviendo en el mismo.

El *a quo* considera, que es incuestionable que el proveído de febrero 8 de 1990 que resolvió la situación jurídica a Hernández y dispuso la restitución del inmueble en disputa, corresponde a una decisión manifiestamente contraria a la ley, vale decir que no era viable dar aplicación a los artículos 414 y 415 del Código de Procedimiento Penal, vigente para aquél entonces, luego el comportamiento del procesado se adecua a la descripción típica del artículo 149 del Código Penal -prevaricato por acción.

En cuanto a la autoría y consiguiente responsabilidad penal, el acusado en su injurada dijo que él no había cometido ningún delito porque al dictar el auto contaba con la confesión del indagado, situación que no corresponde a la realidad pues eso no ocurrió durante la indagatoria de Hernández.

Para el Tribunal es indudable que los Juzgados Penales Municipales por ese entonces se encontraban recargados de trabajo. No obstante tal situación no era óbice para que el acusado adoptara una decisión conforme a derecho como que estaba ante un proceso que apenas comenzaba y los medios de prueba no eran abundantes ya que estaban constituidos apenas por la querella, un testimonio, una inspección judicial y alguna prueba documental que incluso desvirtuaba lo dicho por el querellante.

De consiguiente es innegable que el ahora procesado al momento de proferir el auto que es manifiestamente contrario a la ley lo hizo en forma dolosa, pues muy contraria-

mente a lo alegado por su defensor, en esta clase de delitos el dolo se colige de la propia intensidad de contrariedad entre la ley y lo decidido o resuelto.

El ánimo doloso en el actuar del inculpado es tan evidente, que no obstante contar en el proceso contra Hernández con medios de prueba según los cuales no se había cometido el delito de invasión por parte del querellado, el doctor Mejía Clavijo en el auto que le resolvió la situación jurídica a aquél sostiene situaciones que las pruebas no acreditan, pues el procesado en su injurado no confesó el delito de invasión, y luego de leerle el contenido de la denuncia, dijo que eso era cierto, refiriéndose como seguidamente lo aclara, el documento de permuta que había suscrito con Aldana, el cual en su concepto no tenía validez porque le había avisado a éste, antes de transcurrir las 24 horas de haber sido suscrito ese contrato, que ya no había negocio.

Estima que el procesado Mejía Clavijo sostuvo en el proveído cuestionado todo aquello cuanto quería que la prueba dijera pero que en realidad esos mismos medios de prueba no demostraban, máxime cuando la prueba documental ponía en tela de juicio el dicho del querellante, como que en el contrato de permuta no se dijo que en esa misma fecha se le hacía entrega de la posesión real y material del bien a Aldana sino en fecha posterior.

Sostiene que el dolo se puede deducir, además, de las siguientes circunstancias procesales:

El interés que puso el juez en ordenar, en el mismo auto de apertura de la investigación, la inmediata suspensión de obras o mejoras dentro del predio de la invasión, decisión que no era de su incumbencia, pues sólo podía contrar su interés en determinar si se había producido o no realmente el hecho punible denunciado. Este comportamiento del procesado, "es susceptible de interpretarse como muestra de que se dejó instrumentar no sólo para lanzar arbitrariamente del predio a Hernández, sino para procurar evitar, con la orden de suspensión de obras, que eventualmente se tuviera que pagar un precio más alto por las mejoras que hubiera allí".

La autoritaria posición que asumió en el auto de mayo 16 de 1990 al observar que la Inspección 19-C Distrital de Policía no ejecutó la orden que le había impartido a través de un comisorio, pues es evidente que se abstuvo en abril 20 de 1990, de cumplir esa orden de físico desalojo y arbitraria entrega porque le fueron presentados documentos y se le hicieron manifestaciones verbales que indicaban que Hernández ejercía la posesión del inmueble desde bastante tiempo atrás, lo cual debería haber llamado la atención del doctor Mejía Clavijo como para que pusiera mayor atención a la credibilidad de querellante, que quedaba claramente cuestionada ante lo verificado por la Inspección, aparte de que esa antigua ocupación del predio por parte de Hernández podía significar que el tiempo legalmente previsto para formular querella había precluido y no podía adelantarse acción penal por el fenómeno de la caducidad.

Consideró el Tribunal, que se está en presencia de un comportamiento perfectamente típico, antijurídico y culpable, reuniéndose en consecuencia los requisitos exigidos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria.

Teniendo en cuenta la clase de delito, la personalidad del inriminado -esto es que se trata de un profesional con hogar debidamente conformado, carente de antecedentes judiciales-, la no presencia de ninguna circunstancia de agravación en su conducta, concluye el Tribunal que la pena aplicable debe ser la mínima legalmente prevista -un año de prisión e interdicción por igual tiempo-.

Por estar reunidas las exigencias del artículo 68 del Código Penal, se concede al inriminado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, pues la pena no excede de tres años de prisión y la naturaleza del reato, la personalidad y antecedentes de todo orden permiten inferir que el procesado no requiere de tratamiento penitenciario.

En cuanto a los perjuicios causados con el delito, el *a quo* tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 103 a 107 del Código Penal, fija los materiales en 30 gramos oro y los morales en 10 gramos oro. Por considerar que no resulta acogible el dictamen del perito que se designó para justipreciarlos ya que es innegable que la actuación antijurídica del juez procesado lesionó en sus intereses personales a Jorge Eliécer Hernández, pues éste se encontraba disfrutando de una posesión quieta, tranquila y pacífica del bien inmueble aludido, el cual, dicho sea de paso, no había pagado en su totalidad a su propietaria, pero fue despojado arbitrariamente de dicha posesión, viéndose de un momento a otro sin el techo bajo el cual habitaba con su esposa e hijos, con sus escasos muebles y enseres depositados en la vía pública.

Fundamentos de la Impugnación

En su oportunidad, el defensor del exfuncionario acusado manifiesta su inconformidad con la sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Sostiene que en el presente proceso no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, y sin embargo, se profirió sentencia condenatoria contra su representado.

Aduce que a pesar de que en concepto del perito designado, en el caso sometido a su estudio no se ocasionó ningún perjuicio, en la sentencia se condenó al pago de perjuicios morales y materiales en favor de un señor que nada tiene que ver con este proceso.

Agrega que el Tribunal pasó por alto la conducta del señor Jorge Eliécer Hernández, quien mediante contrato de permuta celebrado el 10 de noviembre de 1986, le entregó a Alintar Aldana González la posesión del lote de Villaluz junto con las mejoras en él construidas, y posteriormente, el día 15 de marzo de 1988 mediante Escritura Pública número 3421 hizo venta del mismo inmueble y de las mismas mejoras a Aristóbulo Sánchez Futinico. Esta actuación, entre otras, fue el fundamento para que su defendido tomara la medida que ahora es considerada como prevaricadora.

En escrito presentado posteriormente ante esta Corporación, el señor defensor insiste en que no es cierto que en el proceso exista la plena prueba exigida para condenar, lo que está acreditado es que el procesado, al dictar el auto de febrero 8 de 1990, actuó con plena creencia y conciencia de que le estaba dando correcta interpretación y aplicación al artículo 16 del Decreto 050 de 1987, por ende, como medida provisional

ordenó la restitución del inmueble, pues la citada norma autorizaba al juez para tomar esa medida en cualquier estado del proceso, sin que fuese necesario llegar a la sentencia para poder adoptar tal determinación, según se desprende del pensamiento de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal anterior.

Respecto al dolo, expresa que es bueno aclarar que la premisa tenida en cuenta en la sentencia, no debe siempre aplicarse puesto que si un funcionario emite una providencia contraria a la ley, "pero se sabe que lo hizo por inadvertencia, ignorancia, mala información u otra causa análoga, no incurre en prevaricato. No son los errores del funcionario lo que se sanciona penalmente sino sus dolosas violaciones de la ley.

El auto cuestionado dictado por el doctor Mejía Clavijo es interlocutorio, a la luz del artículo 15 del C. de P.P. vigente para la época, tiene doble instancia, por consiguiente, si el sindicado o su defensor no estaban de acuerdo con él tenían el recurso de apelación, derecho que ninguno de ellos ejerció a pesar de que la providencia fue legalmente notificada, conducta negativa que da a entender que estaban totalmente conformes con las medidas adoptadas por el juez acusado.

Expresa que no sobra recordar que Hernández, rindió indagatoria el 21 de septiembre de 1989 y la situación jurídica se le definió en febrero 8 de 1990, entonces debe descartarse de plano la existencia de simpatía o animadversión del juez hacia cualquiera de las partes en el proceso.

Al rendir indagatoria Hernández, dice que conoce el motivo de la diligencia, niega haber celebrado contrato alguno con el denunciante y por lo tanto ignora por qué lo denunció. Al ser leída la denuncia contestó: "Si todo lo que dice ahí pasó doctor...". Además, reconoce como ciertos el contenido y firma de los documentos obrantes y que aparecían por él. Si el doctor Mejía Clavijo, al dictar el auto pudo equivocarse en la interpretación del citado artículo 16, y si bien pudo incurrir en error, ello permite afirmar que su proceder es objetivamente típico para el delito de prevaricato por acción, pues la decisión comentada es manifiestamente contraria a la ley, pero no es posible sostener que al firmar el auto interlocutorio tuviera conciencia y voluntad de obrar contrariando ostensiblemente las formas legales. Por ello su conducta no es típica por ausencia de dolo, única forma de culpabilidad que admite el delito que se le imputa.

Concluye, que el sindicado no actuó con intención de realizar una conducta violatoria del derecho protegido penalmente; es tan evidente la buena fe con que actuó, que ordenó la apertura de la investigación con el fin de poder hallar la verdad de los hechos. Al no existir la intención en el actuar, es obvia la inexistencia del delito por ausencia de su culpabilidad.

Respecto de los perjuicios, estima que se debe tener en cuenta que el dictamen indica que no hay perjuicios. No obstante estar ejecutoriado ya que jamás se pidió ninguna aclaración o adición, en la sentencia se condena por este concepto al procesado.

Agrega, que Hernández mediante su conducta delictuosa en dos ocasiones enajenó ese mismo inmueble y mejoras, y la sentencia en lugar de reprochar ese comportamiento, lo premia haciéndolo beneficiario de unos perjuicios, lo que estima ilegal e injusto.

Solicita revocar en todas sus partes la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte

El artículo 149 del Código Penal que describe el delito de prevaricato por acción, tipifica la conducta del empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley.

En este caso cuando el Juez Carlos Julio Mejía Clavijo produjo la providencia objeto de crítica, disponía de los siguientes elementos de juicio:

1. Denuncia y ratificación por parte de Alintar Aldana en la que afirma que Jorge Eliécer Hernández, aprovechando una ausencia suya del inmueble que le había cedido en permuta y adquirido por escritura pública de su legítima propietaria, lo invadió y ocupó, despojándolo de la posesión y propiedad legítima que ostenta, siendo vanos sus requerimientos para que lo desocupe.

2. Copia de la promesa de compraventa del inmueble suscrita por Obdulia Parra de Vargas -vendedora- y Jorge Eliécer Hernández y Marleny Gutiérrez -compradores-, celebrada el día 3 de diciembre de 1985, en la cual consta que la primera le hace entrega a los segundos del bien ubicado en la Vereda Tunjuelito.

3. Contrato de permuta, en el cual se estipuló en una de sus cláusulas que el lote de Jerusalén que cedía Aldana a Hernández, se entregaba en la fecha del contrato-noviembre 10 de 1986- y el otro, el de Tunjuelito, el que permutaba Hernández, el 10 de mayo de 1987, es decir cuatro meses después de esta fecha. Este negocio en últimas no se efectuó por estimar Hernández que el predio que iba a recibir a cambio no le convenía, por lo que optó por exigirle a Aldana en defecto del lote de Jerusalén la suma de $200.000.00, pero como éste ofrecía solamente $150.000.00, surgieron divergencias entre los contratantes.

4. Copia de la Escritura Pública N° 1526 de mayo 27 de 1987, en la que consta la venta del inmueble hecha por Obdulia Parra de Vargas a favor de Alintar Aldana González, se expresa en la cláusula cuarta que se le hace al comprador entrega real y material de lo vendido, empero en la práctica eso no se cumplió, puesto que la vendedora Obdulia Parra, desde el 3 de diciembre había entregado el inmueble a Eliécer Hernández y éste se rehusaba a entregar hasta que se le reconocieran las mejoras.

5. Inspección Judicial practicada en el inmueble objeto de controversia, encontrándose allí a la hermana de Marleny Gutiérrez Sánchez, quien dijo que el bien estaba ocupado por Hernández y Marleny.

6. Declaración de María Obdulia Parra de Vargas, en la que afirma, "La posesión del lote la tenía el señor Hernández, y cuando le hice la escritura al señor Aldana le entregué la posesión, y el señor Hernández dijo que desocupaba..., y ahora me dicen que tiene invadido el lote y se niega a entregarlo...".

7. Injurada del sindicado Hernández, quien afirmó enfáticamente "han venido varias veces a sacarme del lote de terreno donde vivo y el señor Alintar Aldana, porque dice que ese lote es de él, y yo no lo entrego porque le h (sic) metido mejoras... yo le he dicho al señor Alintar que me pague las mejoras... quiero hablar con Alintar Aldana, para ver si me reconoce las mejoras y yo le entrego el lote (sic)... dijo Alintar que me reconocía ciento cincuenta mil pesos y que le desocupara y yo le decía que me diera doscientos mil pesos... pero él no quiso y fue cuando se puso el denuncio contra mí... yo seguí viviendo allá...".

Aparece claro de una simple lectura realizada sobre el expediente radicado en el Juzgado Ochenta y Uno Penal Municipal, que los distintos elementos de juicio allegados al mismo, antes que demostrar inequívocamente la existencia del delito de "invasión hablan con elocuencia de su no estructuración, por lo que la decisión adoptada por el doctor Carlos Julio Mejía Clavijo resultaba abiertamente ilegal, en sustento de la cual, basta con reiterar, que para el momento procesal en que se resolvió la situación jurídica del sindicado y se ordenó la restitución del inmueble en disputa, aparecían demostrados sin duda alguna los siguientes hechos: Alintar Aldana nunca tuvo la posesión real y material del inmueble que se ordenó restituir a su favor, y Jorge Eliécer Hernández desde que tomó la posesión del mismo -diciembre 3 de 1985, no la interrumpió, sino que vino a perderla cuando se le quitó por la Fuerza Pública al cumplirse la diligencia de restitución ordenada por el Juez acusado -julio de 1990-.

No se trata de un simple error como lo sugiere el exjuez investigado y su defensor, sino que se levanta, como aspecto que irrita la mirada del más desprevenido lector, que, el acusado no se ajustó en ningún momento a la amplia facultad de que estaba investido como funcionario en la valoración de los hechos y de las pruebas, al ir más allá, desconoció maliciosa e imperdonablemente la realidad del proceso, para determinar con argumentaciones acomodaticias apoyadas en una presunta confesión del delito por parte de Hernández, la cual no tuvo ocurrencia, que había que decretarse medida de aseguramiento, consistente en caución prendaria, sobre la inexacta afirmación de que el hecho era constitutivo de delito, con la lesiva consecuencia, que se materializó, de ordenar la restitución del inmueble al propietario del mismo Alintar Aldana González.

Es evidente que la afirmación del recurrente, en el sentido de que no existe en el proceso la prueba exigida para condenar, carece de fundamento, pues nos encontramos ante una clara violación de la facultad legal de analizar la prueba con el único fin de imponer el capricho del procesado en notoria rebeldía con los textos legales.

No estando probada la existencia del delito que se le imputa al procesado Hernández, ni probable responsabilidad como autor o partícipe del mismo, la medida de aseguramiento de caución prendaria que le fue impuesta resulta manifiestamente contraria a la ley, porque no se reunían los elementos sustanciales y formales exigidos por los artículos 414 y 415 del Código de Procedimiento Penal que regía para la época de los hechos que aquí se investigan.

No hay duda que la afirmación del defensor, en el sentido de que el doctor Mejía Clavijo ordenó la restitución del inmueble a su "legítimo poseedor" Alintar Aldana, no coincide con la realidad procesal, pues las pruebas en ningún momento demuestran que el sindicado Hernández desocupó el predio y luego lo invadió, siendo ya propietario y poseedor Aldana, como tampoco es posible concluir que el juez actuó con plena conciencia y creencia de que estaba dando correcta interpretación y aplicación al artículo 16 del Decreto 050 de 1987, pues de una parte la "invasión", como tal no tenía ningún respaldo probatorio, y de otra no podía tomar una medida definitiva anticipándose al resultado de la investigación, lo que hace desatinados los planteamientos del defensor y por el contrario cobra vigencia lo sostenido por esta Corporación para cuando confirmó la medida de aseguramiento impuesta a Mejía Clavijo.

Al Respecto Dijo la Corte

"La norma no ofrece ninguna duda al señalar, que 'El juez resolverá las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho punible, cuando por su naturaleza sea posible', a nadie que obre correctamente, se le ocurre pensar que afirmar que existió 'invasión' y por lo tanto ordenar la restitución del bien, es un problema 'extrapenal', pues ese es el verbo rector del tipo imputado (artículo 367 C.P.).

"Además al decir que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de la comisión del hecho punible; no deja posibilidad de que se piense en algo distinto a 'conducta típica, antijurídica y culpable', de manera que si el asunto extrapenal depende de que se pruebe la existencia del 'hecho punible -si es posible resolverlo definitivamente esto no podrá ser antes de la sentencia-. Otra cosa es que ante situaciones ostensibles de ilegalidad, el juez tenga que tomar decisiones provisionales que impidan su prolongación.

"Es evidente que la medida de aseguramiento, siendo en ese momento un atropello contra el sindicado, no colmaba el verdadero interés del querellante, que no era otro que despojarlo del inmueble, pretensión para cuyo logro se prestó el juez, utilizando arbitrariamente su poder, y traicionando la confianza que el Estado le depositó al designarlo para el cumplimiento de tan importante misión".

Para la Sala, la sencillez y lo elemental del caso sometido a consideración del acusado con suficiente conocimiento en materia jurídica, así como el flagrante desconocimiento objetivo de los elementos de juicio con evidente apartamiento de las previsiones legales, sólo se explica con la presencia de dolo en su actuación.

No se puede pasar por alto que el juez acusado resolvió proferir el auto manifiestamente contrario a la ley, sin tener conocimiento de la fecha en que había ocurrido la presunta invasión, delito que requiere querella de parte, y por ende es susceptible del fenómeno de la caducidad, luego es evidente que tampoco contaba con elementos de juicio que le permitieran determinar si el término legalmente previsto para formular la querella había precluido o no, circunstancia de la que sólo vino a percatarse al calificar el mérito del sumario, cuando ya se había cumplido por el Inspector de Policía comisionado, la arbitraria orden de desalojar del predio al querellado.

El dolo es tan manifiesto en autos, que se deduce también de las actuaciones procesales a que alude el *a quo* en la sentencia impugnada, pues es en verdad inexplicable que el juez en lugar de tratar de determinar las circunstancias que eran de su incumbencia, demostró un marcado interés en asuntos que no le correspondían, pues en el mismo auto de apertura de investigación ordenó la "inmediata suspensión de obras y mejoras dentro del predio de invasión".

A lo anterior se auna, la autoritaria posición que asumió en el auto de mayo 16 de 1990, al insistir en el cumplimiento de la orden de entrega del referido inmueble "al propietario legítimo del mismo, señor Alintar Alduna González", la cual se abstuvo de cumplir el Inspector de Policía en abril 20 de 1990, a quien le fueron presentados documentos y se le hicieron manifestaciones verbales que indicaban que Hernández

ejercía la posesión de inmueble desde bastante tiempo atrás. Sin embargo, ningún esfuerzo se notó en la actuación del funcionario para remediar en parte su decisión arbitrariamente contraria a la ley.

Fallido resulta el esfuerzo del defensor que alega ausencia de dolo en la conducta del acusado, pues la actuación contraria a la ley es manifiesta, y la deliberada tergiversación de la verdad procesal demuestran de manera ostensible la presencia del mismo.

De las anteriores consideraciones surge con meridiana claridad los presupuestos requeridos para proferir sentencia de condena, esto es, la certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado, por lo cual la Sala confirmará el fallo impugnado, con la observación de que la concesión del subrogado penal ha debido otorgarse únicamente para la pena privativa de la libertad, dejando de efectivo cumplimiento la interdicción de derechos y funciones públicas, modificación que no es posible en este proveído por ser el procesado recurrente único.

Las críticas que hace el letrado a la condena en perjuicios causados con el delito carecen por completo de razón, pues está plenamente demostrado en el proceso que la actuación antijurídica y arbitraria del juez procesado lesionó en sus intereses personales a Jorge Elíecer Hernández, quien se encontraba disfrutando de una posesión quieta, tranquila y pacífica del bien inmueble aludido, de la cual fue despojado arbitrariamente, luego resulta desatinado afirmar que tal condena se profirió "en favor de un señor que nada tiene que ver con el proceso".

Ahora bien, el *a quo* ante la realidad procesal, en forma acertada decidió apartarse del dictamen del perito que señaló que en el caso sometido a su estudio no se ocasionó ningún perjuicio, por ello acogiéndose a lo preceptuado en los artículo 103 a 107 del Código Penal, fijó prudencialmente los perjuicios materiales y morales en 30 y 10 gramos oro. Al respecto cabe recordar al señor defensor, que el juez no está obligado a acogerse al dictamen pericial que en forma ostensible se aparta de la verdad que revela el proceso.

El hecho de que Jorge Elíecer haya enajenado en dos oportunidades el mismo inmueble, no tiene ninguna incidencia capaz de desvirtuar el perjuicio ocasionado con la infracción, pues es evidente que su vinculación al proceso fue por un presunto, punible de invasión que no se demostró y no por conductas que aún en el evento de que sean reprochables, no guardan ninguna relación con este delito.

La condena en perjuicios se ajusta a derecho y por ello será confirmada.

Como hay elementos de juicio que indican la posibilidad de que el querellante Alintar Aldana González, en el proceso contra Jorge Elíecer Hernández, haya incurrido en un punible de falsas imputaciones ante las autoridades, por Secretaría se compulsarán las copias pertinentes con destino a la Fiscalía Delegada ante los Jueces del Circuito de Santafé de Bogotá, para que si lo tiene a bien adelante la investigación que corresponda.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en contra del doctor Carlos Julio Mejía Clavijo.

2. Compulsar las copias ordenadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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 Cortés Garnica, Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL

Los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal (subrogado de libertad condicional) exige para su procedibilidad, factores distintos a la libertad provisional prevista en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, como son los antecedentes de todo orden, su buena conducta en el establecimiento carcelario y personalidad, que permitan al juzgador suponer fundadamente su readaptación social.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8558.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 088.

Santafé de Bogotá, D. C., 30 de septiembre de 1993.

Vistos

El apoderado del procesado Jaime Castañeda, que se halla detenido en la Cárcel Nacional del Circuito de El Espinal, Tolima, solicita el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, por considerar satisfechos los requisitos del artículo 72 del Código Penal, para lo cual anexa certificado de trabajo, acta del Consejo de Disciplina y cartilla biográfica.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Ibagué, mediante sentencia de fecha 14 de octubre de 1992, condenó a Jaime Castañeda a la pena privativa de la libertad de cuarenta y dos (42) meses de prisión como coautor responsable del delito de concusión, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo del 11 de febrero del corriente año, el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

Jaime Castañeda se halla privado desde el 28 de agosto de 1991, es decir, ha descontado efectivamente de la pena veinticinco (25) meses y dos (2) días. Por trabajo

acredita 5.536 horas, que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, le representa una redención equivalente a once (11) meses y dieciséis (16) días, para un acumulado de treinta y seis (36) meses y dieciocho (18) días, superiores a las dos terceras partes de la sanción.

El Juez de primera instancia en la sentencia, para tasar la pena ya señalada, puntualizó que "Para Jaime Castañeda, hemos de partir de dos (2) años y de acuerdo a lo ordenado por el artículo 26, por varias, sucesivas y repetidas conductas, es decir, por haber infringido con varias acciones, varias veces la misma disposición, conlleva un aumento hasta en otro tanto. Advirtiendo el abuso contra la administración pública, el aprovechamiento de la confianza depositada para que cierra ejemplo en la administración del penal y que debe reprimirse con severidad, actitudes que van en desmedro de aquella, dicho aumento ha de tasarse en un año y medio, es decir, dieciocho (18) meses, para total de sanción de prisión, que debe pagar en el establecimiento carcelario que determine la Dirección General de Prisiones de cuarenta y dos (42) meses...".

El Tribunal Superior de Ibagué en providencia de fecha 26 de abril del corriente año, cuando el procesado ya acredita el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, le negó el beneficio de libertad provisional, en atención a que "El señor Jaime Castañeda es procesado por concusión cometido en perjuicio directo y concreto de particulares privados de libertad a cuyo cuidado y dirección estaban (aparte del perjuicio recibido por el Estado, la sociedad y la Administración Pública), en forma reiterada (concurso homogéneo y sucesivo) llegando hasta la desviación de un obsequio que intentaban para uno de sus inferiores, así el breve tiempo de internamiento no ha sido suficiente para la readaptación social de la persona a cuyo nombre se pide...".

Considera la Sala que el procesado Jaime Castañeda tiene derecho al beneficio solicitado por su apoderado ya que, la gravedad del hecho solamente puede ser objeto de análisis en los fallos de instancia al momento de la dosificación de la pena y para conceder o negar el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Entonces, la petición del apoderado del procesado debe mirarse de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal (subrogado de libertad condicional) que exige para su procedibilidad, factores distintos como lo son los antecedentes de todo orden, su buena conducta en el establecimiento carcelario y personalidad, que permitan al juzgador suponer fundadamente su readaptación social.

Siendo así que el procesado Jaime Castañeda no registra antecedentes penales ni contravencionales, que su conducta dentro del establecimiento carcelario ha sido calificada como ejemplar y las actividades desarrolladas por él en la cárcel del Circuito Judicial de El Espinal, Tolima, satisfactorias, constituyen todos ellos elementos de juicio suficientes que permiten a la Sala suponer fundadamente su readaptación social y por ende, viable la petición de libertad provisional que demanda su apoderado. Por lo tanto, deberá prestar caución prendaria por la suma de trescientos mil pesos ($300.000) que consignará a favor del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Ibagué y la suscripción de diligencia de buena conducta y compromiso al tenor del artículo 419 *ibidem*.

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

RESUELVE:

1. *Conceder* al procesado Jaime Castañeda el beneficio de libertad provisional, previa caución prendaria por la suma de trescientos mil pesos ($200.000.00) que consignará a favor del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Ibagué y la suscripción de diligencia de buena conducta y compromiso al tenor del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

2. Satisfechos los anteriores requisitos se *librará* la correspondiente boleta de libertad con la advertencia de que sólo producirá efectos en el evento de no ha larse solicitado por otra autoridad y en razón de asuntos diferentes.

3. Para el cumplimiento de esta providencia, se comisiona al Juzgado Primero Penal del Circuito de El Espinal, a quien se le librará la respectiva comunicación telegráfica.

Cópiese, 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 Cortés Garnica, Secretario.

INDICE CRONOLOGICO PROVIDENCIAS

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

PRIMERA PARTE

Pág.

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / EXCARCELACION / AUDIENCIA. No toda irregularidad en la actuación redunda para afectar el debido proceso o el derecho de defensa, siendo indispensable para su reconocimiento la demostración de que se atentó en forma ostensible contra ellos. Conviene resaltar que al juzgado le asistió todo fundamento al negar la excarcelación por el transcurso de seis meses en privación efectiva de libertad, pues si la audiencia no logró realizarse en la fecha dispuesta por el juzgado, la única causa acreditada era atribuible a la defensa que en lugar de atender la convocatoria del Despacho interpuso a ese auto un recurso de reposición que difirió la fecha señalada. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93-07-01. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Alberto Augusto Gantiva. Delito: Homicidio. Radicación No.: 7788. 7

NULIDAD / DEMANDA DE CASACION. La nulidad persigue remediar entuertos que no pueden ser corregidos de otra manera y afecten las garantías fundamentales. No hay que buscar la razón de ser de la nulidad en ella misma. Repetir el procedimiento para llegar al mismo resultado, entorpece la marcha de la administración de justicia, distrayendo su atención en un supuesto inocuo. Con ello no solamente se le rinde culto a la forma en detrimento del derecho material, sino que anula la prontitud y cumplimiento que deben signar su aplicación. Uno de los fines del recurso extraordinario de casación es la reparación del daño inferido a la parte impugnante. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia casación. 93-07-01. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Abnegado de Jesús Reyes Vargas. Delito: Hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas. Radicación No.: 7914. 18

CASACION DISCRECIONAL / DEMANDA DE CASACION. El acceso excepcional al recurso de casación, por la vía del artículo 218 del compendio procesal vigente, requiere no sólo de los requisitos mismos del instituto sino

Pág.

de unos propios que permiten, de un caso vedado para estudiarlo en esta sede extraordinaria, su estudio y fallo consiguiente. Entre los primeros se exige que la impugnación se haga contra una sentencia de segundo grado, que ella se intente dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de dicho fallo, y que el recurso lo impetre el procurador, su delegado o el defensor del procesado. Lo que significa que los demás sujetos procesales, esto es, el fiscal, la parte civil o el tercero civilmente responsable, quedan excluidos de ello, aunque tienen el derecho de participar con su alegato de rigor en su calidad de partes no recurrentes. Teniéndose en cuenta que la razón de ser de esta vía excepcional es el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, también ha de contarse con una fundamentación clara y precisa de tales asertos. Con la brevedad de la sustancia, el actor ha de mostrarle a la Sala la necesidad de su estudio, pues solo de esta manera puede la colegiatura encontrar las razones necesarias para acceder al pedimento. De no ser así, bastaría la simple intención del impugnante para transitar la vía casacional, convirtiéndose lo extraordinario en ordinario, perdiéndose la esencia misma del instituto y con ello, contrariándose la voluntad del legislador. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Casación. 93-07-01. Decisión: Inadmite el recurso. Procedencia: Juzgado 66 del Circuito de Santafé de Bogotá. Acción: Santiago Ocampo Rodríguez. Delito: Lesiones personales. Fuente formal: Decreto 2700/91, artículo 218.3. Radicación No. 8497. 23

PRUEBA/SANA CRITICA. El sistema probatorio penal colombiano no establece un valor predeterminado a cada elemento de convicción sino que el mismo queda librado a la consideración del juzgador siguiendo para ello las reglas propias de su justiprecio. Solo la omisión o apartamiento notorios de tales parámetros o el pretender que la ley fija un mérito inexistente podrían abrir campo a una objeción de esta comentada naturaleza. Mientras el fallador se mantenga dentro de las pautas que señala el criterio de la persuasión racional y obedezca atendiblemente sus postulados, es imposible la prosperidad de un ataque en casación. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-07-01. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Gerardo A. Cerón. Delito: Homicidio. Radicación No.: 7743. 27

DEMANDA DE CASACION/NULIDAD. Cuando dentro de la causal primera, se propone una violación indirecta de la ley sustancial por la inexistencia de errores de hecho en la apreciación probatoria, no es posible predicar que la sentencia fue manifiestamente inmotivada en relación con la responsabilidad de la recurrente pues bien es sabido que el ámbito de tal argumentación es el de la nulidad. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-07-01. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: María Elvira Cortés de Rodríguez. Delito: Falsedad en documento público. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 220. Radicación No.: 7801. 34

Pág.

ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE CONVICCION / DEMANDA DE CASACION. Criticar el grado de convicción de las pruebas, es un planteamiento que corresponde a un error de derecho por falso juicio de convicción. Las pruebas se valoran de acuerdo con la sana crítica, luego tener un criterio valorativo distinto al reconocido por el juez no constituye error demandable en casación. La mezcla indiscriminada de censuras con respecto a una misma prueba, resulta totalmente desafortunada pues no es posible determinar cual es en definitiva la inconformidad del demandante, como tampoco cuál es su pretensión, si la nulidad por transgresión del derecho de defensa y el debido proceso, o violación de la ley sustancial por error de hecho. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-07-01. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior de Tunja. Acción: Javier Alejandro Morales. Delito: Peculado. Radicación No.: 7620..... 45

COLISION DE COMPETENCIA / TERRORISMO. El terrorismo en cualquiera de sus modalidades, busca menoscabar el poder del Estado, a quien enfrenta directamente en cada una de sus manifestaciones, a través de las múltiples modalidades, que ha desarrollado en su carrera delictiva. Por ello, cualquier comportamiento que únicamente persiga golpear intereses privados, queda excluido de la connotación terrorista, signándose su investigación y fallo por las reglas generales de la competencia. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Colisión de competencias. 93-07-01. Decisión: Dirime colisión Procedencia: Juzgado 53 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá. Acción: José López, Rubén García y otro. Delito: Infracción al artículo 12 del Decreto 180/88. Radicación Nº 8514 54

DERECHO DE DEFENSA / EXCARCELACION / CAPTURA. 1. De ninguna manera puede admitirse como garantía del ejercicio del derecho de defensa que se propicie o tolere una situación procesal irregular que podría viciar el trámite. Subsanar una actuación o, aprovechar el cambio de legislación para aumentar las garantías procesales del sindicado antes que una violación, representa la realimentación de la eficacia de tales derechos y principios. Valerse de alguna anomalía para demorar la tramitación de un proceso o para provocar la repetición de actuaciones ya cumplidas que reúnen los presupuestos de ley, y no para que se efectivicen los derechos de las partes en un proceso, es una deslealtad con la administración de justicia. Tal proceder, mal puede considerarse como un recto ejercicio del derecho de defensa; en consecuencia carece de fundamento argüir que impedir tales actitudes coarta la posibilidad de alegar y probar en aras de sostener la presunción de inocencia. 2. Ninguna objeción puede formularse a la decisión de no revocar la orden de captura proferida contra el implicado, por cuanto tiene soporte en un pronunciamiento judicial que dispuso la medida de aseguramiento limitante de la libertad de locomoción que no ha sido modificado. En consecuencia aún cuando el peticionario sustente su solicitud discutiendo los argumentos que dieron lugar a que se le negara la libertad provisional, en tanto esta negativa tenga vigencia procesal, no es posible quitarle eficacia a la orden de aprehensión. Magistrado

Pág.

ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Auto Segunda Instancia. 93-07-02.Decisión: Revoca auto y confirma. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Ernesto Guevara Pinzón. Radicación No. 8484. 58

DOLO / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / *REFORMATIO IN PEJUS*. Intranquiliza si, que a delitos de gravedad y a conductas ilícitas en donde se ha actuado con mucha intensidad en el dolo, con una preparación muy ponderada del delito, con el deliberado propósito de burlar y engañar a la justicia, se le otorgue al delincuente el beneficio de la condena de ejecución condicional, totalmente inmerecido e improcedente. Pero por haber sido el sentenciado en primera instancia el único recurrente, la Constitución y la ley impiden en segunda instancia y en sede de casación, hacer más gravosa la situación del procesado. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-07-06. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior de Cundinamarca. Acción: Ramón Alberto Velasco Forero y otro. Delito: Hurto calificado y agravado. Radicación No. 7892. 65

ACCION DE REVISION. La acción de revisión es un documento extraordinario que permite dejar sin efecto la consecuencia del principio de la cosa juzgada que ampara las decisiones judiciales definitivas. Ello implica rigor en la exigencia no solamente de la causal que se invoque, sino además, y muy particularmente, de la prueba aducida para la demostración de los hechos básicos de la petición; no es pues un alegato más de instancia, sino un mecanismo extraordinario provisto de una técnica que en manera alguna puede ser soslayada. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Acción de Revisión. 93-07-06. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Heriberto Martínez López. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación No. 8530. 74

DICTAMEN / NULIDAD / ERROR DE HECHO. Que no se haya practicado un dictamen para establecer improcedencia de los documentos, no conforme en modo alguno error de hecho por falso juicio de identidad sino que conformaría una nulidad por falta de prueba. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. 93-07-06. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Luis Ernesto Rubio Vivas. Delito: Abuso de confianza. Radicación No. 7721. 78

DEMANDA DE CASACION / INSPECCION JUDICIAL / COAUTOR. 1. El demandante debe demostrar que la prueba cuya práctica fue omitida tenía capacidad para modificar el fallo, pues de lo contrario la irregularidad es intrascendente. 2. Cabe precisar que la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos es facultativa para el Juez, luego le está permitido prescindir de ella cuando evidencie que no hay necesidad de fijar certidumbre sobre algunos aspectos, ni establecer homogeneidad testimonial, porque los elementos de convicción obrantes en los autos ofrecen la certeza suficiente,

Pág.

3. Una cosa es que de un grupo de personas no se tenga certeza respecto a quienes participaron en el hecho, y otra muy diferente, que exista seguridad de que un hecho fue producido por la acción conjunta de un grupo de individuos, pues en este último evento la imprecisión de los detalles no altera la responsabilidad que como coautores les es imputable a todos. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-07-06. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: Alexis Londoño Rodríguez. Delito: Homicidio. Radicación No.: 7446. 84

COLISION DE COMPETENCIA / INASISTENCIA ALIMENTARIA. El delito de inasistencia alimentaria es de carácter permanente, toda vez que su comisión permanece hasta cuando se ejecute la prestación debida, dependiendo del culpable hacer cesar tal estado, lo que sucede en el momento en que realice la conducta a que está obligado. Igualmente es un punible de los conocidos como propios de omisión, pues paradójicamente, hay un no hacer al incumplirse la obligación impuesta por la ley. En cuanto al aspecto territorial, el artículo 13 del Código Penal señala que el hecho punible se considera realizado en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida. Magistrado ponente: docto: *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Colisión de Competencias. 93-07-06. Decisión: Declara la Comp. al J.P.M. de Dorada. Procedencia: Juzgado Primero Penal Municipal de Honda (Tolima). Acción: José Antonio Palomo. Delito: Inasistencia alimentaria. Radicación No. 8522. 99

JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA / CONTRAVENCION. 1. El Código Penal Militar, extiende su imperio a quienes están sometidos a su regla, en el ámbito de los delitos, mediante previsiones que se pueden concretar en estas tres grandes categorías: a) Definición de conductas punibles esencialmente propias al elemento militar, y que traducen la parte principal y más saliente de este ordenamiento; b) Definición de conductas punibles recogidas de otras normatividades jurídicas, en especial del Código Penal común, incorporadas al estatuto penal militar, usualmente con los mismos rasgos típicos y pena que aquella codificación señala, pero que tienen que relacionarse, circunstancialmente con el quehacer de la fuerza pública para merecer la aplicación de este fuero; c) Delitos que no aparecen en el Código de Justicia Penal Militar pero si están previstos en otros dispositivos legales, en los cuales es necesario advertir que su realización ha tenido que ver con la función militar desempeñada, para merecer esta especial forma de juzgamiento y sanción. 2. La situación foral la restringe perentoriamente la Constitución Política -art. 221- a "los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública (militares y policía nacional -art. 216) en servicio activo, y en relación con el mismo servicio...", debiéndose entender que los aspectos contravencionales, salvo el tema disciplinario -art. 217, inciso tercero- que también mantiene esta reserva de conocimiento, así estén adscritos a otros

Pág.

organismos, no los atrae este tratamiento especial, ni siquiera como fenómeno de conexidad. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-07-07. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Ismael Naranjo. Delito: Homicidio, lesiones personales, culposos, desobediencia. Radicación No. 7187. 103

TERMINO / RECURSO. La irregularidad, originada en la equivocación del dependiente judicial a cuyo cargo se encuentra el control de los términos, no amerita que el recurso se declare desierto. Pues bien miradas las cosas, desde el punto de vista práctico a las partes solo se le puede exigir que respondan por sus cargas procesales, en la medida en que la realidad procesal les permita conocerlas y ejercerlas oportunamente. En esas condiciones, los efectos, y por tanto, sanciones procesales, no pueden afectar a las partes cuando no cuentan con un punto de partida definido para iniciar la contabilización de un término legal, concedido en su favor y ello depende de las constancias que deban obrar en el respectivo expediente. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Auto Casación. 93-07-07. Decisión: No declara nulidad. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: William Gallego López y Rafael Antonio Posada Ospina. Delito: Homicidio tentado, hurto calificado y porte ilegal. Radicación No. 8218. 111

TERMINO. Dice el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil: "la renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1º y 2º del artículo 320". Al prever la prórroga de términos legales o judiciales no pueden ser prorrogados a petición de los sujetos procesales, hecha antes de su vencimiento, por causa grave y justificada". Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Auto Casación. 93-07-08. Decisión: Declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Raúl Antonio García. Delito: Homicidio agravado y hurto. Radicación No. 8502. 116

LIBERTAD PROVISIONAL / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / COMPETENCIA. Corresponde al juez de ejecución de penas o de primera instancia por aplicación del artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motivada la resolución que haga cesar o rebaje una pena o medida de seguridad impuesta (artículo 510 *ibidem*), o quien esté conociendo del proceso para los efectos del beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 415 del citado estatuto, en cuyo caso deberá acompañarse la solicitud del certificado del consejo de disciplina sobre buena conducta del procesado (artículo 532). Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*.

Pág.

Auto Casación. 93-07-08. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Eliseo Reyes Bello. Delito: Homicidio. Radicación No. 8155. 119

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / SENTENCIA / SEGUNDA INSTANCIA. 1. Cuando la estimación valorativa de la prueba se agota sin contradecir los principios rectores que disciplinan el sistema de la sana crítica, esto es, los datos de la experiencia, los principios de la lógica y las reglas del correcto entendimiento humano, no puede el demandante respaldar sus reproches al fallo simplemente oponiendo su personal juicio crítico al del sentenciador. 2. Si la sentencia de segunda instancia no aborda los diferentes temas en forma explícita, tampoco rechaza expresamente los planteamientos del inferior, con lo que se entiende que los comparte, y por ende, los aprueba. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Notas: Salvamento de voto: doctores *Juan Manuel Torres Fresneda y Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 97-07-08. Decisión: Deniega la Casación impetrada. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Olaris Rosenda Cassido Vives. Delito: Homicidio agravado. Radicación No. 6966. 121

SEGUNDA INSTANCIA (SALVAMENTO DE VOTO). Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Notas: Salvamento de voto: doctores *Guillermo Duque Ruiz y Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93-07-08. Radicación No. 6966. 133

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. Sería contrario al principio de favorabilidad, que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional, imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, que pueda restringir con perjuicio manifiesto, el derecho inalienable de defensa. De ahí que la Corte haya aceptado siguiendo la voluntad del legislador, que el principio de favorabilidad es predicable no solo de la ley penal material, sino también de la ley procedimental en aspectos sustanciales, cuando el nuevo precepto restrinja o disminuya las garantías del juzgamiento o el derecho de defensa. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Auto Colisión de Competencias. 93-07-09. Decisión: Dirime el conflicto. Procedencia: Juzgado Regional de Cúcuta (Norte de Santander). Acción: Nidia Rosa Altafulla Sandoval. Delito: Hurto de hidrocarburos. Radicación No. 8531. 137

DEMANDA DE CASACION / EXCARCELACION / REBAJA DE PENA / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS. La tesis de la Corte de que cuando en la demanda de casación se ataca la sentencia de segundo grado por haber omitido pronunciamiento sobre las rebajas de penas (Ley 48/87, confesión, etc.), solo es posible decidir el punto en el fallo correspondiente, ya que, hacerlo en un incidente de libertad implica un prejuzgamiento, debe recogerse en esta ocasión por ser equivocado, toda vez que en guarda del derecho de libertad

Pág.

nada impide a la Corporación considerar dicha rebaja siempre que las instancias hayan guardado silencio respecto de ella con el único objeto de otorgar la libertad provisional, si hubiere lugar a ella, háyase o no impugnado ese aspecto en la demanda de casación. Así mismo cabe anotar, que cualquier determinación que la Corte tome al respecto en un incidente de excarcelación, no la inhibe para atender el cargo que concretamente se haya presentado sobre el mismo tema. Tampoco la decisión desfavorable por haber incurrido el casacionista en errores de técnica en la presentación de la acusación, se repite, exclusivamente en aquellos casos en que los fallos de instancia han guardado silencio sobre una determinada rebaja, impide a las partes solicitar su reconocimiento ante el juez de ejecución de penas y a este, pronunciarse sobre la solicitud concreta. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Notas: Salvamento de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Auto Casación. 93-07-09. Decisión: No acepta desistimiento y Niega Lib. Acción: Francisco Prieto Baquero. Delito: Falsedad ideológica y material el documento público. Radicación No. 8281. 140

REBAJA DE PENA (SALVAMENTO DE VOTO). Cuando determinada situación se constituye en cargo de la demanda, no es dable proponer el tema como propio a un incidente de libertad, así éste bien se estime con la importancia que trasciende de él. Esto con el fin de impedir un prejuzgamiento y, además, porque el asunto, con esas características, se aviene más con la sentencia que con cualquier otra decisión. Lo deseable es que de las rebajas de penas se ocupe el juez de primera instancia. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Notas: Salvamento de voto: doctor: *Gustavo Gómez Velásquez*. Auto Casación. 93-07-09. Radicación No. 8281. 147

NULIDAD / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / DOCUMENTO PUBLICO / LIBERTAD PROVISIONAL / SECRETARIO. 1. Si bien la nulidad constituye una excepción al principio de limitación que impera en la casación, lo que admite pronunciamientos oficiosos con relación a ella, sin que el censor haya hecho solicitud en tal sentido, igualmente ha sostenido la Sala que cuando el cargo sostenido en la demanda fuere de nulidad, éste no es de formulación libre, sino que el impugnante, además de plantearla debe precisar la clase de nulidad que invoca, debiendo entonces indicar si considera que la irritualidad ha afectado la validez del proceso por falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación a las normas propias del juicio, violación del principio de legalidad en relación con el delito, la pena o la ley procesal, violación del principio de favorabilidad, falta de motivación de la sentencia, aceptación de la estructura fundamental del proceso o cualquiera otra motivación que haya afectado de manera sustancial los derechos de cualquiera de las partes. 2. La violación indirecta de la ley se presenta por la existencia de errores de hecho o de derecho. 3. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, y dentro de tales parámetros sería imposible desconocer que el libro de control de presentación de sindicados existe en todos los juzgados

Pág.

y corporaciones penales, y es debidamente abierto y autorizado por el juez, se lleva bajo control y con la intervención del funcionario respectivo que tiene una trascendental importancia probatoria, porque de lo que allí conste depende de que a quien se le haya concedido el subrogado de la condena de ejecución condicional pueda seguir gozando de la libertad provisional concedida como consecuencia de tal reconocimiento. 4. Si el condenado condicionalmente ha incumplido con las obligaciones impuestas, entre las que se encuentran hacer presentaciones al juzgado, se deberá revocar la libertad provisional y debe regresar a prisión a purgar la totalidad de la pena impuesta. 5. Resulta inadmisible que las funciones del secretario de un despacho judicial se circunscriban a lo estipulado en el Decreto 1265 de 1970, porque es evidente que son mucho más amplias y no necesariamente tienen que aparecer indicadas de manera taxativa en la ley. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* Notas: Salvamento de voto: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación, 93-07-09. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Arturo Velásquez Cadena y Arturo Castiblanco Torres. Delito: Falsedad. Radicación No. 7256. 149

ANTECEDENTES / PENA. Cuando se alude a la propensión delictiva, lejos de estarse apoyando el criterio en el fenómeno de los antecedentes, valoración que no se acomodaría a los dictados de la Constitución Nacional -art. 248-, se está recogiendo e interpretando una realidad probatoria, la cual ofrece al juzgador algunos elementos para determinar la personalidad del procesado y señalar la conveniencia de efectivizar el tratamiento penitenciario mediante el purgamiento real de la pena impuesta. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación, 93-07-09. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior de Cali. Acción: Rolando León Granados Hoyos. Delito: Falsedad en documento privado y estafa. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 248. Radicación No. 7720. 163

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO. 1. El error de hecho manifiesto debe ostentar los caracteres de lo evidente, es decir, de lo que se impone a primera vista, sin que su demostración exija ningún esfuerzo dialéctico por parte del censor o de los jueces en sede de casación y debe repercutir en las conclusiones de la sentencia con fuerza incontrastable, vale decir que sin su concurso el juzgador hubiera definido la situación en sentido diferente del contenido en el fallo censurado. La casación no es una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad asignada a determinada prueba, máxime cuando ésta carece de valor específico y la crítica se basa en apreciaciones personales o subjetivas del impugnador. 2. La interpretación en cuanto al sentido o alcance de un documento jamás puede generar error de hecho manifiesto porque el yerro no recae sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona, sino sobre el juicio de valor que se hace el funcionario respecto a su contenido. 3. En los ilícitos

Pág.

contra el patrimonio económico de que se ocupa el Título XIV del Código Penal, la tutela penal no solo cobija el derecho de propiedad, entendido con el significado que le dá el Código Civil, sino que también se extiende a la posesión, la tenencia de la cosa, los derechos pecuniarios y los bienes inmateriales de valor económico; es decir que cualquiera de los titulares de tales derechos está legitimado para reclamar el resarcimiento de los perjuicios cuando por un hecho punible ha sufrido mengua o quebranto en su patrimonio económico entendido como una universalidad de derechos y obligaciones del individuo. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-07-09. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Miguel Ernesto Salamanca Rojas. Delito: Estafa. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 220. Radicación No. 7309. 170

LIBERTAD PROVISIONAL / REBAJA DE PENA / COMPETENCIA. Corresponde al juez de ejecución de penas o de primera instancia por aplicación del artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motivada la resolución que haga cesar o rebaje una pena o medida de seguridad impuesta (artículo 510 *ibidem*) o a quien esté conociendo del proceso para los efectos del beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 415 del citado estatuto, en cuyo caso deberá acompañarse la solicitud del certificado del consejo de disciplina sobre buena conducta del procesado (artículo 532). Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Auto Casación. 93-07-13. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior de Cundinamarca. Acción: Alberto Augusto Cantiva. Delito: Homicidio. Radicación No. 7785. 180

AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO / ERROR DE HECHO. De acuerdo con el artículo 235 del C. de P.P., "repartido el proceso se dará traslado al fiscal por término de cinco (5) días, quien no tendrá la obligación de conceptuar. No obstante, al vencimiento de este término de volverá inmediatamente el proceso al despacho de origen, so pena de incurrir en causal de mala conducta sancionada con suspensión hasta de treinta días, impuesta por el superior previo el trámite disciplinario correspondiente" (se subraya). Si el concepto es, pues, discrecional, el no rendirlo no origina nulidad de ninguna clase. 2. Cuando se aducen errores de hecho porque se ignoró una prueba que obraba en el proceso, o porque se supuso su existencia, o porque fue distorsionado su sentido, no es necesario citar las normas medio violadas, pues en tales eventos lo desconocido no es una norma legal, sino la existencia misma o el sentido del medio probatorio". Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-07-13. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior de Cundinamarca. Acción: Darío Salgado Vaca. Radicación No. 7956. 182

CONFESION / REBAJA DE PENA / SANA CRITICA. 1. La confesión no está amparada legalmente por una presunción de veracidad, tampoco por una

Pág.

presunción de mentira, de modo que corresponde al Juez valorarla de acuerdo con la sana crítica. Si el fallador encuentra que esta prueba conduce a la certeza del hecho y de la responsabilidad del acusado, con base en ella debe condenar, y no hay ninguna razón ni lógica ni jurídica para establecer como regla general que el Juez no le crea al delincuente que confiesa. Con una interpretación así, llegaríamos a la errónea conclusión, de que ante un hecho confesado por su autor, respecto del cual no es posible decretar ninguna prueba adicional, se tendría que automáticamente absolver, aunque la confesión fuera a la luz de la sana crítica digna de todo crédito. Es indiscutible que la rebaja de pena prevista para quien confiesa la autoría del hecho durante su primera versión, se debe a que esa actitud facilita y abrevia la labor investigativa. 2. Pretender que no se le reconozca credibilidad a algunos declarantes por la única razón de ser empleados de la empresa perjudicada, ni a los documentos por haber sido aportados por dicha entidad, y que para rematar semejante absurdo no se le otorgue valor probatorio a la confesión, ni se miren los graves indicios de responsabilidad, es desbordar los límites del más exagerado celo garantista y dejar impune un delito de manera inexplicable. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-07-13. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior de Cali. Acción: María Lourdes Zambrano Aparicio. Delito: Falsedad en documento privado y estafa en concurso. Radicación No. 7512. 189

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Siendo absolutamente necesario al invocar la causal primera, cuerpo primero - violación directa de la ley, el no cuestionamiento de la realidad probatoria asumida por el tribunal ni su valoración al respecto, por lo que se ha dicho con sobrada razón, que una glosa de tal naturaleza ha de ser formulada exclusivamente en derecho: se acepta la prueba tal como fue valorada por el fallador pero se discrepa de su conclusión jurídica ya por falta de aplicación del precepto sustancial (falso juicio de existencia), ora por su aplicación indebida (falso juicio de selección) o bien por interpretación errónea de la misma (falso juicio sobre el sentido o alcance de la norma). Siendo un contrasentido, como lo ha reiterado la jurisprudencia invariablemente, sostener dentro de un mismo cargo la falta de aplicación de una norma legal y a su vez la aplicación indebida de la misma pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo según conocido principio de lógica, esto es que resulta un absurdo afirmar la aplicación indebida de un precepto y al mismo tiempo su falta de aplicación. Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-07-13. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Acción: José Helmer Mejía Puerta. Delito: Homicidio. Radicación No. 7268. 198

DEMANDA DE CASACION / INDICIO / ERROR DE HECHO. 1. No es de recibo relacionar en una demanda de casación los diferentes medios de prueba sin explicar cuál de ellos fue ignorado o supuesto, o si más bien se trató de la deformación objetiva de su contenido o sentido, posibilidades distintas y

Pág.

autónomas bajo las cuales cabe aducir error de hecho. 2. "Siendo la construcción del indicio una acción compleja que parte de un hecho indicador debidamente demostrado para conducir por inferencia lógica a la demostración de otro hecho que con aquel guarda una estrecha relación, su ataque en esta sede no puede admitirse por vía diferente a la del error de hecho, dado que 'si el juzgador equivoca o desvía esa 'inferencia lógica' de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal al definir que es el indicio, es claro que falta en el juicio de identidad o de adecuación que, repítese, conforma un error de hecho...". Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93-07-14. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Acción: Roberto Antonio Vinasco Ayala. Delito: Homicidio. Radicación No. 7591. 205

DEMANDA DE CASACION / TESTIMONIO / INDICIO / ERROR DE HECHO. Razones de elemental lógica jurídica aconsejan que cuando se acude a la violación indirecta de la ley por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, es menester desestabilizar todos y cada uno de los soportes fácticos de la sentencia acusada si se pretende trocar una condena en absolución o viceversa: exigencia que se hace más imperativa tratándose de prueba indiciaria. 2. La prueba testimonial como la indiciaria no suelen ser objeto fácil de ataque en casación porque en el planteamiento y fundamentación de la censura se corre el riesgo de anteponer a la apreciación del Tribunal la personal y subjetiva del censor respecto a su valoración, sin que de tal disparidad de pareceres pueda surgir un manifiesto y trascendente error de apreciación probatoria. 3. El error de hecho recae exclusivamente sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona, por lo que es extraño a la errónea interpretación de pruebas como el testimonio o los indicios sujetos a la libre valoración del juzgador. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-07-14. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Manuel Antonio Saavedra Cacimanci. Delito: Homicidio. Radicación No. 7672. 212

TERMINO / DEMANDA DE CASACION. En el evento de una solicitud de permiso elevada por un acusado para concurrir a un despacho judicial, la SALA explicó que su solicitud y consecuente definición no interrumpen el término de traslado pues violaría lo dispuesto en el artículo 175 del C. de P.P., constituyendo ello insubsanable anomalía toda vez que: "los términos son un imperativo legal (artículos 179 y ss. del C. de P.P.), y por consiguiente su suspensión y prórroga se ciben a expresos motivos que esa codificación contempla y a la decisión del Juez: no es facultad secretarial manejarlos inconsulta y arbitrariamente, ni admisible proceder del profesional del derecho que representa la parte respecto de la que se surten, acogerse a una atestación del subalterno en tal sentido. Las normas de procedimiento son de orden público y su aplicación y observancia obligatoria para todos los sujetos

Pág.

procesales, que están obligados a conocerlas. Darle vía libre a que cualquier situación o petición permita suspender los términos sería prohijar la proliferación de pedimentos cuyo fin bien podría buscar la dilación del lapso estricto señalado por la ley, con la mira de habilitar un apoderado o permitirle un tiempo adicional para presentar la demanda, o simplemente conseguir sumar el tiempo necesario para que se produzca por prescripción la extinción de la acción penal. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Casación. 93-07-15. Decisión: Declara desierto y ajusta otro. Acción: Ricardo Pierro Zamora y William Uribe Mejía. Delito: Hurto y porte ilegal de armas. Radicación No. 8478. 218

LIBERTAD PROVISIONAL / REBAJA DE PENA. En virtud de la reglamentación del horario de trabajo efectuada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (antes Dirección General de Prisiones), los Directores de los establecimientos carcelarios del país, deben procurar en lo posible que la totalidad de los reclusos, puedan participar en los programas de trabajo existentes, con el fin de tener igualdad de oportunidades para redimir su pena. Para que proceda el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, una vez satisfechas las dos terceras partes de la pena impuesta o que pueda corresponder al procesado, habida cuenta de la calificación que debe dársele a su conducta, el Juez podrá siempre otorgarla, siempre que su personalidad, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, le permitan suponer fundadamente su readaptación social. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Auto Casación. 93-07-15. Decisión: Niega libertad. Acción: Alexander Cetina Valderrama. Radicación No. 8128. 222

ACCION DE REVISION. Pese a la naturaleza de auto interlocutorio que posee la inadmisión de una acción de revisión, su ámbito es de única instancia por lo que se excluye, obviamente el recurso de apelación ante la Corte. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Acción de Revisión. 93-07-15. Decisión: Declara la improcedencia el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta. Acción: Alfonso Ramírez y Jorge Ardila. Delito: Invasión de tierras. Radicación No. 8510. 227

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / FALSO JUICIO DE CONVICCION. Es imposible admitir que, simultáneamente y bajo un mismo cargo, se combinen indiscriminadamente el falso juicio de legalidad y el de convicción, tan distintos, tan inconciliables que, dándose lo primero, resulta igualmente disparatado considerar una prueba con semejante vicio, y tener que demostrar cómo fue de torcida, inadecuada o distorsionada su apreciación. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-07-15. Decisión: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia. Acción: Francisco R. Chavarría. Delito: Homicidio. Radicación No. 6934. 230

Pág.

JURADO DE CONCIENCIA. 1. Alegaciones relacionadas con la benignidad que suele adjudicarse a la participación del jurado de conciencia, demuestran no tanto la justicia per se 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 veredicción que se cree será siempre más compasiva y generosa, incluida la absolución. Lo cual no siempre resulta en dirección tal, ni puede demostrarse eficientemente la ocurrencia fatal de ese fenómeno al menos cuando el jurado se ve intervenido en su autonomía y libertad. 2. La Constitución Nacional vigente, en su artículo 116, prohibió, salvedad hecha de 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 artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, indispensables a la forma de juzgamiento prevista en los artículos 458 y ss. *Ibidem*, a abstenerse de cumplir con ese cometido, para no con rariar la normatividad constitucional ya mencionada". Magistrado ponente. doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93 07-16 Decisión: Casa Parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Pablo Francisco Pérez Cardona. Delito: Homicidio. Radicación No. 7738. 237

CAMBIO DE RADICACION. El cambio de radicación es una medida excepcional que puede variar las normas generales sobre la competencia por el factor territorial y por ello solo puede fundamentarse en evidentes e inevitables motivos que lleven a la clara conclusión, de que en el lugar no existen condiciones propicias y adecuadas para decidir con independencia e imparcialidad un determinado asunto, o que corra grave peligro la vida o la integridad del acusado. Si la misma ley consagra correctivos especiales que deben ser adoptados por el Juez, para remediar problemas, como la alteración del desarrollo de la diligencia, (retirar del recinto a quienes alteren el desarrollo de la diligencia y si lo considera conveniente, el arresto inconmutable hasta por cuarenta y ocho horas, decisión sobre la cual no procede recurso alguno), a ellos debe acudirse, para que la justicia se pueda administrar sin asomos de interferencias extrañas que puedan afectar su rectitud y eficacia, En estas condiciones, la medida extrema del cambio de radicación, no es procedente. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Cambio de Radicación. 93-07-16. Decisión: Niega el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha. Acción: Arnulfo Oñate Suárez. Delito: Homicidio. Radicación No. 8551. 244

RECUSACION. "Frente al nuevo procedimiento de la recusación es claro que cuando el magistrado recusado no acepta la recusación, la decisión de sus compañeros de Sala lo obliga y ahí termina el asunto, sin que la Corte tenga intervención alguna, ya que no existe norma que le otorgue la competencia para ello, ni la decisión es susceptible de recurso alguno (art. 117). Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Recusación. 93-07-21. Decisión:

Pág.

Abstenerse de conocer de la recusa. Procedencia: Tribunal Superior de Buga. Acción: Rubiela Marín de Orozco. Delito: Peculado por apropiación y falsedad en documentos. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículos 106 y 109. Radicación No. 8576. 247

CASACION OFICIOSA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA. 1. Es manifiesto el quebranto del principio de la legalidad de las penas y el derecho al debido proceso, cuando se desconoce el artículo 44 del Código Penal, que solo permite la interdicción de derechos y funciones públicas hasta un máximo de 10 años. 2. Se revocará en los términos que señalan los artículos 228 y 229 numeral 1º del C. de P.P., la pena accesoria de 'suspensión de la patria potestad' por ser violatoria del derecho de defensa ínsito en el debido proceso, al carecer de motivación alguna su imposición en las instancias. Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia*. Sentencia Casación, 93-07-22. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior, del Distrito Judicial de Tunja. Acción. Alcides J. Quemba V. Delito: Homicidio y otro. Radicación No. 7747..... 251

SANA CRITICA / DOCUMENTO PUBLICO. 1. Hoy día -desde el Código de 1987- no existe una norma que previamente indique al juzgador que valor le debe dar a cada prueba (tarifa legal), sino que en cambio subsiste la sana crítica o valoración racional y lógica de las pruebas, y olvidando también que entre dos criterios de mera apreciación, prevalece el del fallador, cubierto de la doble presunción de acierto y legalidad. Como toda presunción, pues, el casacionista debe derruirla si pretende que su alegación salga avante, cosa que no se logra con la simple confrontación de puntos de vista. 2. Un diploma salido de un colegio o una universidad, hasta ese momento es "medio documento", sin importar la naturaleza privada u oficial del colegio o universidad. Se dice que hasta ahí es un "documento a medias" o "incompleto" porque nada prueba. Se requiere imprescindiblemente llevarlo al Ministerio de Educación (hoy Secretaría de Educación respectiva) para que allí sea radicado y firmado: ahí ya se completa y prueba el título correspondiente. Es decir que en esas condiciones el Ministerio de Educación participa vinculantemente en la expedición del diploma, haciendo que éste sea por lo tanto un documento público. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación, 93-07-22. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Carlos Alfonso Núñez. Delito: Falsedad. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 248. Radicación No. 7870. 256

DEMANDA DE CASACION. No desconoce la Sala que el actual Código de Procedimiento Penal ha quebrantado en buen grado los tecnicismos que surgían de la ley procesal anterior dentro de una voluntad de facilitar el acceso a la casación y con ella la prevalencia del derecho sustancial, sin embargo, la naturaleza extraordinaria de este medio de impugnación, persiste en la

Pág.

necesaria exigencia de formalidades que sin ser excepcionales ni complejas resultan ser coherentes con los fines que de esta sede se persiguen, y que dentro de la operancia del principio de limitación (art. 228 C. de P. P.), imponen como carga al actor cuando menos la expresión clara y separada de las causales invocadas y su desarrollo lógico y preciso, cuya preterm isión impide el ingreso a un análisis de fondo que autoriza con el rechazo de la informal demanda la deserción de la impugnación extraordinaria. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Auto Casación. 93-07-22. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Ernesto Bolívar Murillo. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 228. Radicación No. 8394. 264

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO. Para dar por acreditados los errores de hecho, no puede bastar tan solo enunciarlos, y mucho menos el imaginarlos, tarea que de nuevo se intenta desatendiendo la seriedad que esta clase de planteamientos merecen dentro del recurso extraordinario de casación, donde el desquiciamiento del fallo de segunda instancia exige y amerita que el error invocado sea cierto, manifiesto y haberse en él incurrido, la decisión, hubiese tenido un contenido diferente. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación 93-07-22. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Juan Carlos Salazar. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 220. Radicación No. 7599. 268

SANA CRITICA / ERROR DE HECHO / TESTIMONIO / CASACION OFICIOSA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 1. El error de hecho que se alega en casación ha de ser manifiesto y trascendente tanto en el fallo acusado como en el sustitutivo que se reclama. No puede hablarse de error manifiesto por omisión de prueba obrante en la investigación, cuando con criterio formado con base en serios y plurales elementos de juicio el sentenciador arriba a una determinada conclusión que no tendría posibilidad de modificarse frente a un elemento de menor importancia, ni siquiera de generar la duda. 2. El testimonio como los demás medios de prueba en la ley procesal penal carece de valor predeterminado, y que el juzgador está compelido a evaluar los elementos de juicio de conformidad con las reglas de la sana crítica; y siendo así, no cabe hablar hoy de error de derecho por tal concepto. 3. Siendo imperativo de la ley el respeto a la garantía de la legalidad de la pena como expresión del debido proceso, y debe de la Corte velar oficiosamente por su mantenimiento de conformidad con el artículo 228 del C. de P. P., se casará parcialmente la sentencia de segundo grado para adecuarla a los postulados que la gobiernan, en los términos del artículo 229-2 ídem- esto es, para reducir la sanción accesoria a diez años. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-07-22. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. Acción: Javier J. Vaca y otros. Delito: Homicidio. Radicación No. 7394. 275

Pág.

ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / FALSO JUICIO DE CONVICCION / TESTIMONIO / DEMANDA DE CASACION. 1. La censura no puede limitarse a predicar la existencia de un error de derecho: es indispensable que precise si se trata de un falso juicio de legalidad o de convicción, indicando si surgió porque el sentenciador apreció una prueba ilegalmente aducida al proceso, o evaluó la que se produjo con violación de los ritos previstos para su práctica o recaudo, o si le confirió un valor diverso al asignado por la ley, o le negó el que la normativ cad le otorga. 2. El falso juicio de convicción no es susceptible de ser planteado sobre la base de que se le negó credibilidad a la prueba testimonial, puesto que al desaparecer el sistema tarifado, la apreciación probaturia que hace el juez, se rige por el criterio que nace de la sana crítica y, por ello, está sometida únicamente a las reglas de la experiencia, a la lógica y, como es apenas obvio, a la constitución y a la ley. 3. Esta Corporación no ha modificado el criterio conforme al cual las sentencias de primera y segunda instancia deben entenderse como una unidad, porque cumplen una finalidad complementaria, y por ello, su análisis debe hacerse conjunto. Magistrado ponente: doctor *Edgar Sauvedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-07 23. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Luis Ernesto Reyes Imbachi y otro. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 220. Radicación No. 7525. 286

NULIDAD / DEBIDO PROCESO / DEMANDA DE CASACION. El no cumplimiento del principio de la investigación integral constituye un motivo de nulidad, por la conculcación del debido proceso; pero este se debe entender que tal afectación se produce cuando se dejan de verificar citas que siendo lógicas y racionales, resultan conducentes y pertinentes, esto es, causalmente vinculadas no solo con los hechos investigados, sino con la conducta ilícita que se imputan al procesado, de cuya práctica pueden resultar medios de convicción eventualmente demostrativos de un eximente de responsabilidad, o de una atenuante de la misma, o la comprobación de la primera en cabeza de una tercera. No obstante, cuando se trata de citas gaseosas, imprecisas, de imposible realización fantasiosas o indeterminadas, en relación con el lugar de los hechos, con la fecha de los mismos, o cuando aluden a personas cuya identificación o individualizac ón es imposible, o se trata de citas absolutamente ilógicas, es apenas obvio concluir que la justicia no solamente no tiene la obligación de verificarlas, sino que es su deber no dejar desviar la investigación, ni dejarse embarañar en un cúmulo de pruebas inútiles, que solo tendrían como finalidad última, engrosar el expediente, hacerlo más bromoso, complicado, y de más difícil estudio. Para que el irritualismo pueda ser reconocido como causal de nulidad, debe ser trascendente y afectar los intereses sustanciales de una de las partes o la estructura del proceso. Es evidente que con la actual normatividad procesal es permitida la presentación de cargos subsidiarios y excluyentes "pero el recurrente debe plantearlos separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria". Magistrado ponente: doctor *Edgar Sauvedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-07-23.

Pág.

Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Héctor Gonzalo Bejarano. Delito: Homicidio. Radicación No. 7913. 292

NULIDAD / CASACION OFICIOSA / DEMANDA DE CASACION / *REFORMATIO IN PEJUS* / JUEZ REGIONAL. 1. Pese a que la nulidad como causal de casación constituye una excepción al principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario y que por ello la Corte se puede pronunciar oficiosamente en relación a ella, lo anterior no libera al censor de cumplir con requisitos mínimos como son no solo la enunciación de la causal, en que consiste la irritualidad procesal, de qué manera la misma afecta derechos sustanciales de cualquiera de las partes o de qué forma se afecta con la misma la estructura del proceso. 2. Si la vulneración del derecho a la defensa se fundamenta en la falsa creencia de que al ser absuelto por la primera instancia, la Corporación de Segunda no podía modificar tal decisión, está completamente equivocado, porque estando vigente el artículo 31 de la Carta que consagra la *reformatio in pejus*, ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación que en tratándose de fallos que tuvieran el grado jurisdiccional de la consulta, la segunda instancia puede agravar las disposiciones de la primera, y en tales condiciones estaba dentro de la competencia funcional del Tribunal la revocatoria de la sentencia absolutoria en relación con el hurto para convertirla en condenatoria. 3. En los delitos que se tramitan por los jueces regionales, la consulta de conformidad con las previsiones del artículo 5º del Decreto 2790 numeral 4º atribuyó al Tribunal de Orden Público la competencia para conocer "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 implican devolución de bienes". Magistrado ponente: doctor. *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-07-23. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Carlos Mauricio Pineda Villada. Delito: Hurto calificado y agravado. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículos 228 y 220. Constitución Nacional, artículo 31. Radicación No. 7649. 300

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS. Si con relación a una persona se dictan dos sentencias condenatorias, es a la segunda a la que confluyen los elementos propios de una dosificación más benigna de la sanción; por ello el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, luego de advertir los presupuestos para la tasación punitiva previendo los eventos de concurso por conexidad se ocupa de aquellos en que se "hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos" acumulables para los cuales ordena: "En estos casos, la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer"; y no se olvide, que esta advertencia final de la norma va dirigida al Juez de ejecución de penas, que como se ha visto, es el encargado de la acumulación jurídica de las mismas cuando coexisten fallos diferentes acumulables. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Auto

Pág.

Colisión de Competencias. 93-07-26. Decisión: Dirime colisión. Procedencia: Juzgado Promiscuo de Santa Bárbara (Antioquia). Acción: Gilberto Galeano Z. Delito: Hurto. Radicación No. 8590. 308

CASACION DISCRECIONAL. Para demandar en casación excepcional un fallo se requiere demostrar en el escrito de interposición del recurso extraordinario no solamente la necesidad de la jurisprudencia en el aspecto jurídico concreto que se echa de menos, o la inminencia de la intervención de la Corte en defensa de los derechos fundamentales violados en el proceso, sino además que el caso es distinto a los regulados en el inciso primero de la norma para la casación tradicional. De donde puede verse que mientras en este recurso no hay formalismo alguno para su interposición, en aquel -el excepcional- sí se requiere y en forma exigente. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Auto Casación. 93-07-26. Decisión: No repone. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Manuel Jaimes E. Delito: Fraude a resolución judicial. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 218. Radicación No. 8418. 312

CIRCUNSTANCIA ESPECIFICA DE AGRAVACION / CIRCUNSTANCIA GENERICA DE AGRAVACION / PENA / PRESCRIPCION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / UNIDAD PROCESAL. 1. Las circunstancias específicas, como su nombre lo indica, tienen un ámbito restringido como que se refieren a un delito o a un grupo de delitos, sobre los cuales tienen la capacidad de afectar la sanción respectiva dentro de unos límites que le determina la ley. Es decir, los mínimos y los máximos de la pena se ven modificados taxativamente, de acuerdo con lo dispuesto para cada caso. Las genéricas, en cambio, son aplicables a cualquier delito en general su reconocimiento implica regular la discrecionalidad del fallador para que, dentro de las fronteras que le determina la ley, imponer justo rigor punitivo, de acuerdo con la realidad procesal y siguiendo las pautas del artículo 61 del C.P. Es apenas obvio que estas circunstancias genéricas al no afectar las fronteras legales no se tienen en cuenta para los efectos de la prescripción. En tratándose del fenómeno prescriptivo, su aplicación depende, exclusivamente, de las penas contempladas en los tipos básicos y especiales y las modificaciones concretas que sobre ellos hagan, en cada caso particular, las circunstancias específicas de atenuación o agravación punitivas que a ellos se refieran, dictadas en tipos subordinados. 2. Si el juzgador admite en la sentencia que existe duda y sin embargo, condena, la censura se debe formular por violación directa a la ley sustancial, por falta de aplicación de la norma correspondiente (artículo 248 del C.P.P.), pero si en el fallo no se admite la existencia de la duda, el ataque se debe concretar por la vía de la violación indirecta pues fue un error de hecho o de derecho el que llevó a la no aplicación de la norma en antes citada. 3. En cuanto a la unidad procesal, muchas veces se ha dicho que no constituye una regla inmodificable. El legislador, en casos especiales, como el de no comprender la resolución de acusación todos los hechos punibles o todos los partícipes,

Pág.

permite su ruptura. La agilidad del proceso es la razón. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-07-26. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Víctor Manuel Ortegón. Delito: Abuso de confianza. Radicación No. 7936. 315

DEMANDA DE CASACION. En virtud del principio de limitación la Corte únicamente puede transitar por el camino que le indique el censor, salvo cuando el estudio consiguiente surja una nulidad esencial que no haya alegado el recurrente, único caso en que oficiosamente puede remediar la falencia. Por consiguiente el estudio de la demanda sólo podrá hacerse de acuerdo con sus propios términos. Si ellos son escasos, contradictorios o ajenos a la causal invocada, la Colegiatura se verá imposibilitada de realizar el análisis de fondo y decidir en consecuencia. De igual forma, el recurrente ha de mostrarle a la Corte la trascendencia del yerro que alega, de tal entidad que, de haberse cometido, el decurso procesal ineludiblemente habría sido favorable a su poderdante. Para ello no solo ha de analizar la realidad procesal en su conjunto -no exclusivamente la propicia a sus intereses- para luego enfrentarla al fallo impugnado. De su comparación sin acudir a lucubraciones complicadas o artificios conceptuales, ha de emanar diáfanamente el error. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Casación. 93-07-28. Decisión: Rechaza *in limine*. Acción: Enrique Higuera Medina. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 220. Radicación No. 8581. 324

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO / SANA CRITICA. Pretende: oponer un criterio estimativo de la prueba sobre el criterio de los jueces no conduce a evidenciar el pretendido error de hecho, donde la convicción o la certeza del juez dimana de un racional examen de la prueba legalmente aportada al proceso. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-07-28. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Jaime Cárdenas Calderón. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 220. Radicación No. 7924. 328

DEMANDA DE CASACION / CASACION OFICIOSA. No es suficiente para la prosperidad de la demanda, que en ella aparezca señalada la causal de casación o que se haga la simple afirmación de que la sentencia es violatoria de la ley sustancial. Es indispensable además, que se fundamente en debida forma la causal, ofreciendo las razones jurídicas y lógicas que demuestren que en la sentencia se incurrió en errores *in iudicando* de tal magnitud que llevaron a la violación de manera evidente de una norma sustancial, con innegable agravio para los intereses del impugnante. Esta adecuada fundamentación de la causal es inevitable para la prosperidad del recurso. No obstante si con una sentencia injusta se ha quebrantado de manera ostensible las garantías fundamentales, la Corte como excepción al principio de limitación podrá

Pág.

casar oficiosamente el fallo como lo autoriza el artículo 228 del C. de P. P. de 1991, sin que quiera decir lo anterior, que el demandante quede excento de la observancia plena en el libelo, de los presupuestos que señala el artículo 225 del estatuto citado, entre ellos el de presentar "...la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas,...". Y tratándose de la causal primera, es deber del libelista señalar de manera expresa y concreta si el quebranto de la ley sustancial se realizó de manera directa y de que modo se llegó a ese quebranto, o si esa violación se efectuó de manera indirecta a través de errores en la apreciación probatoria. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-07-28. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: Carlos Julio Cortés. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículos 220 y 225. Radicación No. 7771. 334

LIBERTAD CONDICIONAL / COMPETENCIA. Estando ejecutoriada la sentencia definitiva, corresponde al Juez de ejecución de penas o medidas de seguridad (que lo es actualmente el que dictó el fallo de primera instancia), al tenor de lo preceptuado en el artículo 510 del Código de Procedimiento Penal, resolver sobre las rebajas de pena a que pueda tener derecho un sentenciado, mediante la providencia motivada, es decir, la Corte carece de competencia para pronunciarse respecto de la petición de redención de pena por trabajo a que pueda tener derecho el procesado y sobre la viabilidad del beneficio de libertad condicional cuya atribución la confiere en forma exclusiva al mismo funcionario el artículo 515 *ibidem*. Magistrado ponente: doctor. *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Casación. 93-07-28. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Guillermo Calderón Vargas. Delito: Hurto calificado y agravado. Fuente formal: Decreto 100/1980, artículo 72. Radicación No. 7810. 340

DEMANDA DE CASACION / TESTIMONIO. El recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia. Es oportuno recordar que con la decisión de segunda instancia se agota la fase ordinaria del proceso, por lo tanto esa sentencia tiene carácter definitivo (no significa lo mismo ejecutoriada), y está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, todo lo cual solo es posible desconocer si se demuestra la ilegalidad del fallo, por haber incurrido el juez en un error *in iudicando o in procedendo* demandable en casación a través de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley. La prueba testimonial se valora de acuerdo con la sana crítica. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-07-29. Decisión: No Casa. Procedencia : Tribunal Superior de Sincelejo. Acción: Rafael Ernesto Contreras. Delito: Homicidio y lesiones personales. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 220, Decreto 100/80, artículo 282. Radicación No. 7688. 342

RECONSTRUCCION DE LOS HECHOS / INSPECCION JUDICIAL. La reconstrucción de los hechos no es un medio probatorio de rigurosa realiza-

Pág.

ción en todo proceso por homicidio, sino complemento de la inspección judicial y para casos excepcionales que tengan que ver con la coroprobación directa y personal del funcionario de circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se desarrollaron los hechos. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-07-29. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Henry de J. Pérez Aguirre. Delito: Homicidio. Radicación No. 7811. 352

EXCARCELACION. Las causales de excarcelación son taxativas y solamente ellas deben ser atendidas inmediatamente por el funcionario que conozca el proceso y resueltas dentro del término previsto en la ley para tal efecto, pero cuando la libertad del procesado depende de una decisión de naturaleza distinta, no puede ser asumida en forma inmediata, sino en el momento procesal correspondiente, como en el caso de una declaración de preclusión de investigación, de absolución, de revisión de la causa o declaratoria de nulidad, cuando ésta afecta la medida de aseguramiento hasta ese momento vigente. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Auto Casación. 93-07-29. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Acción: Rubiela Marín de Rayo. Fuente forma: Decreto-ley 2700/91. artículo 415. Radicación No. 8631. 360

IMPEDIMENTO / RECUSACION. Cuando un asunto llega a la Corte para decidir sobre incidentes de impedimentos o recusaciones, colisiones de competencia, etc., solo se tiene competencia para pronunciarse con relación a él, sin que le sea permitido atender otra clase de incidentes o peticiones. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Auto Impedimento. Decisión: Se abstiene. Acción: Daniel F. Tirado Ricardo. Radicación No. 8598. 363

DEMANDA DE CASACION / SENTENCIA / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. 1. Cuando se ataca un fallo por la vía directa no está permitido al censor cuestionar ni los fundamentos fácticos de la sentencia ni el valor probatorio otorgado por el fallador a las diferentes probanzas arrimadas al proceso, debiéndose aceptar tanto las pautas que sirvieron de fundamento a la sentencia como la aceptación absoluta de los hechos que se declararon probados en la misma. Y es útil recordar que la violación directa se origina -como bien se conoce- o en la falta de aplicación o exclusión evidente de un precepto sustancial, (se yerra acerca de la existencia de la norma) o en la interpretación errónea (se yerra en el significado de la norma) o en la aplicación indebida (se yerra en el entendimiento abstracto de la norma). No basta afirmar en abstracto que el fallador, en su providencia, desconoció elementos probatorios. El censor debe señalarlos con exactitud, luego de lo cual deberá expresar su importancia dentro del contexto procesal, la favorabilidad a sus intereses y su vigor, de tal entidad, que su sola presencia basta para cambiar de curso la decisión judicial. 2. Las

Pág.

sentencias de primera y segunda instancia forman un solo cuerpo en los puntos comunes que han sido ratificados tácita o explícitamente por el superior. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-07-29. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Luis Alfonso Hernández Bustos. Delito: Secuestro extorsivo. Fuente formal: Decreto ley 2700/91, artículo 220. Radicación No. 8029. 365

ACTUACION PROCESAL / DEBIDO PROCESO / CAPTURA. Es cierto que en el proceso no es más que una sistematización de actos y que desde el punto de vista teórico se idea y proyecta como concatenación de los mismos, siendo frecuente, aunque no de manera absoluta, que algunas actividades dependan de otras y que aquellas en buen número, no puedan desarrollarse sin preexistir éstas. Pero la concepción organizativa de la averiguación y de los actos de calificación y juzgamiento, no representan una tan severa e integral interrelación, que a la menor de las deficiencias de trámite, se colapse todo lo que a partir de entonces se efectúe. Los ejemplos abundan y bastaría considerar, en el ámbito de las testificaciones, que lo que afecta a una, por las condiciones personales del declarante, o la actitud asumida para con ella por el funcionario, no puede trasladarse a otras versiones juramentadas, ayunas de todo vicio y realizadas a cabalidad; y, menos incidirá el primer defecto, en las inspecciones judiciales, las pericias, las indagatorias o los elementos indiciarios, levantadas sobre otras y bien distintas comprobaciones. La generalización se evidencia como inadmisible, dada la autonomía de las probanzas y la independencia interna que es dable observar y reconocer en no pocas de las actuaciones que conforman el proceso penal. El formalismo que todavía impregna a nuestra administración de justicia, tanto más dañino cuanto que la letra y solo la letra considerada de manera general, suele imponerse sobre las particularidades de un comportamiento, lleva a no pocos a desechar totalmente lo realizado con una persona, calificarle con el legítimo título de testigo, por la eventualidad de aparecer luego como autor, determinador o cómplice. Y también les guía a un *modus operandi* muy singular, vale decir, que quien comienza como testigo y luego hace referencias de compromiso, o bien debe dejarse por fuera eliminado su atestación, aún físicamente, o de haberse incorporado todo su dicho, este de manera integral carece de mérito y debe descartarse. Pues no a lo máxime que puede llegarse, y eso en las decisiones apreciativas, es a que solo esa parte final pueda ser objeto de exclusión. La labor de captura no está al arbitrio de la policía judicial, salvo en la flagrancia, y que ésta es atribución del instructor o del Juez. Hoy en día, es necesario destacarlo, el aspecto es más categórico que en el anterior estatuto, pero dentro de esa prohibición no está la retención o inmovilización propia de quien es requerido o interceptado para oírle en declaración, por parte del cuerpo técnico de policía judicial. Magistrado ponente: doctor. *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93 07-30. Decisión: No Casa Procedencia. Procedencia: Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Iván Vega Zapata y otros. Radicación No. 7744. 372

Pág.

DEMANDA DE CASACION / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA / FALSO JUICIO DE CONVICCION. Esa dificultad que ofrece la demanda para desentrañar el verdadero sentido del ataque, indica que en su esfuerzo no cumplió el censor con el deber de hacer una presentación clara y precisa de la causal propuesta, motivo que orienta la acusación hacia el fracaso. Más ni siquiera interpretando la formulación en cualquiera de las dos hipótesis enunciadas (error de hecho, error de derecho), podría llegar la pretensión a imponerse, porque la deficiente sustentación que se intenta no le dio el debido desarrollo a una siquiera de estas dos alternativas, pues en el caso del error de hecho por falso juicio de identidad debió probar que el juzgador desfiguró objetivamente el contenido de la prueba tergiversándola en su contenido, y en el error de derecho por falso juicio de convicción demostrar el grosero desconocimiento de las reglas de la sana crítica, sin que para el cumplimiento de este último objetivo baste la expresión de la sola inconformidad con los criterios de convicción del juzgador, ya que el ataque de la prueba en casación difiere al de la instancia. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93-07-30. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Juan Eugenio Gómez Olivar. Delito: Homicidio. Radicación No. 7910. 382

PRESCRIPCION / DETENCION ARBITRARIA. Las normas aplicables sobre prescripción, en el delito de detención arbitraria, no son otras que las del capítulo 5º del Título IV, Libro primero del Código Penal, y ello significa que siendo la sanción prevista para el infractor de seis (6) meses a dos (2) años de arresto (artículo 273 C.P.), la prescripción en principio operaría al transcurso de cinco (5) años contados desde la comisión del hecho. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Segunda Instancia. 93-07-30. Decisión: Confirma la sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: María Stella Granada. Radicación No. 8501. 387

AUTO DE CITACION PARA SENTENCIA / JUEZ REGIONAL. El artículo 13 transitorio de la sistemática procedimental vigente establece, que en los procesos en los que se haya dado inicio a la audiencia pública al entrar en vigor el nuevo Código, se regirán por el ritual de la normatividad derogada. En lo que se refiere a los negocios que tramitan los jueces regionales y el Tribunal Nacional, la Sala aclaró que como quiera que en este procedimiento especial no existe la audiencia pública, se entiende como equivalente a ella el auto de citación a sentencia, mediante el cual, se le informa a los sujetos procesales que el expediente queda a su disposición para que presenten sus alegatos de conclusión. Es claro que no es la simple presencia del auto lo que hace posible que se predique la existencia de la situación procesal que contiene. Dado que es de los que requiere de notificación, únicamente tendrá pleno efecto cuando se surta la correspondiente ejecutoria, pues solo a partir de ese momento las partes tienen la oportunidad real y efectiva de intervenir por escrito expresando las razones que crean convenientes en defensa de su intereses. Magistrado

Pág.

ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Impedimento. 93-07-30. Decisión: : Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Heladio Méndez y otro. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación No. 8360. 393

NULIDAD / PRUEBA / HURTO. 1. Las nulidades se hayan instituidas como remedio extremo y precio que ha de pagar la administración de justicia a los errores de sus dispensadores, pero solo cuándo estos aparecen insubsanables por otros medios; no pueden tenerse como instrumento dilatorio ni como causa de prolongados e inconducentes debates dialécticos. 2. La ausencia de pruebas reviste trascendencia invalidante, cuando ellas son definitivas en relación con los elementos estructurales del hecho punible investigado o con la cuantificación punitiva; de no ser así ha de considerarse el proceso ajustado a la legalidad. 3. El delito de hurto se consuma cuando se cumplen los presupuestos de la ley para su configuración, y se agota cuando se realizan los efectos que el sujeto activo persigue. El momento consumativo del hurto es el de la asunción del poder sobre el bien por el delincuente cuando la asunción del poder sobre el bien por el delincuente cuando la víctima pierde la factibilidad de protección o de dominio sobre el mismo a causa de ese inconsulto apoderamiento, y la pierde sin lugar a dudas, cuando, imposibilitado por la acción de aquél, o impotente para perseguir el bien, se limita a mirar el alejamiento de éste. Magistrado ponente: doctor. *Didimo Páez Velandia*. Notas: Salvamento parcial de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-08-02. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Luis A. López Gómez. Delito: Hurto. Fuente formal: Decreto 100/80, artículo 349, Decreto-ley 2700/91. Radicación No. 7772. 396

HURTO (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). Apoderarse -que en esto radica la materialidad de la conducta en que el hurto consiste- es la acción incriminada que presupone poner bajo la autoridad del sujeto una cosa que antes estaba bajo custodia ajena. Empero su elemento típico más sobresaliente no radica en coger o agarrar la cosa e incluso desplazarse con ella dentro de la esfera de poder o el ámbito de influencia del propietario, sino en algo más de fondo: es incorporar el objeto sustraído al señorío material del delincuente quien al tenerlo bajo su dominio y resguardo por existir un apoderamiento efectivo, puede ejercer de manera indiscriminada todas y cada una de las facultades dominicales inherentes al derecho de propiedad. Por tanto, si el agente no logra cometer el objeto a su propio poder -siquiera sea por escasa fracción de tiempo- resulta evidente que no ha destruido la tenencia anterior y, en consecuencia, no ha consumado todavía el injusto. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Notas: Salvamento parcial de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-08-02. Radicación No. 7772. 404

Pág.

TERMINO. Las disposiciones procesales -de las cuales hacen parte las referentes a la tramitación de los recursos, traslados y términos judiciales-, como garantía que son del debido proceso y expresión del principio de legalidad que de él emana, tiene por voluntad de la ley carácter de "orden público" de modo que atan al juez y obligan a las partes-según expresión exacta del artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, de manera que garantías como la de igualdad entre las partes han de derivar del fiato texto del precepto al cual todo interviniente procesal -y con igual razón los funcionarios- habrán de estar sujetos, sin que sean válidas ni de recibo las modificaciones que en favor o en contra de unos u otros pretendan innovar los encargados de dirigir o controlar el impulso del proceso, pues el precepto en cita recuerda que las estipulaciones que lo contraríen "se" tendrán por no escritas". Desconocer los términos procesales sobre prórrogas no pedidas ni justificadas, para modificar el trámite del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal que ya había descentralizado los ritos para otorgamiento del recurso y los traslados asignándolos con exclusividad a "quien haya proferido la sentencia", ni para innovar mecanismos dilatorios como el de comisionar para cumplimiento del traslado, y mucho menos si esas facilidades no se atuvieron al transcurso ordinario e ininterrumpido de los términos que ya había iniciado para el impugnante, y como consecuencia obligaban su actuación oportuna, como garantizaban a los no recurrentes la certeza de que la no presentación en tiempo del escrito de demanda llevaría a su indeclinable deserción del recurso extraordinario (art. 224 C.P.P). Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*, Sentencia Casación. 93-08-02. Decisión: Decreta nulidad y decreta deserción. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Luis Benito Ramírez Klinger. Delito: Homicidio culposo. Radicación No. 8572..... 408

RECURSO DE HECHO / DEMANDA DE CASACION. Prevé el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal que en contra de la providencia denegatoria de la casación procede el recurso de hecho, regulando en los preceptos subsiguientes lo atinente a su interposición, trámite, la carga del inconforme quien deberá sustentar en tiempo los motivos de su disentimiento, y la consecuencia en caso de silencio, instruyendo al funcionario sobre el deber de desechar la queja en ese evento. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Recurso de Hecho. 93-08-04. Decisión: Desecha el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Claret Acevedo. Radicación No. 8619..... 412

CAMBIO DE RADICACION / DEFENSOR. De acuerdo con el artículo 83 del nuevo Código de Procedimiento Penal, uno de los motivos que hacen procedente el cambio de radicación de un proceso, consiste en la existencia de circunstancias que en determinado territorio puedan llegar a afectar la integridad personal del acusado. La posibilidad para que se acepte el cambio

Pág.

de radicación sería que alguno de los sujetos procesales pueda sufrir atentado contra su integridad personal, por circunstancias derivadas de los hechos materia del proceso, que ponen en peligro una eficaz administración de justicia, riesgo que debe conjurarse cambiando de radicación el proceso, para que continúe su trámite en otro Distrito Judicial, en donde en lo posible, se elimine o reduzca al mínimo la inconveniencia referida. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. 93-08-04. Decisión: Cambia la radicación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha. Acción: Manuel Murille Jaire Castro. Delito: Homicidio. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 83. Radicación No. 8596. 414

INDAGATORIA / EMPLEADO PUBLICO / NULIDAD. La exclusión de los empleados públicos, para servir en diligencia tal (indagatoria), encuentra más de una explicación, motivos los más de ellos que no permiten asumir la invalidación, a no ser que se quiera supeditar lo sustancial a lo formal. La intención del legislador de evitar, como obligación, el llamado de funcionarios judiciales a empleados públicos que, por atender ese requerimiento, entorpecería el curso de sus oficiales funcionarios; también el evitar en ciertas órbitas de escogencia, dañinas supeditaciones que impidieran la autonomía con que debe realizarse un encargo como el que se comenta, o la incompatibilidad de protección legal a la cual pertenece el empleado público llamado a la asistencia de un indagatorio. Hoy día atento solo a las reformas introducidas en los últimos años, en especial en el ámbito constitucional, ciertamente que en caso de que el sindicado estuviere asistido en su indagatoria por un empleado público, entraría en la consideración de una nulidad. Pero mirándose el proceso a la luz de los preceptos y valoraciones que entonces lo regían, la cuestión no se ofrece con esta meridianidad y, por el contrario, posibilita otra distinta valoración. Magistrado ponente: doctor. *Gustavo Gómez Velásquez*. Notas: Salvamento de voto: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93 08 04. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio. Acción: Elkin Ernesto González Espitia. Delito: Falso testimonio. Radicación No. 7908. 417

CASACION DISCRECIONAL. Al juzgador de segunda instancia solamente le es dado, cuando se interpone el recurso extraordinario de casación por la vía excepcional, remitir el proceso a la Corte, para que sea la Sala de Casación Penal la que determine si el recurso debe o no aceptarse. "El recurso de casación interpuesto por la vía excepcional procede contra todas las sentencias de segunda instancia, sin que importe si fue pronunciada por un Tribunal o un juzgado de circuito, y sin que sea necesario que el delito tenga prevista una pena privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años". Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-08-04. Decisión: Decreta nulidad e inadmite el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: María Judith Huergo Yañez. Delito: Homicidio. Radicación No. 8536. 423

Pág.

AUDIENCIA PUBLICA / JUEZ COLEGIADO. En el ejercicio de la judicatura, existen algunas modificaciones en la actuación de quienes administran justicia, según que quien intervenga sea un juez único o sea plural. En el primer caso, todas las atribuciones que la ley otorga al representante del Estado se reúnen y las ejerce esa única persona a quien se ha seleccionado para asumir la función administrativa de la justicia en un específico despacho, para el asunto que en reparto le haya correspondido y en la instancia que esté actuando. Sin embargo a nivel de cuerpos colegiados y dada su naturaleza plural, la función jurisdiccional está atribuida a entes colectivos denominados Salas, y no a sus integrantes. Por excepción la ley autoriza que los actos de simple sustanciación los cumpla uno solo de los funcionarios que integran la Sala. Evidentemente, la audiencia pública no es un acto de simple sustanciación y dada su trascendencia, ella se debe realizar ante la correspondiente autoridad judicial de conocimiento, que en tales eventos, no es el Magistrado ponente, sino el Juez plural. Lo que no obsta para que sea aquel quien la dirija. Magistrado ponente: doctor. *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Segunda Instancia. 93-08-04. Decisión: Decreta la nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Acción: Gilberto Velásquez Zamora. Delito: Prevaricato. Radicación No. 8535. 425

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / SENTENCIA. Los fallos de las instancias conforman una unidad lógica jurídica inescindible en lo que el *ad quem* no comprende o suprima al a quo. la evaluación de un medio probatorio que adelante éste y no desconozca expresamente aquel, queda incursa en la sentencia acusada en casación; y como una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo bajo un mismo punto de vista, no puede pregonarse que hubo apreciación de una prueba en la primera instancia pero que el Tribunal desconoció ésta. Si la prueba fue apreciada en la primera instancia, como tal no podrá pregonarse su desconocimiento en la segunda. Cuando el juicio valorativo del material de prueba se surte libre de todo error contemplado como motivo de casación y dentro de la previsión de la sana crítica, el demandante no puede aspirar a que se desconozca por el fallador extraordinario este principio, y prefiriendo sus hipótesis, se dé a la tarea de modificar arbitrariamente la cosa juzgada. Admitirlo, sería entronizar el caos por la inseguridad jurídica a que se sometiera a los asociados y violar de la más flagrante manera el debido proceso. Magistrado ponente: doctor. *Didimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-08-04. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar. Acción: Dagoberto Carrillo G. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículos 220 y 248. Radicación No. 7803. 430

ACCION DE REVISION / HECHO NUEVO. El hecho nuevo (revocado por prueba nueva) es aquel no conocido al tiempo de los debates probatorios, por no obrar en el proceso, y con la capacidad suficiente de declarar la inocencia del procesado o por lo menos de tornar muy dudosa su responsabilidad

Pág.

delictual. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Acción de revisión. 93-08-04. Decisión: Niega la práctica de pruebas soli. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Julián Pasquel Quiñones. Delito: Homicidio. Radicación No. 8179. 443

PRUEBA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. No se olvide que las pruebas que se señalen como no practicadas, si se pretende en casación buscar la nulidad en orden a su práctica, es imprescindible que contenga la virtualidad seria y razonable de modificar o eliminar la responsabilidad del procesado. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-08-05. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Carmen E. Vallinas. Delito: Estafa. Radicación No. 7916. 446

CASO FORTUITO / CAUSAL DE JUSTIFICACION. La característica fundamental de las situaciones fortuitas es su imprevisibilidad dentro del marco de lo razonable, y de las leyes que regulan los actos cotidianos; al contrario de lo que sucede con las causales de justificación, en las cuales la actuación del agente es perfectamente consciente y el resultado es fruto de la previsión, precisamente porque la persona actúa convencida de que lo hace legítimamente por estar amparada por la ley que regula el ejercicio de un derecho. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-08-06. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Camilo Sastoque Avila. Delito: Homicidio. Radicación No. 8023. 453

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Cuando el fallo tenga fundamento en plurales medios de convicción, todos deben ser objetos de ataque. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93/08/06. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Carlos A. Gaitán Bohórquez. Delito: Homicidio culposo. Radicación No. 7991... 458

NULIDAD / TESTIMONIO. 1. Se han entendido las nulidades como las sanciones que sufren las actuaciones procesales, cuando no reúnen los requisitos esenciales que la ley exige para el juzgamiento. No toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica una nulidad que afecte el debido proceso. Para que ella exista, es necesario que el vicio sea sustancial a la existencia del juicio penal en forma tal que la comisión del acto afecte la base del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. 2. Aún aceptando en gracia de discusión que los testimonios fueron extemporáneos, o recibidos por funcionarios incompetentes, esa irregularidad solo afectaría la validez de dicha prueba, que no podría ser apreciada por el juzgador, pero en ningún caso podría acarrear la nulidad de todo el juicio, ya que en dichas declaraciones no fueron base o fundamento del trámite subsiguiente y el vicio no puede trascender al resto de la actuación

Pág.

procesal. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-08-06. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Gerardo de Jesús Celis Castaño. Delito: Tráfico de estupefacientes. Radicación No. 7391. 464

DEMANDA DE CASACION / FALSO JUICIO DE CONVICCION / SANA CRITICA / *REFORMATIO IN PEJUS* / CASACION OFICIOSA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 1. El actual sistema probatorio no contempla una tarifa legal que de anticipado fije a cada medio un valor al cual quede supeditado el fallador, sino que a éste se otorga dentro de los parámetros de la sana crítica -a los cuales se ciñó-, el deber de examinar las pruebas con amplitud de criterio, para acogerlas o desecharlas fundadamente dentro de un análisis conjunto y de conformidad con las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia judicial. 2. El artículo 31 superior no puede constituirse en contraposición del también principio constitucional de legalidad de la pena que paralelamente consagra el artículo 29 de la Carta Política, pues la primera disposición no se ha constituido como mecanismo que le dé una competencia especial al juez *a quo* para apartarse de la preceptiva legal modificando a su arbitrio las sanciones básicas e includibles consagradas en la ley, ni ese desajuste por más que favorezca irregularmente al procesado puede convertirse en su derecho a condición de que actúe como recurrente, pues una armonización de los textos superiores que no podrían interpretarse en pugna, indica que la prohibición de agravar la sanción hace referencia a la "pena legal" y no a una medición convencional o judicial que carecería de cabida dentro del ordenamiento vigente y propio de un Estado de derecho. 3. Tratándose de un fallo mixto donde a la par se tomaban decisiones de absolución y de condena, la impugnación de lo desfavorable como exclusivamente se planteó no autorizaba a entender análisis y decisión hasta tocar el caso de las absueltas, porque la situación de cada incriminado cuando un proceso penal se sigue contra varios, obliga su análisis individual e independiente al punto de autorizar la propia ley la posibilidad de investigar y de fallar las conductas de los distintos partícipes de un mismo delito por cuerda separada, cuando bajo diversas circunstancias la unidad procesal se ha dificultado, o cuando pese a su conservación, bajo otra clase de situaciones se impone su ruptura". Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93-08-10. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Giovanny Ciardelli F. y otros. Delito: Estafa. Radicación No. 7221. 469

ACCION DE REVISION. Acudir a la acción de revisión implica elaborar una demanda que consulte y cumple con las exigencias tanto formales como sustanciales que derivan de los presupuestos establecidos por el estatuto proceso: (art. 234), las cuales han sido explicados y desarrollados por la jurisprudencia. La demanda debe contener el ataque concreto contra el fallo impugnado y la argumentación demostrativa de la causal; en el entendido de que en el desarrollo del cargo se debe encontrar el sustento lógico y jurídico

Pág.

de la causal invocada. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Acción de Revisión. 93-08-10. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza la D. Acción: Federico Elli. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación No. 8550. 479

DEMANDA DE CASACION / CASACION DISCRECIONAL / COMPETENCIA. Dado que la interposición del recurso tradicional de casación no requiere fundamentación alguna, en tanto que el excepcional impetrado por el recurrente al notificarse del fallo de segundo grado, si la precisa, y que tal fue lo que hizo el defensor al clarificar que se acogía al artículo 218 del C. de P.P. en su inciso final y que el Juez que debía decidir sobre la admisión del recurso era la Corte, debe convenirse que el Tribunal asumió la función del juez extraordinario al resolver la petición y darle trámite a un recurso de hecho absolutamente improcedente, surtiendo así una actuación que por incompetencia debe ser anulada por la Corte en guarda del debido proceso. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Recurso de Hecho. 93-08-11. Decisión: Anular todo lo actuado. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Robinson R. Rada González. Delito: Infidelidad a los deberes profesionales. Radicación No. 8624. 483

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / ACCION DE REVISION / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. El legislador ha otorgado competencia privativa al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para conceder el subrogado penal previsto en el artículo 72 del Código Penal y cualquier rebaja de pena a que pueda tener derecho el sentenciado. Según lo previsto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, dichas atribuciones corresponden al Juez que dictó la sentencia de primera instancia, mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de los respectivos jueces de ejecución de penas. Resulta claro que la Corte durante el trámite de la acción de revisión carece de competencia para atender esta clase de solicitudes y, como reiteradamente lo ha sostenido, cuando se presenta la causal aducida por el memorialista, lo procedente es suspender su trámite para que el Juez de primera instancia atienda la solicitud dentro de los términos previstos por la ley. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Acción de Revisión. 93-08-11. Decisión: Se abstiene de considerar petición. Acción: Jesús Antonio Mariño Pinzón. Radicación No. 8096. 487

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO / TIPICIDAD / RESPONSABILIDAD. 1. El error de hecho toca con el examen material de la prueba, al paso que el de derecho hace referencia a su contemplación jurídica, lo que exige que la demanda previamente determine la clase de error que va a alegar, y escogida ésta se respeten los presupuestos lógicos de su proposición, porque cuestionar los medios de convicción con fundamentos jurídicos cuando se afianza la censura en error de hecho, o viceversa, lanzar críticas referidas a la materialidad de la prueba cuando se ha invocado error del derecho, resulta incompatible. La fundamentación debe corresponder al cargo propuesto, y no

Pág.

consistir en una argumentación aislada, con la que no se demuestra ningún error del fallador y que a lo que conduce es a evidenciar que se desconoce que las pruebas se valoran de acuerdo a la sana crítica, lo cual permite al juez creer en unos medios de convicción y desestimar otros. La presunción de legalidad de la sentencia se quiebra demostrando un error trascendente, no limitándose a confrontar la opinión personal a la del fallador, pretendiendo que la Corte elija entre los dos criterios como si se tratara de una tercera instancia. 2. La facultad contenida en dispositivo propicio para la descongestión de los despachos (art. 51 del Decreto 2651 de 1991), no es aplicable en materia penal, entre otras razones por la expedición simultánea del Decreto 2700 de 1991 que reguló el recurso de casación en su totalidad, y en donde con mayor amplitud que permite la presentación de cargos excluyentes siempre que se haga en capítulos separados y de modo subsidiario. 3. La tipicidad y la responsabilidad son dos fenómenos jurídicos diferentes, que como tales no se pueden incluir en un mismo cargo en sede de casación como si se tratara de uno mismo. El juicio de responsabilidad se predica del delito, luego si lo que se cuestiona es aquella, necesariamente es que se admite la tipificación del punible. 4. El dejar de apreciar una prueba puede dar lugar a que se case la sentencia, siempre y cuando se demuestre que de haberla considerado la decisión atacada hubiera sido otra. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-08-11. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Radicación No. 7046. 490

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD / CASACION OFICIOSA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 1. No basta con citar la omisión de unas pruebas determinadas para invocar con éxito la causal de nulidad. A más de ello, el censor ha de indicar su trascendencia en la decisión, de tal magnitud que su presencia tenga la virtud de cambiar en forma favorable la situación del recurrente. La falta de precisión del cargo impide a la Corte comprender su real alcance y la naturaleza de la inconformidad del recurrente. Por cierto que con enunciados generales, invocaciones abstractas o protestas de este género no puede aspirarse, juiciosamente hablando, ha desatar vicios de invalidez para desquiciar el soporte de una relación jurídica determinada. Es que no se puede impetrar en sede de casación una declaratoria de nulidad sin rigor ni precisión alguna y sin especificar su adecuación particular frente a las fallas del proceso. 2. Se observa en las sentencias de primera y segunda instancia que al procesado se le impuso como pena accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la pena principal. Tal determinación viola flagrantemente el artículo 44 del C. P. que le fija a dicha sanción un término máximo de diez años. Así las cosas, se encuentra viciada de nulidad esta determinación, hecho que obliga a la Sala a casar parcialmente la sentencia de segunda instancia, disponiendo en su lugar que la citada pena accesoria se extenderá sólo por diez (10) años. Magistrado Ponente: *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-08-11. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Pág.

Cundinamarca. Acción: Néstor William Pinzón. Delito: Homicidio y porte ilegal de armas. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 220. Radicación No. 8010. 510

RESOLUCION DE ACUSACION / NULIDAD. Para la Sala sigue siendo válida la premisa de que la resolución de acusación debe contener el cargo o los cargos que en ella se formulan, descritos en forma clara y precisa y con la determinación de todas la circunstancias de trascendencia para la imputación, pues de no ser así la defensa difícilmente podría ejercerse. Por ello en múltiples oportunidades se ha declarado la nulidad de esta trascendental providencia, cuando la misma puede calificarse de anfibiológica o ambigua, porque no permite comprender con exactitud el cargo o cargos formulados. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-08-11. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Justo Pastor Guarín y otro. Delito: Violación de los derechos de reunión y asociación. Radicación No. 8144. 519

TORTURA. Ningún "dolo específico" (mejor llamado elemento subjetivo del tipo) mutre el artículo 279 del Código Penal, que define la tortura. Para la tipificación de este delito basta con realizarlo consciente y voluntariamente, así se desconozca el motivo o fin específico que busca el autor de la tortura. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Acción de Revisión. 93-08-11. Decisión: Niega la revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Héctor J. Rodríguez. Radicación No. 7833. 525

ACUMULACION. La acumulación no procede cuando en uno de los diligenciamientos ya se ha dictado sentencia de primera o única instancia. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-08-11. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizalez. Acción: Faunier Chavarro. Delito: Homicidio y hurto calificado y agravado. Radicación No. 7281. 530

REBELION. Las finalidades políticas requeridas para el perfeccionamiento del delito de rebelión deben entenderse demostradas por el solo hecho de pertenecer al grupo armado; porque a nivel individual los miembros de la organización se identifican con los fines buscados por el grupo rebelde y es precisamente por ello que son miembros del mismo. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-08-12. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal de Orden Público. Acción: María Edelmira Contreras. Delito: Rebelión. Fuente formal: Decreto 180/80, artículo 125. Radicación No. 7504. 537

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. 1. Es necesario incluir expresamente dentro

Pág.

de la demanda de casación la causal que se aduce para pedir la información del fallo, con el deber de indicar de manera clara y precisa sus fundamentos y las disposiciones sustanciales que se estiman infringidas. "La conclusión de sus premisas", y el respeto por la prohibición de confundir dentro de único cargo la sustentación de diferentes causales o cargos excluyentes. 2. Es notorio el antagonismo que existe entre la vía de la violación directa y la indirecta de la ley sustancial. Cuando la directa parte del presupuesto de una acertada presentación de los hechos y de las pruebas por parte del juzgador, quien incurre en un error netamente jurídico al aplicar una disposición que no corresponde, desestimar aquella que realmente correspondía al caso, u otorgarle al precepto que escoja un alcance que le es ajeno. En la violación indirecta, ataque y debate están centrados en la prueba porque su aducción al proceso no se ciñó a la legalidad o porque el juez se apartó de las reglas que señalaban la tarifa de valoración preestablecida -cuando ella existe- o groseramente se marginó de las que encausan la sana crítica, errores de derecho por falso juicio de legalidad o convicción); bien porque dejó de apreciar una prueba legalmente allegada o supuso una inexistente, cuando no deformó objetivamente el contenido de otros medios, errores de hecho por falsos juicios de existencia o de identidad). Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Auto Casación. 93-08-12. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Víctor Alonso Giraldo Fajardo. Delito: Concierto para delinquir. Radicación No. 8594. . 545

FRAUDE PROCESAL. 1. La circunstancia de la cancelación de un gravamen hipotecario así como puede invocarse para acreditar un título en el inmueble, puede corresponder más bien a un interés por crear engañosos aspectos de favor en el pretendido dominio. 2. La posesión efectiva de la herencia nace como consecuencia inmediata de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, entrando en posesión de esa herencia sus herederos por ministerio de la ley, declarándolo así el juez del conocimiento a petición de los interesados -artículos 757 y 1013 del Código Civil en concordancia con el 607 del Código de Procedimiento Civil-. La posesión como derecho real, surge como la tenencia de una determinada cosa con ánimo de señor y dueño, bien que se haga en forma directa o por interpuesta persona -artículo 762 del C. C.-". Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-08-17. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Edgar Peñaloza y otro. Delito: Fraude procesal. Radicación No. 7606. 549

ESTADO DE NECESIDAD. De la definición que de estado de necesidad se ha transcrito se debe destacar lo que constituye su nota primordial, esto es la inexcusabilidad del remedio, la inevitabilidad del mal, lo cual constriñe, obliga al sujeto a la actuación lesiva de los bienes ajenos. No existe otro modo de evitar el peligro que se cierne si no es atacando, vulnerando, destruyendo el derecho ajeno. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Pág.

Acción de revisión. 93-08-17. Decisión: Rechaza *in limine* la revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: Guillermo Rodríguez Cardona. Delito: Homicidio agravado y tentativa de homicidio. Radicación No. 8523. 558

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / APELACION / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. La sentencia proferida por el juzgado del circuito fue el resultado de la aprobación del acuerdo celebrado entre el condenado y el fiscal, para terminar el proceso anticipadamente. El fallo, en tales circunstancias proferido, y por disposición del propio artículo 37 del C. de P. P. solo podía ser recurrido por el Ministerio Público y como ello no sucedió, quedó ejecutoriado y en firme. Ahora bien, dicha sentencia de primer grado incluyó decisiones diferentes a la aprobación del acuerdo entre el fiscal y el condenado, como aquella de permitirle a la parte civil, su retiro de la acción penal para ir a reclamar sus derechos por la jurisdicción civil, por ello resultó viable la apelación que sobre esa específica determinación interpuso la defensa; pues el recurso hubiera sido improcedente si la impugnación hubiera recaído sobre los aspectos convenidos en la audiencia especial. En esas condiciones, esto es sin mediar la impugnación del Ministerio Público, el Tribunal solo podía resolver la apelación interpuesta en el punto de inconformidad de la defensa, sin revisar de fondo la sentencia de primera instancia porque ésta ya se encontraba en firme, lo que convirtió su decisión en un auto interlocutorio pues no podía ser de otra manera, en la medida en que el juez plural estaba limitado por los efectos de la aceptación del acuerdo concertado entre fiscalía e implicado. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Recurso de Hecho. 93-08-17. Decisión: Niega el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Alberto Duarte. Delito: Homicidio culposo. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 37. Radicación No. 8623. 567

DOLO / IRA E INTENSO DOLOR. Que el dolo de ímpetu se dé a veces en la ira, no autoriza al casacionista en que bastaba el reconocimiento en esta clase de dolo, para, que con sólo ello, reconocer la atenuante al procesado, pues perfectamente puede haber dolo de ímpetu sin que concurra la atenuante en comento. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. 93-08-18. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Ramón Octavio Díaz Cervantes. Delito: Homicidio. Radicación No.: 7985. 572

DOCUMENTO / FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO. El concepto de documento comprende entre otros, los escritos de persona determinada que contenga manifestaciones o declaraciones de quien suscribe el documento o de terceros y que fundamentalmente sean medios preconstituidos para servir de prueba. El bien jurídico amparado por la falsificación documentaria es el de la fe pública ante la necesidad de proteger eficazmente

Pág.

la veracidad de los documentos públicos y privados a los que se reconoce valor probatorio por no dudarse de su autenticidad. A esa falsedad documental se puede llegar mediante la falsificación por medios materiales del documento, como alteración, mutación, supresión u ocultación de la verdad literal, o mediante una falsificación ideológica en la cual en la redacción original del documento se finge o altera la verdad de su contenido. Es verdad que en el campo de la teoría del derecho se ha sostenido que la falsedad inocua, aquella que no ocasiona perjuicio y no tiene siquiera la potencialidad de causarlo y que no lesione por tanto el bien jurídico protegido por la norma, escapa al reproche penal. Quien al certificar en un documento oficial un hecho falso como cierto, o como verdad aquello que se sabe era una grave inexactitud, realizó una conducta no solo encaminada a obtener para sí un provecho ilícito, sino que además con ella ocasionó perjuicio al Tesoro Nacional y a la sociedad que se vio afectada en la confianza y credibilidad que le merecen todos los documentos públicos, que se consideran veraces y auténticos en todo su contenido. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Notas: Salvamento parcial de voto: doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Enrique Valencia Martínez*. Aclaración de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Segunda Instancia. 93-08-18. Decisión: Confirma sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. Acción: Falsedad ideológica en documento público. Radicación No. 8146. 580

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Notas: Salvamento parcial de voto: doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Segunda Instancia. 93-08-18. Radicación No. 8146. 588

AGRAVACION DE LA PENA (ACLARACION DE VOTO). Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Notas: Aclaración de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Segunda Instancia. 93-08-18. Radicación No. 8146. 589

DEMANDA DE CASACION / EXPLOTACION ILICITA DE YACIMIENTO MINERO. 1. La doctrina ha sido reiterativa y pacífica no solo en la precisión de los sentidos de la violación directa, sino en que, cuando se acude a esta vía, el recurrente acepta la apreciación que de los hechos se ha verificado en la sentencia, sin debate, sin controversia alguna sobre los medios de convicción. 2. A términos del artículo 287 del Decreto-ley 2655 de 1988, "el Ministerio está en la obligación de impedir o clausurar los trabajos de exploración subterránea y de explotación si llegare a comprobar de que quien los realiza carece de título minero que lo autorice...". Y según el artículo 251 conoce de todos los asuntos administrativos que tengan relación directa y principal con la industria minera en todas sus ramas y, "en cuanto no estén asignados por la ley a otra autoridad". Entonces, el artículo 303 hay que analizarlo en correspondencia con las otras disposiciones del mismo estatuto. Y, así se verá

Pág.

que la norma busca que el Ministerio pueda cumplir a cabalidad con sus funciones. Y, si en el desempeño de éstas, llega a arrimar prueba que haga relación con la comisión de un evento punible -"explotación ilícita de yacimiento minero" o cualquier otro-, pues está en la obligación de llevar el hecho al conocimiento de la autoridad competente. No se trata pues, en manera alguna de sustraerle a las autoridades penales sus legítimas competencias o sus poderes investigativos, ni de colocarle cortapisas o vallas a la acción penal o de hacer de alguna manera menos pública y oficiosa y expedita y general la investigación de estos delitos contra los recursos naturales. Lejos, pues, está que el único querellante, por así decirlo, para estos ilícitos sea el Ministerio de Minas. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-08-19. Decisión: No Casa Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Cosme Salgar Capera. Delito: Explotación ilícita. Radicación No. 7386. 590

RECUSACION. Si toda la Sala de decisión es recusada, luego de su manifestación conjunta de no aceptación debe conocer la Sala de decisión que le sigue en turno a la que fue objeto de recusación. Y la decisión que esta última tome, pondrá fin al asunto y será vinculante para los integrantes de la Sala recusada. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Recusación. 93-08-19. Decisión: Se abstiene de conocer de la Recu. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Doctores Erleans de Jesús Peña Ossa y otros. Magistrado -Sala Penal- del Tribunal Superior de Neiva. Radicación No. 8632. 606

COLISION DE COMPETENCIA. Quien tiene la iniciativa para colisionar no puede limitarse al solo anuncio de su voluntad de conocer o abstenerse de hacerlo, ni a la invocación abstracta de un precepto, siendo su deber el de referirse al proceso motivo de disputa, exhibiendo sobre él las razones que le llevan a concluir en la aceptación o no de su conocimiento. De tal manera, quien recibe el mensaje podrá acoger el planteamiento que se le hace remitiendo el expediente si se trata de colisiones positivas, y en su defecto avocará el conocimiento si el propuesto es un conflicto negativo. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Auto Colisión de Competencias. 93-08-23. Decisión: Se abstiene de dirimir colisión. Procedencia: Juzgado 34 P. del Circuito de Medellín y J. Regional. Acción: Fabiola Marín Mesa. Delito: Tortura. Radicación No. 8671. 609

RESOLUCION DE ACUSACION / NULIDAD / SANA CRITICA / FALSO JUICIO DE CONVICCION. 1. El error en la adecuación típica en la resolución mediante la cual el Estado formula los cargos al procesado, requiere razonada y lógica comprobación de su existencia. De no proveerse a esa demostración, sea porque se silencie por el actor, o porque la argumentación correspondiente se diluya en especulaciones particulares, el reproche debe tenerse por ineficaz. 2. Busca el profesional, al glosar como inapreciados unos testimonios a los que el sentenciador no otorgó el mismo sentido y

Pág.

alcance que en su particular opinión tenían, que la Corte desconociendo el principio de la sana crítica vigente para la prueba en materia penal, y sin que exista error alguno de los que se ocupe el recurso de casación, reexamine el acervo probatorio y le imprima la interpretación favorable que a sus ojos de interesado debiera tener. Pretensión de esa naturaleza choca con el ordenamiento jurídico, y sostenida aún en la oportunidad de recurrir en casación, creando falsas expectativas en el proceso para quien la esperanza de un mejoramiento de su situación permanece hasta el último momento, desconoce la seguridad de los fallos judiciales por la doble presunción de veracidad y acierto de que están precedidos. Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-08-19. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Antonio Sierra Ruiz. Delito: Tentativa de homicidio. Radicación No. 7942. 613

FRAUDE PROCESAL. No basta con la simple concesión de un poder para que se estructure el delito de fraude procesal. A la par con él, deben existir la intención y voluntad de cometer el engaño. En otras palabras, debe conocer sin hesitación alguna, que los hechos que pone en conocimiento de los jueces no corresponde a la realidad o que las pruebas aportadas no reflejan la verdad de lo demandado. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. 93-08-24. Decisión: Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Acción: Iván Riveira Acosta Madiedo. Delito: Falsedad documental y fraude procesal. Radicación No. 7399. 522

TERMINO. No es posible que los términos legales que son de estricto cumplimiento para todos los sujetos procesales, ya que no solo apuntan a la economía procesal sino además a la garantía de la igualdad de las partes puedan ser arbitrariamente modificados por una actuación errónea o dolosa de la secretaría de un despacho judicial. Por ello se insiste, en que equivocaciones de este tenor no relevan a las partes de su obligación de vigilar el decurso procesal. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Auto Casación. 93-08-25. Decisión: Declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Milton E. Samboni R. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8591. 651

CASACION DISCRECIONAL. Lo "excepcional" no puede convertirse en normal o corriente cuando el delito por el que se procede no reúne los requisitos exigidos para que sea viable el recurso extraordinario de casación (incisos 1º y 2º, art. 218 del nuevo C. de P. P.), la ley autoriza "de manera excepcional" a presentar esa impugnación, en principio improcedente (inciso 3º ib.), si la Sala de Casación Penal lo considera necesario "para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales". Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Auto Casación. 93-08-25. Decisión: Inadmite el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Elías Cortés Martínez. Delito: Abuso de autoridad. Radicación No. 8644. 654

Pág.

ACCION DE REVISION / PRUEBA FALSA. Cuando se acude a la causal quinta de revisión, es deber del libelista, demostrar mediante "sentencia en firme que el fallo objeto del pedimento de revisión, se fundamentó en prueba falsa". Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. 93-08-26. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: William Gonzalo María Flórez. Delito: Hurto calificado y agravado. Radicación No. 8654. 657

PRUEBA / NULIDAD / DERECHO DE DEFENSA. La obligación impuesta por el artículo 362 del Código de procedimiento Penal al funcionario judicial en el sentido de verificar las citas y demás diligencias que propusiere el sindicado en la indagatoria para comprobar sus aseveraciones, es desarrollo de la garantía contenida en el artículo 333 *ibidem*, que tienen que ver con la investigación integral que lo obliga a practicar, con igual celo, las pruebas que perjudican, como las que lo favorecen, debiéndose armonizar dichos preceptos para determinar en qué casos la desatención de sus previsiones pueden generar nulidad por quebranto del derecho a la defensa. La nulidad por quebranto del derecho a la defensa no puede apoyarse en conjeturas traídas a ultranza, cuando el profesional del derecho que la plantea es el mismo que intervino durante todo el curso del proceso en calidad de defensor del procesado y guardó absoluto silencio sobre el particular. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. Decisión: 93-08-26. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Rodulfo Peña Vargas. Delito: Homicidio. Radicación No. 7964. 660

EXTRADICION. La exigencia de los artículos 551 y 558 del Decreto 2700 de 1991 se refiere a una equivalencia con la resolución de acusación y no a una identidad o paralelismo, pero además porque en el trámite cuya gestión ha sido atribuida a la Corte no corresponde entrar a cuestionar las pruebas sobre las cuales se funda la acusación ni a esclarecer la responsabilidad del solicitado, como que ello implicaría una competencia plena de la cual no ha sido revestida la sala o una supeditación instancial repugnante frente a la autonomía de las autoridades judiciales de cada país, siendo entendido que de proceder la extradición serán las autoridades competentes que le juzgan y reclaman aquella ante las cuales se realice el debate probatorio, no ante las encargadas solamente de revisar la presencia de unas exigencias formales sobre las cuales ha de emitirse concepto atinente a la viabilidad o no de la extradición. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extradición. 93-08-26. Decisión: Rinde concepto favorable. Procedencia: Gobierno de los Estados Unidos de América. Acción: Gerios S. Kerbage. Delito: Tráfico de narcóticos y secuestro. Radicación No. 8399. 666

SENTENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. La sentencia -que representa la declaración final jurisdiccional de la voluntad de la ley en un supuesto específico llevado a conocimiento del

Pág.

Juez -debe ser congruente, esto es, guardar armonía con los cargos formulados en la resolución de acusación o también con la posible variación que pueda acaecer en la audiencia pública (artículo 501 C. de P. P. de 1987). La materia de acusación fija el objeto y el ámbito propio del fallo. Por tanto, no le es dable al juzgador condenar al imputado por una conducta distinta a la seleccionada en aquel pronunciamiento que torne más gravosa su situación penal o por un delito que no se ha discutido. El Juez solo se haya subordinado a los hechos incluidos en la acusación. Para entender a cabalidad el alcance de los cargos deducidos en la resolución de acusación debe acudirse no solo a la formulación del proveído calificatorio y las razones que lo fundamenten sino también los actos posteriores de la defensa, en especial de la audiencia pública, pues ellos revelan con exactitud el entendimiento que se tiene de los reproches. Al ser analizados como un todo, es posible extraer la exacta dimensión de los cargos formulados. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-08-26. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Arturo León Aroca. Delito: Corrupción. Radicación No. 8032. 675

DEMANDA DE CASACION. El numeral 3º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal exige que en la demanda se señale la causal que se aduce, con la indicación clara y precisa de los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estima infringidas. Quien va a elaborar una demanda de casación debe concretar estos aspectos: 1. Identificación del error que motiva la inconformidad del recurrente. 2. Selección de la causal aplicable, el motivo y el sentido. 3. Formulación del cargo. 4. demostración, y 5. Petición. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Casación. 93-08-26. Decisión: Rechaza la demanda de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Acción: César Augusto Martínez Gallego. Delito: Homicidio agravado. Radicación No. 8605. 681

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD. No basta con invocar tan solo la ocurrencia de un presunto vicio para solicitar que en sede de casación se invalide lo actuado, pues las ineludibles exigencias formales de la demanda imponen en el recurso extraordinario que la proposición de vicios sin procedendo, a diferencia de cuanto ocurre en las instancias, señale con especificidad la naturaleza del vicio acusado, la causal de nulidad a la cual apunta esa trasgresión, fije el concepto sobre la insuperabilidad de aquel defecto e indique de modo claro y preciso su trascendencia dentro del proceso, pues concebidas las nulidades como remedios extremos con los cuales se busca el restablecimiento de una garantía sustancial reconocida, tendrá ella que vincularse con alguna de las taxativas causales previstas en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, valga decir, la incompetencia del funcionario, la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o, la violación del derecho de defensa, aspectos que dentro del principio de

Pág.

limitación compete plantear y demostrar al libelista. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93-08-27. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Edgar Fernando Flórez Díaz. Delito: Hurto calificado y agravado. Radicación No. 8013. 684

CASACION DISCRECIONAL / IMPEDIMENTO / HABER PARTICIPADO EN EL PROCESO. El tema jurídico que tiene que ver con la prohibición de que el mismo funcionario judicial que dicta resolución de acusación profiera la sentencia, tratado como causal de impedimento al tenor del numeral 6º del artículo 103 *ibidem*, en la hipótesis de "haber participado en el proceso" en nada contribuiría al desarrollo o unificación de la jurisprudencia nacional. Existe abundante y reiterada doctrina de la Sala mayoritaria de la Corte, sin que sobre el mismo punto de derecho se hubiese proferido jurisprudencias encontradas que sea preciso unificar. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Auto Casación. 93-08-30. Decisión: Declara inadmisible el recurso. Procedencia: Juzgado 53 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá. Acción: María Eugenia Gómez de Sánchez. Delito: Lesiones personales. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 218. Radicación No. 8635. . 692

TERMINO / DEMANDA DE CASACION. El artículo 224 del Código de Procedimiento Penal consagra una garantía más del ejercicio del derecho a la defensa de los procesados en el recurso extraordinario de casación, estableciendo que los traslados para presentar las demandas se surtan en forma independiente para cada uno de los recurrentes. Pero así como el término representa un derecho, también implica un deber para la parte beneficiada, de tal manera que si aspira a ser escuchado, tiene la obligación de intervenir dentro de los límites que para ese específico efecto le ha otorgado la ley. De lo contrario, se convierte en desertor del recurso. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Auto Casación. 93-08-31. Decisión: Declara desierto y ajusta otra d. Acción: Jesús Policarpo Millán Carvajal y Miguel Antonio Velásquez Polanía. Delito: Peculado y falsedad documental. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 224. Radicación No. 8648. 696

ACCION DE REVISION / LIBERTAD PROVISIONAL. Enseña el artículo 241 del Código de Procedimiento Penal, que "en el fallo en que se ordene la revisión, la Sala decretará la libertad provisional del procesado...", es decir, que tal medida solo será posible en el evento de la prosperidad de la acción. Y si el término de 15 días, para la solicitud de pruebas, aun no ha corrido, es claro que el beneficio demandado resulta impertinente, ya que aquel no puede proferirse hasta tanto no se haya agotado el trámite previsto en los artículos 253 y ss. del citado estatuto. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Casación. 93-09-01. Decisión: Declara improcedente la libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Isidro Muñoz Sussa. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículos 241 y 253. Radicación No. 8503. 699

Pág.

NOTIFICACION / IMPUGNACION / TERMINO. La notificación se instituyó como una garantía para los sujetos procesales. Decisiones trascendentales del proceso deben serle comunicadas a fin de que tengan el tiempo y la oportunidad no solo de apoyar u oponerse al acto en sí, sino también para ir afinando la estrategia que mejor consulte sus intereses. Taxativamente la normatividad ha señalado las determinaciones que deben ser regladas de esta manera (art. 186 C. de P.P.) disponiéndose que cualquier providencia de sustanciación que no contemple específicamente este tratamiento sea de cumplimiento inmediato, excluyéndose cualquier tipo de recurso en su contra. Es cierto que el auto que declara admisible el recurso extraordinario de casación no tiene prevista su notificación por lo que ha de entenderse que contra él no cabe impugnación alguna y ha de cumplirse en el acto (art. 224 del C. de P.P.). Sin embargo, la Sala ha entendido que dada su característica especial, la de permitir el acceso al recurso extraordinario de casación, su importancia es mayúscula y amerita que todas las partes se enteren de la decisión. Los términos procesales fueron instituidos no solo para ponerle orden a la actuación sino también para dotar de seguridad jurídica a todos los intervinientes. No puede pretenderse que ante el descuido, la abulia o el error, el administrador de justicia, so pretexto de que éstos fueron para "beneficiar" a las partes, convalide la actuación de la parte, alargándolos a su arbitrio sin causa razonable que lo justifique, enmarcada dentro de las prescripciones de la normatividad. Interrupción y suspensión son términos sinónimos en la jurisdicción penal. Muestra de ello es que indistintamente, el C. de P. P. se refiere a una y a otra en los artículos 160 y 171, dándose por entendido que la actuación procesal continuará luego de cesar los motivos que justificaron la medida. Así las cosas, el lapso corrido con anterioridad al fenómeno mantiene su vigor, por lo que el regreso a la normalidad implica reanudar el conteo, agregándose los días transcurridos antes de presentarse la anomalía. Censurable sería en el supuesto de que por la carencia de una firma, una fecha mal colocada, en fin, una inadecuada presentación aludiendo a un despacho diferente o la falta de claridad sobre el recurso impetrado (apela en lugar de recurrir en casación), provoque su rechazo, pues, como lo mandan las normas superiores, el derecho sustancial ha de prevalecer sobre el rito, pero ello no quiere decir que, a virtud de este mandato, se condene a la desaparición al derecho procesal desobedeciéndose sus preceptivas. Ello equivaldría a prohijar la inseguridad jurídica, permitiéndole a cada parte elaborar sus propias reglas, sin lugar a discusión alguna. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Casación. 93-09-01. Decisión: No repone. Acción: Ricardo Fierro y William Uribe. Delito: Hurto y porte ilegal de armas. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 186. Radicación No. 8478. 701

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL. Según el artículo 89 del C. de P. P., cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del Juez Regional y de cualquier otro funcionario judicial, el conocimiento de todos ellos le corresponderá a aquél. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Colisión de Competencias. 93-09-01.

Pág.

Decisión: Asigna el conocimiento. Procedencia: Juzgado Regional de Medellín. Acción: Joaquín H. Saldarriaga Orozco. Delito: Hurto calificado y otros. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 89. Radicación No. 8692. ... 708

CASACION DISCRECIONAL. Para que la Corte pueda ejercer la facultad de aceptar el trámite de un recurso de casación excepcional, es fundamental que quien lo interpone precise las razones por las cuales considera que el pronunciamiento es "necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales", pues ese de referencia para la decisión y al cual deberá posteriormente... concretarse de manera exclusiva la demanda. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Casación. 93-09-02. Decisión: Inadmite el recurso. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Aguachica. Acción: Tulio Elías Sampayo Noguera. Delito: Lesiones personales. Fuente formal: Decreto-ley 2700/91, artículo 218. Radicación No. 8533. ... 712

IMPUGNACION / ACCION DE TUTELA. Con relación a la impugnación de los fallos de tutela deben observarse las reglas previstas en el Decreto 2591 de 1991, es decir, recurrirse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, así no se sustenten los motivos de discrepancia con él. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Notas: Salvamento de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Recurso de Hecho. 93-09-02. Decisión: Declarar bien denegado el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: doctora Bernardita Pérez R. Radicación No. 8704. ... 714

IMPUGNACION (SALVAMENTO DE VOTO) / ACCION DE TUTELA (SALVAMENTO DE VOTO) / MEMORIAL IRRESPETUOSO (SALVAMENTO DE VOTO). No concita duda alguna, que en el presente asunto, la parte actora hizo la manifestación de que la providencia negatoria de la acción de tutela interpuesta por ella, fuera revisada por la instancia superior. Independientemente de los términos utilizados y en guarda del principio de la doble instancia, el Tribunal ha debido conceder el recurso. Y, si como consecuencia de los términos empleados en el escrito consideraba que tenían una connotación injuriosa, o por lo menos irrespetuosa, debió expedir las copias pertinentes para que la Jurisdicción disciplinaria realizara la investigación de rigor. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Notas: Salvamento de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Recurso de Hecho. 93-09-02. Radicación No. 8704. ... 717

INTERVINIENTES EN EL PROCESO / PERITO / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. No es desatinado afirmar que el momento procesal indicado para designar perito avaluador de los daños y perjuicios, si a ello hubiere lugar dada la complejidad del asunto, es el que sigue al vencimiento del término de los treinta días de que habla el artículo 446 del C. de P.P. y antes de que se celebre la audiencia pública, evento en el que deberá rendirse el dictamen dentro del término probatorio establecido en el artículo 448 ibidem. No

Pág.

resulta lógico ni atendible pretermitir el procedimiento diseñado en los artículos citados, pretextando vacío en la normatividad instrumental aplicable al caso, máxime que el decreto y el recaudo del peritazgo, en el estado procesal de que dan cuenta los autos, no armoniza con el sistema ideado por el legislador, sino que contribuye a desquiciarlo destinando la actuación a seguir en desmedro del debido proceso, garantía de raigambre constitucional que ha sido quebrantada. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Segunda Instancia. 93-09-02. Decisión: Declarar la nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: doctora Stella María Reyes Nerra, ex juez civil del Circuito de Bogotá. Delito: Prevaricato por omisión. Radicación No. 8657. 719

CULPABILIDAD / CULPA. El que los pasajeros no hubieran permitido el cierre de la puerta del bus por hallarse en tal forma aglomerados que era imposible, no es circunstancia eficaz para estructurar la causal de inculpabilidad porque en manos del conductor del bus estaba abstenerse de continuar la marcha si los pasajeros no permitían el cierre de la puerta y por ende la desaparición del riesgo de accidente que el había previsto pero confió no se materializaría; no se trató de un acaecimiento imposible de evitar. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-09-02. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Franklin Valderrama V. Delito: Homicidio culposo. Radicación No. 7981. 723

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO / DEBIDO PROCESO / DERECHO SUSTANCIAL. Que la mera forma no pueda prevalecer sobre la justicia material o el derecho sustancial (art. 228 Constitución Nacional y 9° C. P.), en manera alguna significa que se dejen de acatar las normas procesales, pues el debido proceso es también disposición constitucional (art. 29). Quiere decir lo anterior que el llamado derecho sustancial presupone para su aplicación la observancia de un debido proceso, y que únicamente, dentro de éste pueden los sujetos procesales reclamar sus garantías. En manera alguna puede admitirse que ya no sea necesario demostrar el error, simplemente porque si no lo hace el casacionista, su impugnación fracasará. Como la sentencia está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, al casacionista tócale derruir esa presunción, para lo cual es imprescindible que el fallador haya cometido un error manifiesto, así la ley ahora no utilice ese calificativo. Para que resulte un error de hecho por "credibilidad" tiene que el error respectivo ser de hurto, manifiesto, detectable a simple vista y sin requerir valoraciones o reflexiones. Se trata, solamente de "constatar" en el proceso la objetividad de una cosa u otra. O si no, tocaríale al casacionista demostrar que el fallador inventó o desconoció una prueba (error de existencia) o que le hizo decir a la misma una cosa que materialmente no dice error de identidad por distorsión o desfiguramiento. Que no exista el sistema de prueba tasada o de tarifa legal, no está mucho menos autorizando a los

Pág.

casacionistas a cambiar el otrora posible error de derecho por falso juicio de convicción (credibilidad de las pruebas) por un presunto error de hecho por atentado a la sana crítica. En esa equivocación incurren muchos casacionistas, la mayor de las veces sin lograr demostrar, claro está, la irracionalidad o mero capricho del fallador en la apreciación de las pruebas: o sea que se quedan sin demostrar el error de hecho que alegan. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-09-06. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Abelardo Pamplona B. Delito: Homicidio agravado. Radicación No. 7989. 729

PERITO / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / *REFORMATIO IN PEJUS* / SENTENCIA CONTRADICTORIA. Los organismos oficiales, tanto por su seriedad como por su gratuidad, deben ser escogidos de primero para estas diligencias (auxiliar de la justicia), en el campo penal. De manera que contándose con esta alternativa, solo procede requerir a esas entidades el experto adecuado, la cual escogerá dentro de su personal al elemento más indicado, no solo por la índole de sus ocupaciones y conocimientos sino por su disponibilidad, es por esto que se elimina su posesión, máxime cuando la fidelidad del compromiso está avalada por la correcta respuesta que debe dar a sus públicas funciones, pasándose entonces a su inmediato ejercicio, sobre los cuestionarios de rigor. La institución ha eliminado la pluralidad en el número de expertos, el sorteo, la posesión y la comprobación de las condiciones de aptitud para llevar a cabo este cometido. La incorporación de la persona a una entidad u organismo oficial lleva ínsita la representación de estos atributos y condiciones de ahí que solo basta la determinación de quien debe realizar la pericia. Cuando se puntualiza una acusación por delito consumado, es dable, completamente viable, admitir al final uno en modalidad de tentado. No hay en esto un sorprendimiento en cuanto a los aspectos fácticos o jurídicos de la cuestión, al punto de poderse dubitar que cuando se defiende el incriminado de una acusación por delito perfecto, no se contenga en esa alegación lo propio a la forma imperfecta de la tentativa inacabada. La Sala debe censurar la extrema benignidad con la cual procediera el tribunal, la cual abandonó parámetros de punibilidad de notoria presencia (gravedad de hechos, personalidad de procesado, etc.), siéndole permitido, a pesar del artículo 31 de la Constitución Nacional sustraerse a un fenómeno de atenuación de la pena privativa de la libertad así y todo considerara el comportamiento como tentado. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-09-06. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali. Acción: Luis Antonio Vera. Delito: Falsificación en moneda extranjera. Radicación No. 7911. 741

ENRIQUECIMIENTO ILICITO / PERITO / UNICA INSTANCIA. Si bien la Corporación entiende que en este tipo de comportamiento delictivo (enriquecimiento ilícito) el factor económico tiene honda trascendencia, ello

Pág.

no comporta que todo quede reducido a una cuestión tributaria. Y la circunstancia misma de la importancia de la cuestión económica no hace que todos los otros medio de prueba establecidos en el procedimiento penal hayan dejado de tener razón de existencia. Todo medio de prueba entonces aquí interesa en orden a la demostración o no de los elementos integrantes del tipo delictivo por el que se procede. Las cosas no pueden llevarse al extremo absurdo de establecer que por tratarse de este específico ilícito, el juez como tal, debe reemplazarse por el Asesor Tributario o por el Contador Público o por el Economista o por el Matemático de alto o corto vuelo. No, y cosa bien distinta es que produzcan prueba técnica, para cuya apreciación entran en juego diversos factores, tales como la firmeza, precisión y calidad de la motivación, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Recuérdese que, precisamente, a ellos les está prohibido de manera absoluta emitir en sus estudios o peritajes, cualquier juicio de valor sobre la responsabilidad, pues esta es atribución exclusiva del Juez que no puede delegar en ninguno, ni permitir que otros, *motu propio* y así sea por sutiles senderos, la asuman. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Única Instancia. 93-09-06. Decisión: Niega el pedimento de la defensa. Acción: General José Guillermo Medina Sánchez. Delito: Enriquecimiento ilícito. Radicación No. 3698. 748

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. Una escopeta de cualquier calibre, cuyo cañón sea inferior a 16 pulgadas, no puede ser considerada como de defensa personal, ni como arma para deporte y caza, sino por el contrario, como de uso privativo de las fuerzas militares. Cuando el arma ha sido modificada en alguno o algunos de sus aspectos técnicos que influyan en sus características balísticas y de funcionamiento, "con el ánimo de buscar efectos más letales que los causados por el arma original", también debe tenerse como de uso privativo de las Fuerzas Militares. Esta es, pues, otra circunstancia que, independientemente, comporta la señalada calificación. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Auto Colisión de Competencias. 93-09-06. Decisión: Dirime el conflicto de competencia. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: *Jorge Enrique Tovar Caicedo*. Radicación No. 8586. 755

ACCION DE REVISION / PRUEBA NUEVA. Sabido es que la revisión no es campo fértil para reabrir discusiones que ya fueron cumplidas en su estadio propio, las instancias. Es cierto que el registro civil de defunción es el medio preferente, privilegiado en el orden al acreditamiento de un hecho como el homicidio; pero de allí no se sigue que, en materia procedimental penal (menos formalistas y exegético que otros procedimientos), si tal registro no obra, no proceda a demostrar lo acontecido con los otros medios de prueba consagrados por el legislador. En lo penal todos los medios son idóneos para tratar de llevar (y lograrlo) los hechos al conocimiento del funcionario judicial. En este procedimiento rige el sistema de la apreciación racional o científica de la prueba que le permite al funcionario llegar a la certeza

Pág.

mediante el análisis conjunto de todos los medios probatorios y sometiendo a cada uno de ellos, en el correspondiente proceso de convicción, a las reglas de la sana crítica. Erradicados, pues, quedaron el sistema de la libre apreciación y el de la tarifa legal. Y de la imposición de una tal filosofía, fácil es concluir que quedaron erradicados igualmente los medios probatorios exclusivos. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 93-09-07. Acción de Revisión. Decisión: Rechaza por inauténtica. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Luis Carlos Patiño Díaz. Delito: Homicidio. Radicación No. 7967. 762

COLISION DE COMPETENCIA / INJURIA / CALUMNIA / COMPETENCIA A PREVENCION. La Corte ha sostenido reiteradamente que cuando se trata de calumnia o injuria cometidos por un medio escrito, el delito se perfecciona en el lugar donde se difunde o se hace pública la especie calumniosa o injuriosa, ya que pertenece a la esencia de estos ilícitos la divulgación pues es de esa manera como se hace correr un peligro cierto al bien jurídico protegido, o sea la integridad moral, el cual radica en que los destinatarios de la información lleguen a tener por cierta la afirmación infamante o ultrajante, con perjuicio del ofendido. Es cierto que estos delitos se consuman de manera instantánea en el sitio en que la especie calumniosa o injuriosa se hace pública, pero ello no quiere decir que cuando su divulgación se haya verificado de manera simultánea en varios lugares o cuando el sitio en que se produjo sea incierto, nos sea aplicable el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que consagra la competencia a prevención precisamente para los casos en que se presentan tales situaciones. Magistrado ponente, doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Colisión de Competencias. 93-09-07. Decisión: Declara la competencia. Procedencia: Juzgado 18 Penal Municipal de Medellín. Acción: Javier Cano Mesa y otros. Delito: Calumnia e injuria. Radicación No.8696. 773

ACCION DE TUTELA / DEMANDA DE CASACION. La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Carta Política y debidamente reglamentada en el Decreto 2591 de 1991, sin que en dichos estatutos esté contemplado el recurso extraordinario de casación. Se tiene prevista la impugnación del fallo correspondiente ante el superior jerárquico y en todo caso, la revisión por la Corte Constitucional, ya sea del fallo de primera o segunda instancia una vez hayan alcanzado la debida ejecutoria. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Recurso de Hecho. 93-09-08. Decisión: Rechaza por improcedente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Marcelino Corrales Larrarte. Delito: Desacato a decisión judicial. Radicación No. 8739. 777

PREVARICATO / CONTRABANDO / DELITO COMPLEJO. 1. El delito de prevaricato por acción, en cuanto traduce un intolerable apartamiento del derecho que debió aplicarse, constituye en real posibilidad la de determinar cuál era el derecho discernible que el funcionario repudió, como también la

Pág.

de ser factible predicar las características de un comportamiento de ésta índole. Que no siempre sea expedito el camino, es cuestión que no permite deducir una incapacidad del hombre y concretamente del juez por saber cuál es la verdad ofendida sin legítima razón. De no, el hombre tendría que renunciar a su condición de ser pensante y no solo la administración de justicia sino casi todas las actividades humanas se verían en igual predicamento. Del hecho de que la ley prevea que para circular los vehículos en Colombia deben ser previamente matriculados, no puede inferirse que el contrabando se perfecciona con la matrícula, ni que muchos automotores introducidos ilícitamente al país no circulen sin ese requisito. Una persona puede entrar un automotor a territorio patrio por dentro o por fuera de las aduanas, y una vez en el interior utilizarlo con documentación falsa o sin ella, sin que el hecho de no haberlo matriculado impida que ese comportamiento se califique como un contrabando consumado. Al quedar sancionado el hecho con la figura del contrabando complejo, no puede subsistir como delito autónomo para ser penado nuevamente, razón suficiente y lógica para absolverlo de ese cargo. En otras palabras, no se le absuelve porque no sea responsable, sino porque ese hecho ya fue objeto de sanción como parte integrante de otro delito. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Notas: Salvamento de voto: doctor *Rafael Osorio Rodríguez*, Conjuez. Unica Instancia. 93-09-08. Decisión: Profiere sentencia condenatoria. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Nubora Correa García y otros ex magistrados del Tribunal Superior de Aduanas. Delito: Prevaricato por acción. Radicación No. 4083. 782

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO). Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Notas: Salvamento de voto: doctor *Rafael Osorio Rodríguez* -Conjuez-. Unica Instancia. 93-09-08. Radicación No. 4083. ... 811

NULIDAD / FLAGRANCIA / AUTORIDAD DE POLICIA / COMPETENCIA. Al haberse señalado expresamente por la ley que el juzgamiento de estas especiales contravenciones (estafa cuyo monto no alcanza 10 salarios mínimos mensuales), estaba en cabeza de las autoridades de policía es obvio concluir que al haber sido falladas por un juez de la república se incurrió en una cierta incompetencia que genera nulidad. Obligado concluir, entonces, como así se desprendía de las doctrinas de la Sala que en páginas precedentes se recuerdan, que ante el sorprendimiento inmediato, flagrante o cuasiflagrante dentro de la noción traída en el artículo 370 (antes artículo 394), el delincuente puede ser aprehendido por la autoridad o un tercero porque así lo autoriza la Constitución sin otra exigencia: pero también y a sentido contrario de fuerza afirmar que transcurrido el tiempo y distanciado ese sorprendimiento, no podrá realizarse la aprehensión sin previa orden judicial escrita, formal y legalmente justificada. Magistrados ponentes: doctores *Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda*. Notas: Aclaración de voto: doctores *Ricardo Calvete Rangel, Gustavo Gómez Velásquez y Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. 93-09-09.

Pág.

Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: Juan Bautista Echavarría Borja. Delito: Falsedad en documento privado y estafa. Radicación No. 7142. 815

FALSEDAD (SALVAMENTO DE VOTO). Para que exista en sentido penal falsificación de la firma debe ésta constituir una imitación. Condición natural de la misma es la imitación de la verdad. El que falsifica debe por sobre todo querer falsificar. Magistrados ponentes: doctores *Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda*. Notas: Salvamento de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. 93-09-09. Radicación No. 7142. 831

FLAGRANCIA (ACLARACION DE VOTO). Lo que exige la flagrancia es el sorprendimiento del autor del hecho punible en el momento de la realización del mismo o en los momentos subsiguientes, y su consecuente captura. Magistrados ponentes: doctores *Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda*. Notas: Aclaración de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-09-09. Radicación No. 7142. 835

FLAGRANCIA (ACLARACION DE VOTO). La extensión de la flagrancia, sobre el supuesto de un enteramiento de terceros, se lleva de calle el beneficio del artículo 299, cuando la confesión se da con todos los requisitos mandados por la ley, pues la huida del procesado en nada afecta la flagrancia (simple sorprendimiento), mermándose así posibilidades de una eficiente confesión. Sorprendimiento y captura vienen a integrar la figura de la flagrancia, pero ésta no se da si opera solo una de ellas, es decir cuando solo hay sorprendimiento y no captura, o captura sin sorprendimiento. Magistrados ponentes: doctores *Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda*. Notas: Aclaración de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-09-09. Radicación No. 7142. 842

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE DERECHO. Si la vía escogida para orientar el cargo contra la sentencia censurada es el cuerpo segundo de la causal primera, por la presunta existencia de errores de hecho, que desembocaron en la violación indirecta de la ley sustancial, resultan perfectamente extrañas las postulaciones propias del error de derecho. En caso de darse cualquiera de las dos irregularidades (que el juzgador tenga en cuenta pruebas documentales falsificadas o irregularmente aportadas al proceso) y con mayor razón si confluyen ambas, el juez no podía apreciar valorativamente documentos adulterados y menos aún cuando han sido aducidos irregularmente, habida cuenta de que en esas circunstancias se habría afectado la licitud que deben acompañar las pruebas, no solo en su propia estructura o contenido, sino igualmente en el proceso de aducción. Es evidente que la ausencia de una prueba que infructuosamente se trató de conseguir, no puede tenerse como un error de hecho del juzgador, porque precisamente la incertidumbre que reconocen las instancias surge de la precariedad de la prueba existente que no fue suficiente para aclarar las dudas que son la razón del fallo cuestionado.

Pág.

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* Notas: Salvamento de voto: doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casacion. 93-09-09. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Tomás Warren Toro. Delito: Estafa. Radicación No. 7505. 845

DEMANDA DE CASACION (SALVAMENTO DE VOTO) / DERECHO SUSTANCIAL (SALVAMENTO DE VOTO) / LEGALIDAD DE LA PRUEBA (SALVAMENTO DE VOTO). Cuando se invoca la aceptación de una prueba visiblemente adulterada y además aportada contra la normatividad permanente, debemos entender que los reparos técnicos al escrito presentado por el apoderado de la parte civil, languidecen y terminan por esfumarse. Y más aliento toma el enunciado si ello permite salvaguardar el derecho sustancial ante exigencias de forma estimadas con excedido rigor. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Notas: Salvamento de voto: doctores *Gustavo Gómez Velásquez* y *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-09-09. Radicación No. 7505. 856

IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA. La causal invocada no puede existir en funcionarios a quienes la misma ley les ha asignado en conocimiento en primera o única instancia, pues el criterio que allí se emite, ha sido plasmado dentro de la actuación procesal y en cumplimiento de un deber legal, ni en los procesos que ya no se tramitan por el C. de P. P. anterior. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Notas: Aclaración de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto impedimento. 93-09-09. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: Carlos Alberto Benavides Rincón. Delito: Homicidio en accidente de tránsito. Radicación No. 8716. 860

IMPEDIMENTO (ACLARACION DE VOTO) / HABER DICTADO PROVIDENCIA (ACLARACION DE VOTO). Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Notas: Aclaración de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto impedimento. 93-09-09. Radicación No.: 8716. 863

LIBERTAD DE CULTOS. El artículo 19 de la Constitución Nacional de 1991 garantiza a toda persona el derecho a profesar libremente una religión y a difundirla en forma individual o colectiva, lo que significa que las autoridades ni los particulares, podrán interferir u hostigar el ejercicio de dichas prerrogativas. El canon en mención igualmente garantiza la libertad de cultos, esto es, el derecho de toda persona a celebrar ceremonias, practicar ritos o concurrir a actos religiosos, de acuerdo a sus propias e íntimas convicciones. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Unica Instancia. 93-09-10. Decisión: Se abstiene. Acción: Regina Betancourt de Liska, Senadora de la República. Radicación No. 8463. 864

CASACION DISCRECIONAL. Al presentarse el recurso excepcional de casación el expediente debe ser enviado inmediatamente a esta corporación y no

Pág.

darle el trámite del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. Es incuestionable la competencia excepcional que le otorga la ley a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para calificar discrecionalmente la admisibilidad o rechazo del recurso de casación en aquellos casos que por regla general lo excluyen. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Auto Casación. 93-09-14. Decisión: Declara nulo el trámite del recurso. Procedencia: Procuraduría primera Delegada en lo Penal. Acción: Jairo Antonio Orozco Cuervo. Delito: Falsedad personal. Radicación No. 8139. 867

ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE CONVICCION. En la técnica de casación, el error de derecho por falso juicio de convicción tiene lugar cuando a una prueba se le da un valor probatorio distinto del que expresamente le señala la ley o se le niega. Pues solamente de esta manera puede determinarse si el sentenciador erró al apreciar una prueba por fuera de la tasa legal. Casi que es obligante destacar que en la legislación nacional los medios de prueba no están sometidos a un sistema legal predeterminado por haberse abandonado -hasta el criterio de apreciación legal o tarifaria. Conforme a la filosofía del actual Código de Procedimiento Penal la estimación probatoria de las probanzas está librada al conocimiento y experiencia del juez y a su capacidad razonadora, factores extranormativos que permiten la valoración pertinente. No es posible, entonces, que el fallador caiga en quebrantamientos de ley al realizar su tarea de ponderación y estima. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-09-15. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: José Vidal Moreno Jiménez. Delito: Concusión. Radicación No. 8360. 869

PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD / DETENCION PREVENTIVA. El artículo 406 del Código de Procedimiento Penal dispone que, en uno de ellos y en el que se le hubiere absuelto o decretado cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, se tendrá en cuenta como parte de la pena cumplida en el que se privativa de la libertad. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Auto Casación. 93-09-15. Decisión: Niega libertad. Procedencia: Tribunal Superior de Cundinamarca. Acción: Víctor Miguel Contreras. Acción: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación No. 8485. 875

PREVARICATO POR OMISION. Lo que la Corte sostiene, es que, idealmente y su cabal realización debe ser una lucha cotidiana, de cada instante -todos los asuntos deben y merecen ser despachados, con la mayor celeridad; pero, cuando ello no es posible (lo que es nuestra cruda y lamentable realidad), los más graves, los que causan una más considerable alarma social, los más delicados -con detenido-, deben ser atendidos de preferencia. Esa es una ley que si no estuviera expresa, impondría la misma lógica. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Unica Instancia. 93-09-15. Decisión: No repone. Acción: Jairo Ortega Ramírez, ex presidente a la Cámara. Delito: Prevaricato por omisión. Radicación No. 8291. 878

Pág.

DEFENSOR / SINDICADO. El artículo 137 del C. de P. P. confiere al sindicado, para los fines de su defensa, "los mismos derechos de su defensor, excepto lo sustentación del recurso de casación", pero a su vez el artículo 222 de la misma obra legitima a la personería del procesado para esa sustentación cuando es abogado titulado, especificando así el derecho de litigar en causa propia que el Estatuto del abogado lo otorga (Decreto 196 de 1971), y que solo podría verse limitado, al tenor del anotado precepto 137, en presencia de peticiones contradictorios entre el sindicado y su defensor, porque en este evento, prevalecerán las de éste. Siendo el derecho de defensa de ineludible guarda por el Juez, máxime en una impugnación que como la casación exige la idoneidad profesional técnico-jurídica en el demandante, debe la Corte ajustarse a lo acreditado en cuestión de personería para llevar la representación del procesado. Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia*. Auto Casación. 93-09-15. Decisión: Rechaza *in limine*. Procedencia: Tribuna Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Eduardo Riveros Castro. Delito: Falsedad en documento. Radicación No. 8614. 883

CULPABILIDAD. Casi que huelga precisar que para hablar de la culpabilidad es imprescindible tener definida en el mismo sujeto activo la participación en el hecho solo después de esto es dable determinar la culpabilidad. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-09-15. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: María Dalia Caro. Delito: Homicidio Radicación No. 8102. 887

DEMANDA DE CASACION. No obstante la clara voluntad del legislador por hacer en el Decreto 2700 de 1991 más asequible el recurso extraordinario de casación al extenderlo para un número mayor de procesos y aún hacia la cobertura de delitos mediante su concesión discrecional frente a la cual no importan las limitaciones del origen ni la pena bastando apenas que se trate de un fallo de segunda instancia art. 218 inciso tercero-; cobijando los delitos conexos -art. 218 inciso segundo- o ampliando la competencia de la Corte hacia su decreto oficioso o la corrección directa de los defectos arraigados en la sentencia -arts. 228 y 229- cuando no optando hacia la desmitificación de los ritos tradicionales de la demanda -art; 225 inciso final-, de ninguna manera se llegó a desvirtuar la casación como medio de impugnación extraordinaria, ni a la ampliación indefinida de sus causales o a la adopción de otros mecanismos que pudieran conducir a su declinación en recurso ordinario o de plena competencia, aspecto que se evidencia cuando se mantienen unas causales taxativas y precisas para su ejercicio y se conserva la exigencia de unos requisitos indispensables de forma en la demanda, enteramente acordes con la necesidad de precisar dentro de las varias causales aquella que se elige para el ataque, y de un desarrollo lógico, claro y preciso, encausado dentro de las particulares características correspondientes a cada causal, vía y forma de violación. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sen-

Pág.

tencia Casación. 93-09-16. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Rodrigo León Parra M. y otro. Radicación No. 7831. 893

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / LIBERTAD PROVISIONAL. La gravedad del hecho solamente puede ser objeto de análisis en los fallos de instancia al momento de la dosificación de la pena y para conceder o negar el subrogado de la condena de ejecución condicional, más no puede el juzgador sobre los mismos factores, gravar doblemente al condenado, declarando la improcedencia del beneficio de libertad condicional. La Corte se ocupa de la solicitud de libertad con apoyo en los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal (subrogado de libertad condicional) que exige para su procedibilidad, factores distintos como son los antecedentes de todo orden, su buena conducta en el establecimiento carcelario y personalidad, que permitan al juzgador suponer fundadamente su readaptación social. Empero la simple sindicación que refiere el procesado en su indagatoria por el presunto delito de porte ilegal de armas no puede constituir antecedente judicial al tenor de lo preceptuado en el artículo 248 de la Carta Política que haga improcedente la excarcelación demandada. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Auto Casación. 93-09-16. Decisión: Concede libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior de Manizales. Acción: Eduardo Alberto Cano Rincón. Delito: Hurto calificado y agravado. Radicación No. 8666. 900

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / DEMANDA DE CASACION. Dice el inciso segundo del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal: "La sentencia aprobatoria del acuerdo solo podrá ser recurrida por el Ministerio Público". Esta exigencia es de suma lógica, pues si el fallo se ha proferido justamente con base en el acuerdo habido entre procesado y Fiscal, estas partes no tienen interés alguno en impugnar la sentencia que acoge tal convenio. Y si no tiene interés en dicha apelación, mucho menos lo tienen para recurrir en casación, recurso extraordinario que se utilizaría para burlar la prohibición anotada y retractarse del acuerdo consumado en la audiencia especial. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Auto Casación. 93-09-16. Decisión: Inadmite la demanda. Acción: Javier Ochoa Montoya. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. 903

INIMPUTABILIDAD / NULIDAD / DEMANDA DE CASACION. Es bien sabido que si se trata de este tipo de acusaciones contra una sentencia, (no reconocer la inimputabilidad) la vía del ataque debe ser la de la nulidad, porque habría de retrotraer la actuación procesal a etapas anteriores y en tales circunstancias practicar las pruebas que fueran necesaria para dilucidar el verdadero estado mental del procesado en el momento de los hechos. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-09-16. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Pascual Fernando Uribe. Delito: Homicidio y otro. Radicación No. 8031. 906

Pág.

REDENCION DE PENA / TRABAJO / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS. Ha dicho reiteradamente esta Sala que la competencia para reconocer redención de pena por trabajo y estudio, radica exclusivamente en el Juez de ejecución de penas (Juez de primera instancia) de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 510 y 15 transitorio del Código de procedimiento Penal, o a la autoridad que esté conociendo del asunto, en forma provisional, para decidir peticiones de excarcelación con fundamento en lo previsto por el numeral 2° del artículo 415 *ibidem*. Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Auto Casación. 93-09-16. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: José Aldemar Ruiz Villanueva. Delito: Homicidio. Radicación No. 7944. 914

SANA CRITICA / TESTIMONIO. La prueba testimonial / igual que la indiciaria, no tienen en la ley procesal una tarifa legal que limite la apreciación del juzgador. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-09-17. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Luis Agustín Jaime Buitrago. Delito: Homicidio. Radicación No. 7953. 916

DOCUMENTO / ESTAFA. Cuando un documento, así sea público, se involucra en un obrar delictuoso, es factible atacar su mérito y establecer una distinta realidad, precisamente la que constituye la conducta criminosa, para entonces sí hacer las determinaciones propias del campo penal. De no, fácil quedaría a quien v. gr., en un delito de estafa mediante el cual se ha producido la apropiación de un bien inmueble, al paso que por este instrumento asegura el objeto de su doloso engaño, al mismo tiempo se procura la intocable prueba de un actuar que se cree legítimo pero que realmente no lo fue. La cuestión se aparenta, entonces con poder contar con elementos suficientes para demostrar que lo llevado a escritura como negociación lícita no exhibió estas notas, y por el contrario, se inserto en un comportamiento punible. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-09-21. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Carlos Julio Gómez. Delito: Estafa. Radicación No. 7940. 922

DEMANDA DE CASACION / TESTIMONIO / SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA / SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA. Cuando las sentencias de primera y segunda instancia integran una unidad jurídica inescindible por los aspectos en que ambas coinciden de manera explícita o tácita no solo en lo que a la parte motiva concierne sino también a la parte resolutiva, las consideraciones y examen de la realidad probatorio agotados por el Juez de primer grado se entienden incorporados a la sentencia de segunda instancia en todo aquello en que no se desvirtúe o modifique, así tales análisis o argumentaciones no se hayan reproducido en el fallo acusado. El recurrente debe demostrar la trascendencia de la omisión de los testimonios pasados en silencio, esto es, que de haberse examinado las dichas probanzas la decisión final hubiese sido diferente. Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique*

Pág.

Valencia Martínez. Sentencia Casación. 93-09-22. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Víctor Manuel Rojas. Delito: Extorsión. Radicación No. 8003. ... 928

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS / CONSULTA / REBAJA DE PENA / *REFORMATIO IN PEJUS*. Limitar el alcance del verbo portar a la idea de llevar el arma en la mano, o en la cintura, o de manera adherida al cuerpo, es restringir en forma indebida su significación jurídico penal, pues porta no solo quien la lleva consigo, sino también todos aquellos que conocedores de esta circunstancia participan en la empresa delictiva común. Como consecuencia de no ser consultable la sentencia y habiendo sido apelada únicamente por la defensa, resulta claro que el aumento de pena dispuesto por el *ad quem* es violatorio del artículo 31 de la Constitución Nacional, razón por la cual la Corte, aplicando lo reglado en los artículos 228 y 229 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, casará parcialmente dicho fallo y fijará la pena que corresponde, que debe ser la fijada en primera instancia. El Ministerio Público conceptuó que la Corte carece de competencia para hacer la rebaja de pena, por cuanto esta corresponde al Juez de ejecución de penas y en su defecto al fallador de instancia, planteamiento que sería atendible si se tratara simplemente de aplicar una rebaja, pero ocurre que al casar parcialmente la sentencia es necesario precisar cual sanción queda vigente, y no sería legal reiterar la de primera instancia sabiendo que con esa decisión se viola el principio de favorabilidad, por eso ante la existencia de la norma posterior, más benigna, es necesario proceder a redosificar la pena. En los casos en que la decisión impugnada se mantiene incólume, es verdad que en sede de casación no hay competencia para hacer rebaja de pena. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel* Notas: Salvamento parcial de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-09-24. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Martha Gladys Arenas Saldarriaga. Delito: Porte ilegal de armas y hurto calificado. Radicación No. 7272. 937

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Notas: Salvamento parcial de voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-09-24. Radicación No. 7272. 948

FUERO / APODERADO. La Corte no puede adentrarse en una investigación de carácter penal contra persona aforada cuando no existe cargo concreto, ni atendible que señale el denunciado como determinador del hecho punible puesto en conocimiento de las autoridades. La reserva de las diligencias durante la etapa de indagación preliminar impide que el denunciante o el querellante puedan acceder a ellas por sí o por medio de apoderado (artículo 321 del Código de Procedimiento Penal). En materia penal el derecho de petición es predicable únicamente de los sujetos procesales. El artículo 229

Pág.

de la Nueva Constitución Política que garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración justicia, prevé que la ley indicará en que casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. Y el artículo 25 del Decreto 196 de 1971 por el cual se expidió el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía, prohibe categóricamente litigar en causa propia o ajena si no se es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en dicho estatuto, entre las cuales la contemplada en el artículo 31. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Unica Instancia. 93-09-29. Decisión: Se abstiene de iniciar instrucción. Procedencia: Fiscalía Delegada 123. Acción: doctor Ricaurte Lozada. Radicación No. 8655. 949

HOMICIDIO AGRAVADO / PARENTESCO. Como la ley vigente trae como causal de agravación del homicidio que éste se cometa en la persona del cónyuge, entre los varios sujetos que refiere, a esa ley solamente debe estarse el juez pues no es posible analogía alguna en perjuicio del procesado, y menos aún hoy de cara al artículo 230 de la carta política actual, según el cual los jueces en sus providencias "solo están sometidos al imperio de la ley". La ley quiso limitar ese parentesco exclusivamente al originado en la unión matrimonial, pues de haber querido tutelar el parentesco de afinidad sin distinción alguna, como lo propuso inicialmente la Comisión redactora, hubiese consagrado al lado del cónyuge el compañero o compañera permanente como suele hacerlo en numerosas disposiciones donde ésta ha sido su voluntad (ver, por ejemplo los artículos 26, 1033, etc. del C. de P. P.). Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia*. 93-09-29. Decisión: Casa Parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Roberto y Gustavo Arundunaga. Delito: Tentativa de homicidio. Radicación No. 7986. 953

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / EXTORSION. El incidente de colisión de competencia tiene una tramitación particular y concreta, procurando una definición rápida del enfrentamiento. Esta filosofía de su preceptiva excluye el recurso ordinario de apelación del auto interlocutorio que define el criterio del *ad quo* sobre competencia, cuando alguna de las partes resuelve plantear la cuestión con fundamento en el artículo 100 del C. de P. P., porque de lo contrario, se haría más dilatada la solución del incidente y, lo que es peor, se desplaza indebidamente la cuestión de la órbita propia de la instancia donde fue planteada. El artículo 3º del Decreto 1676 de 1991, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2271 del mismo año otorga la competencia a los jueces regionales para conocer del delito de extorsión cuando su cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos. Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia*. Auto Colisión de Competencias. 93-09-29. Decisión: Declara la competencia. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Jesús Castro B. y otros. Delito: Extorsión. Radicación No. 8781. 959

Pág.

CONFESION / FLAGRANCIA / REBAJA DE PENA. Las normas de los Códigos de Procedimiento Penal anterior y actual (Decreto 050/87 y 2700/91), empiezan la redacción de la aminorante de pena por confesión, con la frase "a quien fuera de los casos de flagrancia" (arts. 301 y 299, respectivamente). Es decir, que, de entrada, excluyense de la atenuante esos eventos de flagrancia. Para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (art. 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es atendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-09-29. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Acción: José Oswaldo Gómez. Delito: Homicidio. Radicación No. 8012. 965

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO / CONFESION / REBAJA DE PENA. Es manifiesto error aducir simultáneamente y sin diferenciación ninguna los errores de derecho y de hecho. El primero -se recuerda- se da cuando (el falso juicio de convicción ya no existe, ante la ausencia del sistema de prueba tasada o de tarifa legal) determinada prueba se practica o simplemente se incorpora al proceso sin las formalidades esenciales que marca la ley esto es lo que doctrinariamente se conoce como error por falso juicio de legalidad. El segundo, o sea el error de hecho, se obtiene cuando el fallador olvida o inventa una prueba determinante en el fallo (falso juicio de existencia), o cuando le hace decir a una prueba lo que realmente no dice, cambiándole su contenido material o meramente objetivo, caso en el cual se dice que se cae en un falso juicio de identidad. Magistrado ponente: doctor *Didimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-09-30. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Pedro Mora Peña o Jorge Gómez Rodríguez. Delito: Homicidio y otros. Radicación No. 7994. 970

NULIDAD / PARTE CIVIL. Debe recordarse que la nulidad no ha sido consagrada como máxima sanción procesal con un fin en sí misma, sino que por el contrario tiene una finalidad garantista. Por ello no toda irregularidad o irritualidad procesal debe desencadenar una declaratoria de nulidad y para que una informalidad procesal sea reconocida como nulidad es indispensable que afecte los derechos sustanciales de las partes o afecte la estructura del proceso en sus diversas fases. La invocación de la causal de nulidad, no es de libre formulación, a pesar de haberse aceptado su declaratoria oficiosa. Por ello el demandante debe hacer una precisión de la irregularidad que demanda como posible nulidad, debe fundamentar la existencia de la causal de nulidad aducida y debe probar que se afectó la estructura procesal y que como consecuencia de la irritualidad quien la alega recibió perjuicios fundamentales. Es evidente que la parte civil tiene competencias limitadas dentro del proceso penal y el ejercicio paralelo de la acción civil con la penal se ha justificado por la necesidad de que la víctima o sus herederos puedan pretender

Pág.

un resarcimiento de los perjuicios dentro del proceso penal. La parte civil no es una parte procesal cuya pretensión es la de concretar una venganza privada; por ello se afirma que la actividad le está vedada a la parte civil cuando sus actuaciones tengan como única finalidad hacer más gravosa la situación del procesado, sin que ello pueda reportar beneficios en cuanto al resarcimiento de los perjuicios. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-09-30. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Paulino Mora Pedraza. Delito: Homicidio en poso. Radicación No. 7652. 977

COLISION DE COMPETENCIA / COMPETENCIA A PREVENCION / ABUSO DE CONFIANZA. El delito de abuso de confianza se consuma cuando y donde ocurra la apropiación (no cuando y donde deba devolverse la cosa) de todos modos el Código de Procedimiento Penal consagra la competencia a prevención (art. 80), ordenando que cuando el delito se haya cometido en varios sitios, o en lugar incierto, conocerá el funcionario judicial donde se haya formulado la denuncia, "o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción". Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Auto colisión de competencias. 93-09-30. Decisión: Declara la competencia. Procedencia: Juzgado Penal Municipal de Facatativá. Acción: José Casilimas A. Delito: Abuso de confianza. Radicación No. 8753. 990

PREVARICATO POR ACCION / PRUEBA PERICIAL. El artículo 149 del Código Penal que describe el delito de prevaricato por acción, tipifica la conducta del empleado oficial que profiera resolución de acusación o dictamen manifiestamente contrario a la ley. El Juez no está obligado a acogerse al dictamen pericial que en forma ostensible se aparta de la verdad que revela el proceso. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Segunda Instancia. 93-09-30. Decisión: Confirma sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Carlos Julio Mejía Clavijo ex Juez ochenta y uno Penal Municipal. Delito: Prevaricato. Radicación No. 8562. 993

LIBERTAD CONDICIONAL. Los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal (subrogado de libertad condicional) exige para su procedibilidad, factores distictos a la libertad provisional prevista en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, como son los antecedentes de todo orden, su buena conducta en el establecimiento carcelario y personalidad, que permitan al juzgador suponer fundadamente su readaptación social. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Auto Casación. 92-09-30. Decisión: Concede libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Jaime Castañeda. Delito: Concusión. Radicación No. 8538. 1004

INDICE ALFABETICO

TEMA	Pág.
ABUSO DE CONFIANZA	990
ACCION DE REVISION	74-227-443-479-487-657-699-762
ACCION DE TUTELA	714-777
(Salvamento de Voto)	717
ACTUACION PROCESAL	372
ACUMULACION	530
ACUMULACION JURIDICA DE PENAS	308
AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO	182
ANTECEDENTES	163
APELACION	567
APODERADO	949
ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES	755
AUDIENCIA	7
AUDIENCIA PUBLICA	425
AUTO DE CITACION PARA SENTENCIA	393
AUTORIDAD DE POLICIA	815

TEMA	Pág.
CALUMNIA	773
CAMBIO DE RADICACION	244-414
CAPTURA	372
CASACION DISCRECIONAL	23-312-423-483-654-692-712-867
CASACION OFICIOSA	251-275-300-334 469-510
CASO FORTUITO	453
CAUSAL DE JUSTIFICACION	453
CIRCUNSTANCIA ESPECIFICA DE AGRAVACION	315
CIRCUNSTANCIA GENERICA DE AGRAVACION	315
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION	
PUNITIVA (Salvamento Parcial de Voto)	948
COAUTOR	84
COLISION DE COMPETENCIA	54-99-609-708-773-959-990
COMPETENCIA	103-119-180-340-483-815
COMPETENCIA A PREVENCION	773-990
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL	65-487-900
(Salvamento Parcial de Voto)	588
CONFESION	189-965-970
CONSULTA	937
CONTRABANDO	782
CONTRAVENCION	103
CULPA	723
CULPABILIDAD	723-887
DEBIDO PROCESO	7-292-372-729
DEFENSOR	414-883
DELITO COMPLEJO	782
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO	170

TEMA **Pág.**

DEMANDA DE CASACION 8-23-34-45-84-121-140-170-198-205-212-218-264-268-286-292-300-324-328-334-342-365-382 412-430-458-469-483-490-510-545-590-681-684-696-729-777-845-893-903-906-928-970

(Salvamento de Voto) 856

DERECHO DE DEFENSA 7-58-660

DERECHO SUSTANCIAL 729

(Salvamento de Voto) 856

DETENCION ARBITRARIA 387

DETENCION PREVENTIVA 875

DICTAMEN 78

DOCUMENTO 580-922

DOCUMENTO PUBLICO 149-256

DOLO 65-572

EMPLEADO PUBLICO 417

ENRIQUECIMIENTO ILICITO 748

ERROR DE DERECHO 45-286-845-869-970

ERROR DE HECHO 78-170 182-205-212-268-275-328-490-729-970

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION 741

ESTADO DE NECESIDAD 558

ESTAFA 922

EXCARCELACION 7-58-140-360

EXPLOTACION ILICITA DE YACIMIENTO MINERO 590

EXTORSION 959

EXTRADICION 666

FALSEDAD (Salvamento de Voto) 831

FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO 580

FALSO JUICIO DE CONVICCION 45-230-286-382-469-613-869

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA 382

TEMA	Pág.
FALSO JUICIO DE LEGALIDAD	230-286
FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA	251
FLAGRANCIA	815-965
(Aclaración de Voto)	835-842
FRAUDE PROCESAL	549-622
FUERO	949
HABER DICTADO PROVIDENCIA	860
(Aclaración de Voto)	863
HABER PARTICIPADO EN EL PROCESO	692
HECHO NUEVO	443
HOMICIDIO AGRAVADO	953
HURTO	396
(Salvamento Parcial de Voto)	404
IMPEDIMENTO	363-692-860
(Aclaración de Voto)	863
IMPUGNACION	701-714
IMPUGNACION (Salvamento de Voto)	717
INASISTENCIA ALIMENTARIA	99
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA	675
INDAGATORIA	417
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS	567-719
INDICIO	206-212
INIMPUTABILIDAD	906
INJURIA	773
INSPECCION JUDICIAL	84-352
INTERVINIENTES EN EL PROCESO	719
IRA E INTENSO DOLOR	372
JUEZ COLEGIADO	425
JUEZ DE EJECUCION DE PENAS	119-140-487-914

TEMA	Pág.
JUEZ REGIONAL	300-393-708-959
JURADO DE CONCIENCIA	237
JUSTICIA PENAL MILITAR	103
LEGALIDAD DE LA PRUEBA (Salvamento de Voto)	856
LIBERTAD CONDICIONAL	340-1004
LIBERTAD DE CULTOS	864
LIBERTAD PROVISIONAL	119-149-180-222-699-900
MEMORIAL IRRESPETUOSO (Salvamento de Voto)	717
NOTIFICACION	701
NULIDAD	18-34-78-149-292-300-396-417-464-510-519 613-660-684-815-906-977
PARENTESCO	953
PARTE CIVIL	977
PENA	163-315
PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	875
PERITO	719-741-748
PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS	937
PRESCRIPCION	315-387
PREVARICATO	782
(Salvamento de Voto)	811
PREVARICATO POR ACCION	993
PREVARICATO POR OMISION	878
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD	137
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	251-275-469-510
PRUEBA	27-396-446-660
PRUEBA FALSA	657

TEMA	Pág.
PRUEBA NUEVA	762
PRUEBA PERICIAL	993
REBAJA DE PENA	140-180-189-222-937-965-970
REBAJA DE PENA (Salvamento de Voto)	147
REBELION	537
RECONSTRUCCION DE LOS HECHOS	352
RECURSO	111
RECURSO DE HECHO	412
RECUSACION	247-363-606
REDENCION DE PENA	914
REFORMATIO IN PEJUS	65-300-469-741-937
RESOLUCION DE ACUSACION	519-613-675
RESPONSABILIDAD	490
SANA CRITICA	27-121-189 256-275-328-430-469 613-916
SECRETARIO	149
SEGUNDA INSTANCIA	121
(Salvamento de Voto)	133
SENTENCIA	121-365-430-675
SENTENCIA CONTRADICTORIA	741
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA	928
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA	928
SINDICADO	883
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO	567-903
TERMINO	11-116-218-408-651-696-701
TERRORISMO	54
TESTIMONIO	212-275-286-342-464-916-928
TIPICIDAD	490
TORTURA	525

TEMA	Pág.
TRABAJO	914
UNICA INSTANCIA	748
UNIDAD PROCESAL	315
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY	198-315-365-545
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY	149-315-365-446 458-545

La Imprenta Nacional de Colombia

realizó la producción gráfica de

«Gaceta Judicial Sala Penal - 2o. Semestre / 93

Primera Parte »

y terminó su impresión en marzo de 1996

Justitia et Libertas